

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012
PLAN DE ESTUDIOS 2007



TEMA:

“LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UN ESTUDIO ACERCA DE LA CONTRADICCIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO DE UN ESTADO.”

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

JOSÉ JOAQUÍN ESCOBAR DINARTI
FRANCISCO HUMBERTO MARAVILLA GONZÁLEZ

LIC. MARCO ANTONIO ALDANA GUTIERREZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO 2013.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLOS
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. MARCO ANTONIO ALDANA GUTIERREZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

Por haberme brindado el privilegio de conocer el regalo más grande, la razón, la cual me ha acompañado por todo el camino de mi vivir, por brindarme salud, amor, y trabajo.

A mi Madre y a mi padre.

Por haberme apoyado cada momento, por cada uno de sus consejos, los cuales me han permitido ser una persona de bien. A mi padre Por los ejemplos de lealtad, perseverancia, solidaridad, amistad y constancia que lo caracterizaron en vida.

A mis hermanos.

Por ser afectivos y protectores, por darme sus consejos llenos de mucho conocimiento, y de los cuales aprendí mucho en los momentos difíciles.

A mi familia.

A la persona que ha llenado de mucha ilusión mi vida, por haberme brindado la oportunidad de ser padre por primera vez, a mi Hijo, gracias por ser esa luz de esperanza que ilumina mi vida, que te enseñara a ser un hombre de bien, que honres y enorgullezcas a tus padres.

A mis amigos.

A mis amigos de la facultad, con las cuales compartí muchos momentos, les agradezco enormemente por ser un impulso académico, y sobre todo a mi compañero de tesis por ser un pilar fundamental para alcanzar este logro en mi desarrollo como futuro profesional.

José Joaquín Escobar Dinarti

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

Por brindarme la oportunidad de haber llegado a este momento, por darme fuerza, sabiduría y salud para lograr mis objetivos, además de su infinito amor y bendiciones.

A mi Madre María Del Carmen González Corpeño y mi Padre Oscar Maravilla.

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que día con día me permiten ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor.

A mi abuela Francisca Antonia Corpeño.

Por todos sus consejos, cuidados y cariño.

A mis familiares y amigos.

Que me han apoyado en el desarrollo de mi formación profesional así como en los demás ámbitos de mi vida.

A nuestro asesor de trabajo de grado.

Lic. Marco Antonio Aldana Gutiérrez por la guía en el desarrollo del presente trabajo.

A mi amigo y compañero de trabajo de grado.

José Joaquín Escobar Dinarti por ser un buen amigo, por todo el tiempo compartido y por haberme ayudado a culminar esta etapa de nuestro desarrollo profesional.

Francisco Humberto Maravilla González

INDICE

Introducción	xiii
Abreviaturas	xvii
CAPÍTULO I: ELEMENTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.1. Planteamiento del problema	
1.1.1. Situación problemática	
1.1.2. Delimitación de la investigación	21
1.1.2.1. Delimitación espacial	
1.1.2.2. Delimitación temporal	22
1.1.2.3. Delimitación teórico conceptual	
1.1.3. Enunciado del problema	23
1.2. Justificación	
1.3. Objetivos	25
1.3.1. Objetivo general	
1.3.2. Objetivos específicos	26
1.4. Estrategia metodológica	
CAPÍTULO II: DERECHO INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO	31
2.1. Concepto de Derecho Internacional Público	
2.2. Denominaciones del Derecho Internacional	34
2.3. Los Sujetos del Derecho Internacional Público.	36
2.3.1. Concepto de Sujeto de Derecho Internacional Público	
2.3.2. Clasificación de los Sujetos del Derecho Internacional Público	37
2.3.3. Enunciado de los Sujetos de Derecho Internacional	39
2.4. Características del Derecho Internacional	40

2.4.1. Diferencias con el Derecho Interno	40
2.4.2. Características particulares del Derecho Internacional	43
2.5. Fundamento del Derecho Internacional	44
2.6. Fuentes del Derecho Internacional	47
2.6.1. La Costumbre	50
2.6.2. Tratados Internacionales	51
2.6.3. Los Principios Generales De Derecho Reconocidos Por Las Naciones Civilizadas	
2.6.4. Las Decisiones Judiciales	53
2.6.5. La Doctrina de los Publicistas	
2.7. Derecho Interno y Derecho Internacional	54
2.7.1. Definición de Derecho Interno	
2.7.2. Diferencias entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional	55
2.8. El Derecho Interno en relación al Derecho Internacional	56

CAPITULO III: GENERALIDADES DE LOS TRATADOS

INTERNACIONALES	60
3.1. Concepto y denominación de Tratado Internacional	
3.1.1. Concepto de Tratado Internacional	
3.1.2. Denominación	62
3.2. Características de los Tratados Internacionales	65
3.3. Clasificación de los Tratados Internacionales	66
3.3.1. De acuerdo al número de Estados participantes	67
3.3.2. De acuerdo a la forma de dar el consentimiento	
3.3.3. En cuanto a la materia regulada	68
3.3.4. Según el criterio utilizado para su participación o su futura adhesión	
3.3.5. De acuerdo al tipo de obligaciones que el tratado crea	
3.4. Principios de los Tratados Internacionales	69

3.4.1. Pacta Sunt Servanda	70
3.4.2. Res inter alios acta	
3.4.3. Bona fide	71
3.4.4. Ex Consensu Advenit Vinculum	
3.4.5. Ius Cogen	73
3.5. Los Tratados como fuentes del Derecho Internacional Público y Derecho Interno	76
3.6. Recepción de los Tratados en el Derecho Interno	79
3.7. Procedimiento de conclusión de los Tratados Internacionales	82
3.7.1. La Negociación	
3.7.2. La adopción del texto	83
3.7.3. Formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado	
3.7.3.1. La firma	84
3.7.3.2. El canje de instrumentos que constituyen un tratado	85
3.7.4. La ratificación	
3.7.5. La adhesión	86
3.8. Determinación del momento en que nace el vínculo jurídico	87
3.9. Reservas de un Tratado	89
3.10. Entrada en vigor y efectos de los Tratados	90
3.10.1. Efectos de los Tratados	91
3.11. Terminación de los Tratados	92

CAPITULO IV: REGULACIÓN DE LOS TRATADOS

INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

SALVADOREÑO Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RECEPCIÓN

DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN OTROS

ESTADOS LATINOAMERICANOS. 96

4.1. Regulación Constitucional de los Tratados Internacionales

en El Salvador	96
4.1.1. Antes de la Constitución de 1983	
4.1.2. Después de la Constitución de 1983	98
4.2. Recepción de los Tratados Internacionales dentro del Derecho Salvadoreño	100
4.2.1. Celebración	
4.2.2. La Ratificación	101
4.3. Derecho Comparado	102
4.3.1. Historia	
4.3.2. Concepto	105
4.3.3. Ramas del Derecho Comparado	106
4.3.4. Objeto	107
4.3.5. Naturaleza	108
4.3.6. Funciones	109
4.3.6.1. Como instrumento para el legislador	
4.3.6.2. Como herramienta de construcción	110
4.3.6.3. Como elemento de los programas universitarios	111
4.3.6.4. Como contribución a la unificación sistemática del derecho	112
4.3.7. Legislación comparada de la recepción de los tratados Internacionales en Latinoamérica	113
4.3.7.1. México	
4.3.7.2. Argentina	115
4.3.7.3. Venezuela	117
4.3.7.4. Ecuador	119
4.3.7.5. Colombia	121
4.3.7.6. Chile	122
4.3.7.7. Bolivia	124

CAPÍTULO V: PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	
FRENTE AL PRINCIPIO DE PREEMINENCIA DEL	
DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO .	127
5.1. Consideraciones especiales de la problemática	128
5.2. Generalidades del Estado	129
5.2.1. Concepto de Estado	
5.2.2. Elementos del Estado	131
5.2.3. Clasificación de los Estados	132
5.2.3.1. Desde el punto de vista de su estructura	
5.2.3.2. Desde el punto de vista de su soberanía	133
5.3. La Soberanía	134
5.3.1. Concepto de Soberanía	135
5.3.2. La Soberanía como atributo personal y como cualidad de poder	139
5.3.3. Tesis que niegan la soberanía	141
5.3.4. Tesis pluralistas de la soberanía	142
5.3.5. Formas de ejercer la soberanía por parte del Estado	143
5.3.5.1. Soberanía Interna	
5.3.5.2. Soberanía Externa	144
5.3.6. Soberanía popular	
5.3.7. Soberanía y Derecho Internacional	145
5.4. Poder Constituyente	147
5.4.1. Concepto	
5.4.2. Antecedentes	149
5.4.3. Titularidad	151
5.4.4. Características del poder constituyente	152
5.4.5. Clases de poder constituyente	153
5.4.6. Límites al poder constituyente	154
5.4.7. Diferencias entre el poder constituyente y el poder constituido	155
5.4.8. Poder constituyente y su relación con la soberanía	156

5.5.	Constitución Política de un Estado	156
5.5.1.	Concepto	
5.5.2.	Clasificación de las Constituciones	160
5.5.3.	Las partes de la Constitución	164
5.5.4.	Principios fundamentales de la Constitución Salvadoreña	165
5.5.5.	Ideología de la Constitución Salvadoreña	
5.6.	Doctrina de la Supremacía Constitucional	166
5.7.	Orígenes de la Supremacía Constitucional	167
5.8.	Explicaciones sobre el principio de la supremacía constitucional	170
5.9.	Concepto de supremacía constitucional.	172
5.10.	Supremacía material y formal	173
5.11.	La supremacía en el ordenamiento jurídico	176
5.12.	Supremacía en la jerarquización de las normas jurídicas	177
5.13.	La supremacía en relación con la rigidez de la constitución	180
5.14.	Supremacía Constitucional como necesidad jurídica histórica	181
5.15.	Supremacía constitucional y el Derecho Internacional público	182
5.16.	Reconocimiento de la Supremacía Constitucional en El Salvador	183
5.17.	Principios conexos con la supremacía constitucional	185
5.18.	Estado de Derecho y el Control de la Constitucionalidad	186
5.19.	La Constitución y los Tratados Internacionales.	187
5.20.	La supremacía constitucional frente a la problemática que se genera entre el derecho internacional y el derecho interno	190
5.21.	Principio de primacía del derecho internacional	193
5.22.	Acepciones del principio de primacía del derecho internacional	195
5.23.	Argumentos a favor de la supremacía de los tratados.	197
5.24.	Convenio de Viena que refuerza la superioridad de un Tratado frente al derecho interno.	200
5.25.	El efectivo respecto al principio de Pacta Sund Servanda puede reformar la Constitución	201

5.26.	Primacía del Derecho Internacional sobre la política	203
5.27.	Aplicación de los Tratados Internacionales en virtud del principio de primacía del Derecho Internacional	205
5.28.	Predominio del Derecho Internacional Público en caso de colisión con el Derecho Interno, prevalencia de la norma internacional sobre la norma interna	206
5.29.	Jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho Interno	208
5.30.	Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional	213
5.31.	Análisis Jurisprudencial de las Sentencias proferidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales	219
	CAPÍTULO VI: MECANISMOS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN	224
6.1.	Defensa de la Constitución	
6.2.	Control constitucional	225
6.3.	Naturaleza del control	227
6.4.	Ámbito del control	230
6.5.	Panorama del control	232
6.6.	Sistemas de control.	234
6.6.1.	En función de su admisión o rechazo	
6.6.2.	En función del órgano de control	235
6.6.3.	En función del procedimiento de control.	236
6.6.4.	En función del radio de acción	240
6.6.5.	En función del efecto	241
6.7.	Control político y control jurisdiccional	243
6.7.1.	El control político	
6.7.2.	El control jurisdiccional	248
6.7.2.1.	El control jurisdiccional difuso o descentralizado	250
6.7.2.2.	El control jurisdiccional concentrado	253

6.8.	Mecanismos de desaplicación de normas jurídicas en El Salvador	256
6.8.1.	Inaplicabilidad	257
6.8.2.	Inconstitucionalidad.	262
6.8.2.1.	Características de la inconstitucionalidad	266
6.8.2.2.	Dinámica procesal de la inconstitucionalidad	268
6.8.2.2.1.	Iniciación	
6.8.2.2.2.	Desarrollo	269
6.8.2.2.3.	Terminación	
6.9.	Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo declarados Inconstitucionales	271
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		275
BIBLIOGRAFÍA		280

INTRODUCCION

La globalización es un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la reciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.

El Derecho no se encuentra al margen del fenómeno de la globalización, ya que se ve en la necesidad de uniformizar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica, además de universalizar el reconocimiento de los derechos fundamentales de ciudadanía.

La forma a través de la cual el Derecho uniformiza y simplifica procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales es a través de los denominados tratados internacionales firmados por dos o más Estados o por los diferentes Sujetos del Derecho Internacional.

El problema se suscita en que algunos casos las normas internacionales desarrolladas en Tratados Internacionales pueden estar en conflicto con las normas internas de un Estado, pero el problema reviste mayor importancia cuando las normas internacionales vulneran disposiciones fundamentales de un Estado, es decir cuando contradicen la Constitución de un Estado; y es aquí cuando surge la pregunta si prevalece la Supremacía Constitucional frente al derecho internacional, o es el caso contrario, prima el Derecho Internacional sobre el derecho interno de un Estado incluyendo a la norma fundamental de este.

Es por ello que en la presente investigación se hará un análisis de la supremacía constitucional y del principio de preeminencia del Derecho

Internacional sobre el derecho interno de un Estado, no con el fin de determinar cuál prevalece sobre el otro, sino que se tratara de dilucidar cuales son las alternativas que pueden tomar los Estados y la Comunidad Internacional para intentar resolver este conflicto que se produce entre las normas nacionales y las internaciones.

Este estudio se encuentra desarrollado en siete capítulos, los cuales se describen a continuación.

El Capítulo I que lleva por título Elementos de la Investigación comprende el planteamiento del problema, la delimitación y el enunciado del problema. En él también se encuentra la justificación, los objetivos y la estrategia metodológica.

El Capítulo II se denomina “El Derecho Internacional y su relación con el Derecho Interno” y en el se desarrollan generalidades del Derecho Internacional Público como lo son concepto y denominaciones que recibe, concepto y clasificación de los sujetos que lo conforman, características y diferencias con el Derecho interno, también contiene lo concerniente a los fundamentos y fuentes del DIP, y por ultimo una parte relativa a lo que se entiende por derecho interno y cuál es la relación que tiene con el derecho internacional.

El Capítulo III cuyo título es “Generalidades de los Tratados internacionales” se desprende de uno de los contenidos del capítulo I, específicamente lo que tiene que ver con las fuentes del DIP, siendo los Tratados Internacionales la fuente de mayor importancia del Derecho Internacional Público. En el se define lo que se entiende por tratado internacional y las diferentes acepciones que estos reciben; se describen sus características, su clasificación y los principios que le rigen. Se explica lo pertinente a los

Tratados como fuentes del Derecho Internacional Público y Derecho Interno; además de la forma en que estos son creados y posteriormente adoptados e incorporados por los Estados parte en el Tratado.

El Capítulo IV que lleva por título “Regulación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico salvadoreño y análisis comparativo de la recepción de los tratados internacionales en otros Estados Latinoamericanos”, en relación al capítulo segundo que desarrolla en forma general lo respectivo a los tratados internacionales, es un intento de explicar específicamente la recepción y aplicación de los Tratados Internacionales en El Salvador, en donde se retrocede en el tiempo para hacer un análisis comparativo de cómo se regulaba la incorporación y aplicación de los instrumentos internacionales. En Constituciones anteriores a la vigente actualmente, así como la forma en que se regula la misma figura hoy en día. Este capítulo contiene también un pequeño apartado referido al derecho comparado, pues se pretende hacer del conocimiento a través de la comparación del derecho la forma en que diferentes Estados de Latinoamérica regulan la recepción y aplicación de la figura de los Tratados Internacionales así como su relación con las normas fundamentales de los mismos.

El Capítulo V denominado: “Principio de Supremacía Constitucional Frente al Principio de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno” tiene que ver con el tema central de la presente investigación, la contradicción entre la norma fundamental de un Estado y las normas del derecho internacional. En ella se sientan las bases de la supremacía constitucional, para lo cual se hace un análisis de términos fundamentales como lo son Estado, Soberanía, Soberanía y Derecho Internacional, Poder Constituyente, Constitución y tipos de Constitución, para de esa forma

atererrar en lo pertinente a la Supremacía Constitucional, a que se entiende por ella y la forma en que esta se desenvuelve, para luego continuar con lo respectivo al principio de preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno de un Estado, los argumentos a favor de la supremacía de las normas internacionales, los principios que lo rigen, entre otras cosas.

El Capítulo VI que lleva por título: “Mecanismos de Defensa de la Constitución” tiene su razón de ser en el sentido que la Constitución de la Republica de El Salvador da a entender que está por encima de cualquier otra norma jurídica inclusive de los tratados internacionales. Es decir establece la Supremacía Constitucional y esta no tendría ningún sentido de ser sino existieran los mecanismos para hacerla valer, es por ello que se habla del control de constitucionalidad no como único medio de defensa de la constitución, ya que existen otros, pero con el se pretende determinar si una norma de carácter internacional es contraria o conforme a la constitución. En él se desarrolla lo que se entiende por control de constitucional, su naturaleza y sistemas, así como los tipos de control que existen en El Salvador.

En el Capítulo VII se desarrollan las conclusiones y recomendaciones resultado de la presente investigación.

ABREVIATURAS

Cn.....	Constitución de la Republica de El Salvador
ed.....	Edición
Ed.....	Editorial
Etc.....	Etcétera
Ob. cit.....	Obra citada
Pág.....	Página

SIGLAS

CIJ.....	Corte Internacional de Justicia
C.S.J.....	Corte Suprema de Justicia
D.I.....	Derecho Internacional
DIP.....	Derecho Internacional Público
D.O.....	Diario Oficial
Ex U.R.S.S.....	Ex Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas
L.Pr.Cn.....	Ley de procedimientos Constitucionales
O.E.A.....	Organización de Estados Americanos
O.I.T.....	Organización Internacional del Trabajo
O.N.U.....	Organización de las Naciones Unidas

CAPITULO I: ELEMENTOS METODOLOGICOS DE LA INVESTIGACION

1.1. Planteamiento del problema.

1.1.1. Situación problemática.

En el último cuarto de siglo y principios de la última década el Estado Salvadoreño a través del Órgano Ejecutivo ha suscrito una diversidad de tratados internacionales. Los mismos para poder convertirse en leyes de la República deben de ser ratificados por la asamblea legislativa por mayoría simple que de acuerdo a la composición de nuestra asamblea es de cuarenta y tres diputados, salvo aquellos casos en los cuales la constitución de la República exige el voto dos tercios o tres cuartas partes de los diputados electos.

La carta magna establece en su artículo ciento cuarenta y cuatro que después de haber celebrado y posteriormente ratificado un tratado internacional, este se convierte en una ley de la república, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, logrando de esta manera incidir de manera directa en la vida cotidiana, ya que las normas jurídicas brindan el 'deber ser', es por ello que la construcción de la conducta es determinada por el silogismo jurídico que produce toda norma jurídica debidamente formada.

A raíz de dicho análisis se puede decir que un instrumento internacional sea este un tratado, convenio o pacto, siempre tiene repercusiones en el marco jurídico de todo Estado que lo celebre y posteriormente ratifique. Históricamente la comunidad jurídica nacional e internacional, connotados juristas, teóricos del derecho, o cualquier otro adjetivo que se le pueda colocar al productor del conocimiento jurídico científico, han hecho mención sobre las diferentes corrientes de pensamiento que navegan en el mar del conocimiento técnico y jurídico, de los efectos jurídicos que produce un

instrumento internacional en la legislación interna, sobre la posible contradicción de algunas disposiciones del texto o en el extremo caso de todo el instrumento internacional con la Constitución de la República.

Hans Kelsen en su teoría de la pirámide jurídica considera a la constitución como la norma primaria por excelencia, considera que toda legislación debe de ser redactada de forma armónica, sin reñir y mucho menos contradecir el texto constitucional, a raíz de ello, el legislador, en particular el Salvadoreño al momento de ratificar un tratado, convenio o pacto internacional debe de realizar un examen de constitucionalidad, no debe de ratificar únicamente por que el órgano ejecutivo decidió celebrarlo, recuérdese que cada decisión que se tome desde un órgano de gobierno siempre tiene contenido político, intereses ocultos en el peor de los casos, intereses que pueden llevar a una situación de inestabilidad política si no se actúa con responsabilidad legislativa.

Por lo cual resulta necesario establecer un control de constitucionalidad de los tratados internacionales, en este país por no existir un tribunal constitucional, a pesar que la sala de lo constitucional desempeña labores que le son características a un tribunal constitucional, no puede declarar sin antes de celebrarse y posteriormente ratificarse un instrumento internacional como inconstitucional, debe de esperar a que el mismo se convierta en ley de la república, y que conocedores de la ciencias jurídicas se apersonen con el respectivo recurso a interponerlo ante la sala, tal procedimiento podría ser de una forma previa de existir el tribunal colegiado, garante de la constitución.

Con lo anterior no se niega que la sala no lo realice las funciones que la misma carta magna le asigna, es menester decir que hay características que le son propias a un tribunal de esta clase.

Es por ello que los únicos que pueden hacer valer y respetar lo dispuesto en la constitución son los órganos que intervienen en la fase de negociación, celebración y posterior ratificación de un instrumento internacional, el órgano ejecutivo no debe de suscribirse a un instrumento sin antes realizar un examen de constitucionalidad, verificar que el contenido del instrumento no riña con la constitución, por ejemplo, en el veintidós de agosto de año dos mil seis fue ratificado por la asamblea legislativa mas por presiones económicas externas que por voluntad política de los legisladores los convenios ochenta y siete, noventa y ocho, ciento treinta y cinco, ciento cincuenta y uno de la Organización internacional del trabajo.

Posteriormente a la ratificación la asamblea legislativa reformo algunas disposiciones de la Ley del Servicio Civil respecto a la forma en que se constituirían los sindicatos del sector público, además lo referente a la contratación colectiva, luego de entrar en vigencia los convenios de la OIT, los mismos fueron sometidos a un examen de constitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a raíz de los recursos de inconstitucionalidad presentados, en sus palabras de análisis los magistrados que firmaron la sentencia concluyeron que la palabra del artículo dos del convenio ochenta y siete 'sin ninguna distinción' era más que suficiente para declarar inconstitucional dicho artículo y por consecuencia todo el convenio relativo a la 'Libertad Sindical y a la protección del Derecho de Sindicación',¹ produciendo el efecto jurídico de suspensión en la aplicación del convenio.

Es imperativo realizar una investigación objetiva sobre la situación de los derechos laborales de los empleados del sector público, en razón de los efectos jurídicos que producen la declaratoria de inconstitucionalidad de un

¹Sentencia de Inconstitucionalidad número 63-2007/69-2007, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

tratado internacional. Las controversias jurídicas que se suscitan en virtud del choque de una norma jurídica perteneciente al Derecho Internacional con la Constitución política de un Estado determinado, en particular el local, se producen múltiples efectos como se ha podido apreciar, sobre si en realidad se respeta la teoría de la supremacía constitucional, teoría predominante durante un largo periodo en la ciencias jurídicas, las nuevas teorías y corrientes de pensamientos se amparan en el novedosos Principio de la Primacía del Derecho Internacional.

Formulado de manera sencilla, dicho principio implica la preeminencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno en virtud de las obligaciones asumidas por el Estado que celebra y ratifica el instrumento internacional².

En el país desde hace más de una década se viene debatiendo sobre dichas teorías, resulta indispensable analizar e investigar los efectos jurídicos que producen en el ordenamiento jurídico Salvadoreño, la aplicación o no de las mismas.

1.1.2. Delimitación de la Investigación

1.1.2.1. Delimitación Espacial.

En el Estado de El Salvador.

El espacio socio geográfico en donde se ubicara el objeto de estudio de la presente investigación será el Estado de El Salvador, es decir sobre el territorio de la república, sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía art. 84 Cn.

² ROA ORTIZ, Emmanuel, Tratados Internacionales Y Control Previo De Constitucionalidad: Una Propuesta Para Evitar Que La Impartición De Justicia Sea Motivo De Responsabilidad Internacional Para El Estado Mexicano, Revista Jurídica IUS, Universidad Latina de América, México, 2001.

1.1.2.2. Delimitación Temporal.

En este caso se hará referencia a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Salvadoreño en el periodo comprendido entre el año 2005 y el año 2010.

1.1.2.3. Delimitación teórico conceptual.

La presente investigación consistirá en hacer un estudio sobre el problema que se suscita cuando un tratado internacional que ha sido suscrito por el Estado, entra en contradicción con la Constitución por considerarse que infringe una disposición de la misma.

Es decir, se hará un estudio sobre la jerarquía de las normas, si prevalecen las teorías tradicionales que estipulan que la norma constitucional está por encima de los tratados internacionales o en su caso las nuevas tendencias acerca de la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno de un Estado, incluso sobre la misma Constitución de la Republica.

En esta investigación se entenderá por Tratado Internacional al acuerdo internacional celebrado generalmente entre Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos. Los tratados se celebran, generalmente entre Estados; pero también hay tratados celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, como la Santa Sede y las Naciones Unidas, y entre esos otros sujetos internacionales (por ejemplo, dos organizaciones internacionales)³.

En el caso de la presente investigación, se van a tomar como ejemplo los convenios de la organización internacional del trabajo número ochenta y siete, noventa y ocho, ciento treinta y cinco y ciento cincuenta y uno

³ BENADABA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. 3 ed. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1989. P. 39

relacionados a los derechos de los trabajadores del sector público. Los cuales en un primer momento fueron declarados inconstitucionales y posteriormente conllevaron a la reforma de algunos artículos de la constitución para que este convenio tuviera aplicación en el país.

1.1.3. Enunciado Del Problema

¿Determinar si prevalece la supremacía constitucional o el principio de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho nacional al entrar en conflicto una disposición constitucional y un tratado internacional?

1.2. Justificación

La importancia de investigar el tema de los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los tratados internacionales resulta de las siguientes consideraciones, en la actualidad existen una serie de aportes jurídicos científicos a nivel internacional que pretenden resolver la problemática existente entre la Constitución como norma primaria, y un tratado internacional.

De acuerdo a las nuevas teorías del conocimiento jurídico los consideran que se encuentran por encima de la constitución misma, de ahí surgen una serie interrogantes sobre las cuales se pretende orientar esta investigación, a nivel nacional no se puede ubicar una investigación científica que pretenda de alguna manera encontrar solución a dicho problema. Históricamente se ha sostenido que la Constitución es la norma fundamental, partiendo de ello todo lo que integra el marco normativo nacional debe de ir en armonía a lo dispuesto por la misma, los tratados internacionales al ser ratificados por la asamblea legislativa se convierten en leyes de la república, las cuales deben de ser respetadas y operatividades por los entes encargados de velar su irrestricto cumplimiento, de ahí surge el problema.

Históricamente los formadores de los futuros profesionales del derecho han sostenido la teoría de Hans Kelsen, la cual propugna por la preeminencia de la Constitución, el famoso principio de supremacía Constitucional. Durante el desarrollo de la sociedad, han existido nuevas necesidades, las cuales conllevan a una serie de cambios, cambios que en ciertas medidas trastocan el aspecto jurídico nacional, por ejemplo, la Unión Europea, una comunidad política de derecho, que fue constituida en un régimen de organización internacional de naturaleza sui generis, nacida con el propósito de propiciar y defender la integración de los estados de Europa.

En la actualidad está compuesta por veintisiete estados europeos y fue establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea el primero de noviembre del año mil novecientos noventa y tres, este tratado de forma somera en sus inicios pretendió establecer un mercado común europeo, pero con el transcurso de los años ha influenciado el ámbito político, jurídico, social de la unión, en nuestros estudios lo que pretendemos hacer es un aporte a la comunidad jurídica nacional, ya que no existe como mencionábamos un verdadero estudio sobre dicha problemática.

Las nuevas corrientes de pensamiento jurídicos, consideran que los tratados internacionales tienen preeminencia sobre la constitución, ya que los exponentes de esta teoría se basan en el novedoso principio de primacía del derecho internacional, en el país, la constitución establece que no se podrá celebrar un tratado que afecte directamente el texto constitucional, pero los tratados internacionales pueden modificar a la constitución misma, aunque el deber ser no lo mande así, en la práctica ya se ha hecho. Para explicar de mejor manera, se ha tomado a bien utilizar el ejemplo de los convenios de la organización internacional de trabajo, ya que dichos instrumentos incidieron directamente para que el legislador en el año de dos mil nueve acordaran

reformular la constitución, y que posteriormente se ratificó la reforma, ya que la sala de lo constitucional dos años antes había declarado inconstitucional lo dispuesto en el artículo dos del convenio ochenta y siete de la OIT, que decía “los trabajadores sin ninguna distinción..”, palabra más que suficiente para la sala de entonces para proceder a declarar la inconstitucionalidad.

La investigación que se pretende profundizar tendrá como principal aporte un estudio que servirá para solventar el vacío teórico nacional al respecto, mucho se habla de investigaciones a nivel internacional, pero la comunidad jurídica Salvadoreña carece de herramientas teóricas al respecto, es por ello la necesidad de investigar para poder elaborar un estudio comprensible a luz de los lectores, en la medida que se desarrolle lo planteado en la investigación, se estará en la posición de dar soluciones claras y concisas sobre dicha problemática.

Se pretende brindar a la comunidad jurídica Salvadoreña, un aporte que brinde beneficios de índole jurídicas científicas, no se trata de la creación de una nueva teoría, tampoco de un híbrido de las teorías existente, sino que brindar a los juristas nuevos instrumentos que permitan abordar con mayor claridad al momento de adentrarse al estudio de la problemática, logrando de esta manera generar debate, y a su vez una posible solución. Basándose en la realidad anteriormente expuesta se puede descubrir los múltiples efectos jurídicos creados por la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General.

Determinar si prevalece la supremacía constitucional o el principio de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho nacional al entrar en conflicto una disposición constitucional y un tratado internacional.

1.3.2. Objetivos Específicos.

- 1) Analizar el derecho Internacional a la luz de la Constitución de la República.
- 2) Señalar los aspectos teóricos de los tratados internacionales.
- 3) Estudiar la aplicabilidad de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico Salvadoreño.
- 4) Examinar las disposiciones constitucionales de algunos Estados Latinoamericanos en relación a la recepción y aplicación de los tratados internacionales.
- 5) Comparar la jurisprudencia de algunos Estados Latinoamericanos, que hayan declarado inconstitucional un tratado internacional por ser contrario a lo que dispone la Constitución Política de un Estado.
- 6) Determinar si producen efectos jurídicos los tratados internacionales al ser declarado inconstitucionales, por reñir con el derecho interno de un Estado.

1.4. Estrategia Metodológica.

a. Tipo de investigación

La investigación que en este trabajo se desarrollará es en sentido estricto; es decir, una investigación dogmática donde se estudia el problema desde un punto de vista normativo; y que es a partir de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que se propone soluciones a ese problema.

En ese enfoque se plantea un problema estrictamente jurídico; y que se le pretende dar una solución o una respuesta también jurídica; desde esa perspectiva se ubica el objeto de estudio en una dimensión normativa del

derecho mediante la identificación e interpretación de las normas vigentes aplicables al problema objeto de la investigación.

Una investigación de carácter jurídico dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. Su cometido básico será el de interpretar el derecho objetivo, formal con el objeto de dar una respuesta jurídica al problema planteado.

b. Unidades de análisis

La unidad de análisis corresponde a la entidad mayor o representativa de lo que va a ser objeto específico de estudio en una medición y se refiere al qué o quién es objeto de interés en una investigación; ante esa idea se propone para el presente estudio jurídico las siguientes unidades de análisis:

1. El Estado Salvadoreño
2. Estados y sujetos del derecho internacional con los que se han suscrito tratados internacionales.
3. Constitución de la República de El Salvador.
4. Tratados Internacionales suscritos por El Salvador.
5. Jurisprudencia de la sala de constitucional
6. Jurisprudencia internacional

a. Técnicas e instrumentos

Método Dogmático

El método dogmático, sería aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina, las normas jurídicas e incluso la jurisprudencia con la finalidad de realizar

abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación...), y mejorar los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho cuyo objeto vendría a ser la realización de construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización en el campo práctico de todos los sujetos que interpretan y aplican las normas jurídicas.

Desde esa premisa se hará uso del método dogmático que por excelencia es utilizado en la investigación jurídica en su estricto sentido, aplicándolo para el análisis e interpretación de los textos doctrinarios, legales y jurisprudenciales de los cuales se hará uso en la presente investigación y del resultado de esa tarea jurídica, dar una posible respuesta al problema planteado.

Método exegético

Aplicado en Roma y desarrollado en la Edad media. El Método exegético es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador.

Se hará uso de este método atendiendo a su proceso de aplicación; es decir, atendiendo en primera instancia al método gramatical, cuando el texto de las normas es claro; y si no lo es entonces será necesario remitirse a los elementos históricos para obtener una interpretación conforme con lo que el legislador quiso decir en la ley; hasta acudir al método lógico sistemático que se citara a continuación precisamente por su especial utilización en esta investigación jurídica, por considerarlo un herramienta esencial para desarrollar el estudio de distintas problemáticas, para el caso en particular se considera a bien, utilizar las técnicas que este método proporciona.

Método sistemático

El Método sistemático, se aplicara en orden a las siguientes ideas:

- a) La agrupación de normas que tengan un mismo fin. Es decir se interpretaran las normas que regulen la extradición
- b) El conocimiento de la estructura de la norma.
- c) El análisis de la estructura (requisitos, elementos, efectos), y
- d) La explicación de la naturaleza jurídica.

No se puede dejar a un lado la aplicación de este método a la hora de interpretar una norma jurídica, necesariamente por sus postulados; y de mucho interés aplicarlo en este estudio debido a la diversidad de disposiciones que regulan la extradición y en ese sentido para encontrar respuesta en ellas es imprescindible estudiar estas disposiciones no aisladamente sino más bien como normas que pertenecen a un sistema normativo coherente y pleno.

Método de las construcciones jurídicas

Se basa en el anterior método sistemático. Para no llevar a una confusión entre las instituciones, éstas deben ser agrupadas, creando:

- a) Una estructura con base en todas las instituciones que tengan que ver con una rama del Derecho.
- b) Sus principios y reglas generales deben ser aplicables a todas las instituciones.

Método dialéctico

Consiste en la confrontación permanente entre la norma jurídica positiva (tesis) con la realidad (antítesis) de la cual resulta un Derecho más justo y adecuado a la realidad (síntesis).

Instrumentos a utilizar

Los instrumentos a utilizar se encuentran supeditados al tipo de investigación y esencialmente serán:

- a) Recolección y procesamiento de información documental; a través del manejo y estudio de las fuentes de información mediante resúmenes de análisis de cada libro o fuente bibliográfica.
- b) Cuadros comparativos: de contenido legislativo, doctrinario y jurisprudencial.
- c) Mapas conceptuales: a partir del análisis de los postulados y axiomas propuestos por cada teórico.

CAPITULO II: DERECHO INTERNACIONAL Y SU RELACION CON EL DERECHO INTERNO

El Derecho Internacional tiene dos ramas público y privado, la presente investigación se orienta básicamente en el derecho internacional público en adelante –DIP-, es por ello que se ha incluido un apartado especial para explicar las generalidades de esta rama del derecho, durante el desarrollo de la investigación nos enfocaremos en el conflicto existente entre constitución y los tratados internacionales, en razón de que institución jurídica tiene preeminencia en caso de existir un conflicto entre si, a partir de esto es que se valoró desarrollar los aspectos teóricos del derecho Internacional público.

2.1. Concepto de Derecho Internacional Público

Suele ocurrir que se utilicen como sinónimos las expresiones “noción”, “concepto” y definición. En realidad, se trata de vocablos de significación diferentes pues, entre ellos hay una graduación jerárquica que va de menor a mayor valor. En la “noción” hay una idea o conocimiento elementales de una cosa.⁴ Por supuesto que nuestra intención es ir más allá de un enunciado elemental de lo que es el Derecho Internacional Público. En el concepto existe un desarrollo mayor pues con palabras se expresa el conocimiento de una cosa mediante palabras, después de examinar sus circunstancias características.⁵ La definición es de superior rango pues en ella se emite una proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial.⁶ Se ha titulado este apartado como “concepto” en una actitud de modestia pero, la intención es acercarse a una breve definición, dentro de lo humanamente posible.

⁴ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial EspasaCalpe, S.A., Madrid, 1970, pág. 17-18.

⁵ Idem, p. 335.

⁶ Ibidem, p. 427.

A raíz de ello es que se ha verificado que existen diferentes definiciones sobre lo que es el Derecho Internacional, en la mayoría de los casos los autores coinciden sobre la existencia de un “conjunto sistematizado de normas que regulan las relaciones entre Estados”. Se destacan las siguientes:⁷

Jean-Jacques Rousseau considera como “aquel que se ocupa esencialmente de regular las relaciones entre Estados o mejor entre los sujetos de Derecho Internacional, puesto que ambos términos no son sinónimos”.

Isidoro Ruiz Moreno manifiesta que “es el conjunto de principios y reglas que rigen las relaciones entre las personas internacionales y entre los Estados, los derechos y los deberes internacionales de los individuos”.

Luis A. Podestá Costa dice que “el Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de estos con ciertas entidades que sin ser Estados poseen personalidad internacional”.

La Academia de Ciencias de la ex URSS, 1963 señala que el Derecho Internacional puede definirse como “el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en el proceso de sus conflictos y cooperación, y cuya meta reside en la salvaguarda de una coexistencia pacífica, al mismo tiempo que expresa la voluntad de una clase dirigente de tales Estados y en caso de necesidad es defendido coercitivamente por ellos ya individual, ya colectivamente, esto en razón al pensamiento marxista-leninista que inspiró la creación de la Ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas”.

⁷ Estas definiciones son aportadas por algunos autores como Jean-Jacques Rousseau, Isidoro Ruiz Moreno, Luis A. Podestá Costa, La Academia de Ciencias de la ex URSS, Eduardo Augusto García; respectivamente, citados por Saúl Paniagua Flores, en “Lecciones de Derecho Internacional Público” Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, Bolivia, 2009, p. 5.

Eduardo Augusto García expresa que “el Derecho Internacional Público es la rama de las ciencias jurídicas que estudia y desarrolla especialmente las normas que regulan las relaciones de los Estados entre sí y de éstos con otras entidades que no son Estados y con personas físicas que tienen personalidad internacional”.

Según el jurista Sergio Peña el derecho internacional es “Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre sujetos del Derecho internacional público y además, algunos actores internacionales así como sujetos u objetos de derecho a nivel nacional”.⁸

Para Santiago Benadava “Es el derecho que rige las relaciones de la sociedad internacional, es el orden jurídico de la comunidad de Estados, es decir, el conjunto de reglas y principios que rigen las relaciones entre Estados”.⁹

Para El Jurista brasileño Hildebrando Accioly ¹⁰ el Derecho Internacional Público es “el conjunto de reglas o principios destinados a regir los derechos y deberes internacionales, tanto de los Estados y de ciertos organismos interestatales, como de los individuos”.

En el libro introducción al estudio del derecho de Abelardo Torr  lo considera “como aquel que rige las relaciones de los estados entre si y también las de estos con ciertas entidades que, sin ser estados, tienen personalidad internacional, en cuanto tienen derecho y deberes internacionales”.¹¹

⁸ PEÑA, Sergio, “*Apuntes Derecho Internacional Público*”, Curso de Derecho Internacional público, Universidad de Valparaíso, Chile, Marzo 2011, pág. 12

⁹ BENADAVA, Santiago, “*Derecho Internacional Público*”, 4^a. Ed., Santiago, Jurídica Conosur, Chile, 1993.

¹⁰ Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 17-18.

¹¹ TORR , Abelardo, *Introducción al estudio del Derecho*, AbeledoPerrot, Argentina, 2011, pág. 627.

En el manual de derecho internacional público y privado de Alejandro Montiel Argüello dicho autor lo define como “el conjunto de principios y reglas que determinan los derechos y deberes mutuos de los sujetos o personas de la comunidad internacional”.¹²

Al retomar las ideas de los autores citados se concluye en una definición practica y concreta, entonces se dice que el DIP es “aquella rama del derecho que regula el comportamiento de los estados y demás sujetos atípicos a través de un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”.

2.2. Denominaciones del Derecho Internacional

La denominación Derecho Internacional parece haber sido usada por primera vez por Jeremy Bentham en el año de 1789. Anteriormente había sido usada la denominación Derecho de Gentes, que todavía subsiste en alemán (Völkerrecht) y que es una traducción del “Jus gentium” De los romanos. Debe advertirse que este último no era Derecho Internacional, sino un derecho aplicable a todos los individuos, a diferencia de “jus civile” que solo era aplicable a los ciudadanos romanos. La denominación Derecho Interestatal es muy poco usada.¹³

Ha recibido muchas, pero de todas, las más generalizadas en la actualidad – aunque no sean las más exactas- son:¹⁴

1. Derecho Internacional Público: esta denominación fue introducida por Jeremías Bentham que la empleo por primera vez en 1789, dándole a una obra en titulo de “Principles of International Law”. De aquí derivan la

¹² MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, *Manual de derecho internacional público y privado*, Editorial Piedra Santa, Guatemala, 1982, pág. 1.

¹³ MONTIEL ARGÜELLO, Op. Cit., p 1.

¹⁴TORRÉ, Abelardo, Op. Cit., pág. 631.

expresión francesa “droit international”, la alemana “Völkerrecht” (derecho de los pueblos).

En rigor de verdad, la denominación es impropia porque esta rama jurídica no rige relaciones entre naciones (que no son personas internacionales), sino de estados entre sí y con otras personas internacionales. No obstante, es una de las tantas denominaciones impropias que se han impuesto por el uso.¹⁵ Sin embargo es la que al parecer se considera más apropiada, por brindar aquellas instituciones propias del derecho.

2. Derecho de Gentes: esta expresión es de vieja data, como que era empleada por los precursores de la materia. Su filiación es romana, pero es de hacer notar que entre ellos tenía una significación distinta de la que se le da en la actualidad y que recién en la primera mitad del siglo XVI, Victoria la aplico a lo que hoy se le llama corrientemente Derecho Internacional Público, siendo empleada hoy día como sinónimo de esta última.¹⁶ Esta denominación se considera que es muy desfasada por lo tanto debe de no ser utilizada.

3. El inglés Ricardo Zouch escogió como título de su obra de Derecho Internacional el de *Jus Feciale* en vez de *Jus Gentium*(1650), que en esa época era muy ambiguo. El mismo Zouch no estaba satisfecho con su denominación y en ese mismo título añadió el segundo título de *jus inter gentes: Juris et judicci fecialis, sive inter gentes et quaestionum de eodem explicatio*. *Jus inter gentes* que traducido al castellano es Derecho entre pueblos.¹⁷

¹⁵ Idem, p. 631.

¹⁶ TORRÉ, Abelardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Abeledo Perrot, Argentina, 2011, pág. 632.

¹⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 111.

4. Immanuel Kant, en el año de 1792, en su obra *Methaphysik der Sitten*, sostiene que el Derecho de las Naciones o Derecho de Gentes (Völkerrecht) debería llamarse más bien “Derecho de Estados”. Derecho de Estados lo expresa en alemán: *Staatenrecht* y era “El Derecho que regula las relaciones reciprocas de los Estados.”¹⁸

Existen otras denominaciones, que a pesar de todo no han logrado prevalecer:¹⁹

- “De jure belli ac pacis”, nombre dado y utilizado en la obra de Hugo Grotius.
- “Derecho Interestadual”, por Cavaretta.
- “Derecho Supernacional o Extranacional”, por Zaballos.
- “Derecho Político Exterior”, por Hegel.
- “Derecho Público Externo”, por el Marqués de Olivart, Ruiz Moreno, etc.

2.3. Los Sujetos del Derecho Internacional Publico

2.3.1. Concepto de sujeto del Derecho Internacional Publico

El vocablo “sujeto”, del latín *subiectus*, tiene dos principales acepciones:²⁰

- a) Es el participio pasado del verbo sujetar, y sujetar a su vez, es someter al dominio, señorío o disposición de alguno. En este aspecto existen personas sometidas al Derecho Internacional Público y la expresión es útil para designarlas; b) Es la persona innominada a la que se hace referencia genéricamente. En esta acepción también se hace referencia a

¹⁸ Idem, p. 111.

¹⁹ TORRÉ, Abelardo, Op. Cit., pág. 632.

²⁰ ARELLANO GARCÍA, Op. Cit., pág. 111.

las personas del Derecho Internacional Público pues, sin nominarlas específica o individualmente hacemos referencia a sus diversos géneros.

El internacionalista mexicano Manuel J. Sierra²¹ manifiesta que si se interpreta el concepto de sujeto de Derecho Internacional como equivalente al de miembro de la comunidad internacional, los Estados merecerán por esencia esta designación. Sin embargo, advierte de la existencia de otras entidades que, sin ser Estados, son destinatarias de las normas jurídicas internacionales.

De acuerdo con la definición clásica de DIP, solo los estados eran sujetos de este ordenamiento, concepción que actualmente resulta equivocada. Si bien el estado es el sujeto típico del DIP, no implica necesariamente que no puedan existir otros sujetos. Al lado de los Estados soberanos existen otras comunidades, organismos internacionales, organizaciones religiosas y humanitarias a las que la comunidad internacional reconoce personalidad jurídica internacional.

2.3.2. Clasificación de los sujetos de Derecho Internacional

Dada la pluralidad de sujetos del Derecho Internacional Público y dadas sus características diferentes, es pertinente hacer referencia a ellos desde diversas perspectivas clasificatorias:²²

- a) Desde el punto de vista de la aptitud para comparecer por derecho propio ante un tribunal internacional, hay sujetos aptos para hacerlo y

²¹ SIERRA, Manuel J., Tratado de Derecho Internacional Público, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1963, p.121.

²² Estas clasificaciones son dadas por Alfred Verdross, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 87-90; Bohdan Halajzuk, Derecho Internacional Público, Ediar, Buenos Aires, 1972, pp. 100-102 y Angelo Piero Sereni, Diritto Internazionale, Drott, A. Giuffré, Editore, Milano, 1958, Tomo II, Volumen 1, pp. 247-248. Citado por Arellano García, Carlos, Primer Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 111.

sujetos sin facultades para ello. Así, para comparecer a la Corte Internacional de Justicia – en adelante CIJ- se debe tener el carácter de Estado. Dispone sobre el particular el artículo 34, párrafo 1, del estatuto de la CIJ: “solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte.” Tal limitación no significa de manera alguna que no se tenga por lo demás sujetos el carácter de sujeto de Derecho Internacional ya que sus derechos podrán ser materia de la controversia a través de la representación de los Estados.

- b) Desde el punto de vista de la aptitud para celebrar tratados internacionales, hay sujetos de DIP como los Estados y los organismos internacionales que pueden celebrarlos y sujetos como los individuos que no pueden celebrarlos.
- c) Desde el punto de vista doctrinal de su admisión como sujetos de Derecho Internacional, existen los sujetos plausibles y los debatibles. Son plausibles los Estados porque todos los autores admiten su calidad de sujetos de Derecho Internacional Público. Son debatibles los otros sujetos quienes son: el individuo, los organismos internacionales, las minorías nacionales, las empresas privadas, etc.
- d) Desde el punto de vista de la tenencia de derechos y obligaciones, existen sujetos de Derecho Internacional Público, pasivos, activos o ambivalentes. Son pasivos los que solo tienen deberes desprendidos de la norma jurídicas internacionales. Son activos los que desprenden derechos subjetivos de las normas jurídicas internacionales y son ambivalentes los que deducen derechos y deberes de las normas jurídicas internacionales.
- e) Desde el punto de vista de su duración en el ámbito de la comunidad internacional, hay sujetos permanentes y sujetos transitorios. Son

permanentes los que realizan una actividad constante en el ámbito internacional. Son transitorios los que tiene limitada su duración a una misión temporal, como un tribunal constituido para juzgar de ciertos casos. Los Estados son permanentes. No debemos confundir lo permanente con lo perpetuo.

2.3.3. Enunciado de los Sujetos de Derecho Internacional Publico

El autor del libro “Primer Curso de Derecho Internacional Público”, Carlos Arellano García, enuncia de forma muy amplia y precisa sobre quienes deben de ser considerados sujetos del DIP, contrario a lo que hacen varios autores que se limitan a considerar únicamente a los Estados y en algunos casos admiten a organismos carácter internacional, es por ello que a continuación se presenta un enunciado preciso que brinda el autor antes citado:²³

- a) Los Estados, tanto los soberanos como aquellos que tienen en alguna forma limitada su soberanía.
- b) Los organismos internacionales, tanto los generales, como los regionales o los especializados, o los permanentes o los transitorios.
- c) El individuo, persona física, tanto considerando en lo individual, como integrando grupos sociales que pueden considerarse como sujetos de Derecho Internacional Público.
- d) Las personas morales, consideradas individual o colectivamente, con existencia original interna, o con existencia original internacional, con personalidad privada o con personalidad pública; las que generalmente tienen el carácter de empresarias y se desenvuelven más allá de las fronteras de un solo Estado.

²³ ARELLANO GARCÍA, Op. Cit., p 285-286.

- e) Las entidades Sociológicas como la Nación y como las minorías nacionales.
- f) Las entidades con un régimen especializado como el vaticano, la Soberana Orden de Malta o La Cruz Roja Internacional.
- g) Los Estados con peculiaridades especiales como los Estados diminutos.
- h) Las representaciones gubernamentales en el exilio.

2.4. Características del Derecho Internacional.

2.4.1 Diferencias con el derecho interno

Uno de los métodos tradicionales utilizado por la ciencia jurídica para caracterizar al derecho internacional se fundamenta en la comparación de este sistema con el derecho interno de los Estados. Así es que el ordenamiento jurídico internacional, tal como ha sido definido, presenta una serie de peculiaridades que lo distinguen de los distintos derechos internos. El autor Gutiérrez Posse²⁴ sostiene al igual que la doctrina en general, que las diferencias esenciales entre el derecho interno y el derecho internacional radican en la inexistencia dentro de este último de: a) un órgano legislador; b) un órgano juzgador obligatorio; c) un vínculo de subordinación de los sujetos de ese ordenamiento.

a) Carencia de "órgano legislador"

El "legislador" de derecho interno no aparece en el derecho internacional. Los Estados, sujetos primarios y necesarios de este ordenamiento, son, al mismo tiempo, los generadores de la norma. La voluntad, expresa o tácita

²⁴ GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Zavalia, Argentina, 1990, pág. 20-23.

del Estado —evidenciada en la conclusión del acuerdo internacional, la aquiescencia, el cumplimiento de una práctica con conciencia de adecuar su conducta a una norma jurídica— es el origen inmediato de la norma. Aun cuando algunos mecanismos propios del derecho internacional contemporáneo puedan hacer pensar, aparentemente, en el "legislador internacional", ellos sólo dan lugar a la creación de normas de naturaleza "derivada". Es decir, que cuando determinados órganos de una organización internacional pueden dictar válidamente normas obligatorias para los sujetos del ordenamiento, esto es así en razón de que fueron esos mismos sujetos los que mediante el tratado constitutivo autorizaron al órgano "legislar" para situaciones específicas.

Empero, aunque no existe en el derecho internacional general un órgano "legislativo centralizado", los Estados asumen funciones de sustancia legislativa cuando, a través de cualesquiera de los métodos válidos para el ordenamiento jurídico internacional, crean derecho. No reviste importancia, entonces, la carencia de un órgano que centralice la función legislativa — como en el derecho interno ocurre— si en el derecho internacional, con mayor o menor grado de centralización, la función creadora de normas generales se verifica conforme a otros mecanismos formales.

b) Carencia de un "órgano juzgador" obligatorio

Una de las facultades del Estado es la de aplicar su ordenamiento jurídico. A tal fin, éste se dota de los órganos que considera adecuados, a los que los sujetos deben obligatoriamente acudir para solucionar sus controversias. El derecho internacional general carece, en cambio, de un órgano jurisdiccional de aplicación, obligatorio, propio de la sociedad interestatal. Cuando se suscita una controversia entre Estados, éstos pueden, en una primera etapa, solucionarla mediante la negociación directa para lo que aplicarán, o no, el

ordenamiento positivo internacional. Pueden, también, sin perjuicio de acudir a otros medios de solución pacífica, otorgar —mediante el acuerdo de voluntades— imperium a una instancia jurisdiccional. En este caso la jurisdicción —en tanto que facultad de decir el derecho— tiene su fundamento inmediato en la voluntad de los sujetos, careciendo del elemento de obligatoriedad que caracteriza a la potestad estadual.

En los supuestos en que el derecho internacional contemporáneo muestra la existencia de órganos jurisdiccionales permanentes y obligatorios con la función de aplicar o interpretar sus normas, la diferencia antes señalada parece desdibujarse. Es menester precisar, empero, que si bien el origen del imperium no está en la voluntad inmediata de los sujetos parte en la controversia, aquél se encuentra en las voluntades que aceptaron concordantemente, en un tratado constitutivo de una organización internacional, la existencia del órgano jurisdiccional.

c) Carencia de un vínculo de "subordinación" de los sujetos

En derecho interno, los sujetos del ordenamiento no sólo deben cumplir sus normas, sino que pueden ser obligados a ello por los órganos del Estado que poseen tal competencia. En derecho internacional, no existe, en principio, un órgano superior a los sujetos que pueda efectuar el control del respeto a la norma y obligarlos compulsivamente a su cumplimiento; es éste un ordenamiento en el que los sujetos mismos tienen la competencia de tomar decisiones tendientes a la ejecución de la norma internacional dentro del marco de conductas legítimas que ese derecho les reconoce. Sin embargo, en algunos supuestos de las relaciones internacionales contemporáneas aparece un órgano supraestatal dotado del poder de coacción y de sanción, aunque ello sólo ocurra porque los Estados que han creado la organización le han transferido tal competencia, autorizándolo a actuar en ciertos casos y

aceptando, en el mismo tratado constitutivo, conformarse a las resoluciones que éste adopte. En todo caso cabe destacar que se trata siempre de un poder de acción, de una capacidad de hacer ejecutar la norma, que emana de un órgano de naturaleza política.

2.4.2. Características particulares del Derecho Internacional:

- Movilidad.- El Derecho Internacional se ha transformado, perfeccionado y adaptado a través del tiempo con diversos hechos: en 1945 luego de la Segunda Guerra Mundial se suscribe la carta de la O.N.U.; el Fondo Monetario Internacional, la OACI, etc.²⁵

- Universalidad.- Significa que las normas del Derecho Internacional son universales, es decir de cumplimiento obligatorio para todos los Estados y estas normas por tanto no deben ser violentadas. Las cartas de la O.N.U y la O.E.A. contienen normas imperativas del *ius cogens*.

- Falta de coerción.- En el Derecho Internacional no existe órgano que imponga la ley y la sanción, lo que implica ausencia de Poder Ejecutivo universal que haga prevalecer esta norma, sin embargo no por ello deja de ser norma.

- Responsabilidad colectiva.- El sujeto responsable en el Derecho Internacional no es el Estado como organización, sino el pueblo organizado como Estado. Ejemplo: el caso de Irak y las sanciones económicas dispuestas por la ONU que le afectan a su pueblo.

- Relatividad de los deberes jurídico-internacionales.- Significa que en la violación de una norma del Derecho Internacional de un Estado por el cumplimiento de un tratado internacional, solamente compete accionar al

²⁵ PANIAGUA FLORES, Saúl, “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, Bolivia, pág. 7.

Estado que ha sido afectado con la violación de esta norma. El tratado de 1904 suscrito entre Chile y Bolivia, dispone el uso libre e irrestricto de los puertos chilenos por parte de Bolivia, sin embargo Chile ha privatizado los puertos sobre el pacífico afectando el cumplimiento del tratado señalado; compete por tanto accionar a Bolivia por el probado incumplimiento.

- Carácter individualista.- Se aplica el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Es el caso de un Estado que resuelve acciones que afectan a otro Estado y sean de provecho para el primer Estado; lo puede hacer siempre y cuando no afecten las normas jurídicas.

2.5. Fundamento del derecho internacional.

Distintas teorías han tratado de explicar el fundamento del derecho internacional. Dentro de éstas se encuentran las teorías voluntaristas y las objetivistas.

a) *Teorías voluntaristas*

Las teorías voluntaristas, también llamadas subjetivistas, tratan de encontrar el fundamento del derecho internacional en la voluntad de los Estados. Su postulado básico expresa que la suprema voluntad de éstos es la que le da contenido jurídico a las normas internacionales²⁶.

- *Teoría de la autolimitación*

Esta teoría establece que el Estado, en razón de su voluntad soberana, se obliga frente a otro u otros Estados. Georg Jellinek²⁷ identifica las bases del derecho con los fines del Estado. De acuerdo a la distribución política del poder entre las naciones, éste es el único juez de sus intereses y

²⁶ GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, *Op. cit.* Pág. 47

²⁷ JELLINEK, George, citado por Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse en: *Derecho internacional público. Tomo 1*, 3^o ed. Zavalia, Buenos Aires, 1990. Pág. 47

necesidades. Su soberanía implica que no existe subordinación alguna más allá de las creadas por su propia capacidad para obligarse a sí mismo. Pero esa obligación emana de un acto discrecional del Estado, no condicionado; por lo tanto, podrá "desobligarse" ejerciendo esa misma voluntad soberana inmanente e irrevocable.

- *Teoría de la voluntad común*

Esta teoría fue formulada por Heinrich Triepel como reacción a la teoría de la autolimitación. Según esta teoría no basta la voluntad de un solo Estado, sino que es necesaria la concurrencia de dos voluntades, por lo menos, para que exista una norma del derecho internacional²⁸. La voluntad del Estado puede ser expresa (tratados) o tácita (costumbre).

b) *Teorías objetivistas*

Las teorías objetivistas tratan de encontrar el fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional fuera de la voluntad de los Estados.

- *Positivismo italiano*

Dionisio Anzilotti²⁹, propone como base de todo el ordenamiento jurídico internacional el postulado *pacta sunt servanda*. Esta es una hipótesis que no puede comprobarse jurídicamente, pero su lógica y necesidad debe asumirse como implícita en el derecho positivo vigente. A partir de este postulado se puede construir una teoría positiva sobre la base del consentimiento de los Estados.

Cabe destacar que su teoría sólo explicaría la validez inmediata de una de las fuentes del derecho internacional: los tratados. La norma consuetudinaria

²⁸ GUTIERREZ POSE, Moncayo Vinuesa, op.cit pág. 47

²⁹ ANZILOTTI, Dionisio, citado por Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse en: *Derecho internacional público. Tomo 1*, 3^o ed. Zavalia, Buenos Aires, 1990. Pág. 48

y los principios generales de derecho, no encontrarían fundamento inmediato de obligatoriedad dentro de su marco teórico.

- *La teoría normativa*

Todo el esquema conceptual normativo de la teoría pura del derecho está íntimamente relacionado con el fundamento de validez del derecho ordenamiento, derivando su validez de una norma fundamental básica e hipotética. Las normas particulares podrán obtenerse por medio de una operación intelectual que infiere de lo general lo particular. Congruente en general. Hans Kelsen³⁰ encuentra el fundamento de validez de los tratados en una norma de derecho internacional consuetudinario: *pacta sunt servanda*, según la cual los tratados se concluyen para ser cumplidos. La costumbre está constituida por actos de los Estados.

La norma básica del derecho internacional, por lo tanto, tiene que ser una norma que admita a la costumbre como un hecho creador de normas y podría enunciarse diciendo "los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre".

- *La teoría sociológica*

La llamada escuela sociológica, aplicada al derecho internacional, también explica la obligatoriedad de las normas jurídicas a través de ciertos postulados suprapositivos. Maurice Duguit³¹, fundador de esta escuela, sostiene que el Estado, al igual que los individuos, debe sujetarse a las normas jurídicas. Estas normas están impuestas por la solidaridad social y se originan en la naturaleza de los hombres y en sus necesidades esenciales.

³⁰ KELSEN, Hans, citado por Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse en: *Derecho internacional público. Tomo 1*, 3º ed. Zavalia, Buenos Aires, 1990. Pág. 49

³¹ DUGUIT, Maurice, citado por Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse en: *Derecho internacional público. Tomo 1*, 3º ed. Zavalia, Buenos Aires, 1990. Pág.49

- *Las teorías de derecho natural.* Estas se dividen en:³²

Teoría clásica del derecho natural: Para ésta, el fundamento del derecho internacional no es otro que su calidad de derecho derivado de la ley natural o de la ley divina, ya sea ésta revelada o descubierta a través de la razón humana.

Teoría de los derechos fundamentales: La teoría de los derechos fundamentales deriva sus postulados del derecho natural clásico y se basa en la existencia de un estado de naturaleza en el cual se encuentran todos los Estados como consecuencia de no haber sobre ellos poder superior alguno. Cada Estado, por el hecho de existir, goza de ciertos derechos inherentes a su condición de tal. De estos derechos —independencia, igualdad soberana de los Estados, respeto mutuo y comercio internacional— se nutren y estructuran los principios rectores del ordenamiento internacional.

El ius naturalismo racional: El más claro exponente de esta doctrina es Alfred Verdross, para quien el Derecho Internacional Público basa su existencia en ciertas convicciones jurídicas coincidentes entre los Estados. Esas convicciones jurídicas provienen de la naturaleza humana, asegurando la subsistencia de un mínimo de valores universales y constantes. Preceden al derecho positivo, no sólo los hombres y sus relaciones, sino, también, las valoraciones determinadas por la naturaleza humana común.

2.6. Fuentes del Derecho Internacional.

El vocablo “fuente” procede de la expresión latina fons, fontis y alude al manantial de agua que brota de la tierra³³. En otra acepción³⁴, registrada por

³² GUTIERREZ POSE, Moncayo Vinuesa, op.cit pág. 50

³³ Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, S.A., Barcelona 1954.

³⁴ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1970, pág. 640.

el Diccionario de la Real Academia Española la palabra “fuente” se refiere al origen de una cosa.

Francisco Geny³⁵ entiende por fuentes del Derecho Positivo: “los imperativos de autoridades externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tienen por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a impartir una dirección en la vida jurídica”.

Lassa Francis Lawrence Oppenheim³⁶, famoso jurista alemán, establece que fuente de Derecho es el nombre dado a un hecho histórico del cual nacen reglas de comportamiento con fuerza legal.

En relación al origen de las normas jurídicas, las fuentes del derecho pueden clasificarse en fuentes formales, reales e históricas³⁷.

Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de actos que concluyen en la creación de la norma jurídica y que le dan un aspecto externo a cada norma jurídica. En las fuentes formales se atiende a diversas maneras de cómo se engendra la norma jurídica. Así la norma jurídica internacional puede nacer bajo la forma o aspecto de un tratado internacional, de una costumbre internacional, de un principio general de Derecho Internacional, de Jurisprudencia Internacional, de Doctrina Internacional, de Equidad, de Acto Unilateral de un Estado, de determinación de un organismo internacional, etcétera.

Las fuentes reales están constituidas por aquellos elementos meta-jurídicos que le imprimen un contenido a las normas jurídicas³⁸. De esta manera, las

³⁵ Francisco Geny citado por. Carlos Arellano García en: *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 181.

³⁶ Lassa Francis Lawrence Oppenheim, citado por. Carlos Arellano García en: *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2006, Pag.182

³⁷ ARELLANO GARCIA, Carlos, Op. Cit. Pág. 182

situaciones sociológicas, políticas, económicas, religiosas, etnográficas, culturales, etcétera, son motivos de estudio para analizar el origen de las normas jurídicas. Las fuentes reales permiten conocer las razones que motivaron que a una determinada hipótesis normativa se le atribuyan ciertas consecuencias de derecho.

Se denominan fuentes históricas a aquellos textos jurídicos normativos que tuvieron vigencia en el pasado y que contribuyeron a la creación de las normas jurídicas vigentes.

Las fuentes formales son susceptibles de clasificarse en principales o auxiliares. Las principales son aquellas que permiten la creación de normas jurídicas por si solas. En cambio, son auxiliares las que permiten descubrir y conocer las fuentes principales que establecen las reglas de conducta.

En el caso del derecho internacional se entienden por fuentes las formas de manifestación de este. Tradicionalmente se ha tomado el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que tiene su antecedente en el artículo del mismo número del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, como indicador "oficial" de las fuentes del derecho internacional³⁹.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia textualmente dice: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

³⁸ Eduardo García Máynez, citado por: Carlos Arellano García en: *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 182.

³⁹ Becerra Ramírez, Manuel. "Derecho Internacional Público". Ed. UNAM. México. 1991.

- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59 (CIJ).

Las disposiciones del artículo 38 número 1 del Estatuto de la Corte Internacional literales a-c se consideran fuentes propias del derecho internacional y el literal d como fuentes interpretativas del derecho (instrumentos de apoyo para la interpretación del derecho internacional).

2.6.1. La Costumbre.

La costumbre es la fuente original de todo Derecho. Para que una costumbre alcance el carácter de regla jurídica, no es bastante la repetición del mismo acto, sino que este sea considerado por los Estados como una norma obligatoria, por asumir una acción semejante de parte de un gran número de Estados en relación con el mismo caso, conscientes de que su actitud está de acuerdo con el Derecho Internacional⁴⁰.

La costumbre es la fuente y remota del Derecho Internacional; sólidamente enraizada en los hábitos, sentimientos e intereses de la humanidad, tiene que conformarse a los principios generales del derecho. La formación consuetudinaria del derecho se desarrolla primeramente dentro de cada comunidad independiente. Las relaciones entre las diversas comunidades no tienen el principio carácter jurídico, el cual llegan a adquirir cuando los

⁴⁰ SIERRA, Manuel J., *Tratado De Derecho Internacional Público*, 3º ed. México, 1959. Pág. 26.

contactos pacíficos, materiales y espirituales entre los miembros de las diferentes comunidades muestran la necesidad de una reglamentación jurídica. De otro modo, el fenómeno no puede registrarse sino como un uso tendiente a convertirse en costumbre, transición que es difícil determinar.

Para que una regla consuetudinaria sea obligatoria no es necesario que el Estado al cual se aplique haya dado su aceptación o la haya empleado con anterioridad, pues basta comprobar que la mayoría de los Estados tiene una opinión favorable a tal regla.

2.6.2. Tratados Internacionales.

El tratado internacional es un acuerdo entre sujetos del Derecho inter gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos. El tratado internacional, es un “acto solemne” o autentico que consta en un documento escrito, signado por órganos competentes para negociar, con plenos poderes para concluir el tratado⁴¹.

Los efectos jurídicos de los tratados consisten en establecer una pauta de conducta obligatoria para los Estados signatarios. De este tema no se hará mas referencia en este apartado, pues más adelante se constituye un solo capítulo dedicado a los tratados internacionales, por considerar conveniente el estudio de los mismos.

2.6.3. Los Principios Generales De Derecho Reconocidos Por Las Naciones Civilizadas

Se pueden conceptuar los principios generales del Derecho como aquellas directrices o postulados, producto de la reflexión lógica jurídica, que orientan

⁴¹ Fernández del Valle, Agustín Basave, *Filosofía Del Derecho Internacional: Iusfilosofía Y Politosofía De La Sociedad Mundial*, 2º ed. México, 1989, pág. 125

a la realización de valores jurídicos, principalmente, justicia, seguridad, bien común y orden⁴².

Los principios generales del Derecho son conceptos jurídicos fundamentales, es decir, que por su validez universal se preservan a través del tiempo y del espacio y, por lo tanto, constituyen una fuente formal desde el momento que sirven de base a la creación de normas jurídicas, bien generales o bien individualizadas. Estos postulados lógicos-jurídicos orientan al creador de las normas generales (legislador o plenipotenciario facultado para celebrar un tratado internacional); al teórico que especula sobre esas normas generales o sobre problemas filosófico-jurídicos relacionados con ellos (jurisconsulto); al creador de las normas jurídicas individualizadas (juez o funcionario); y a todo aquel que pretende enjuiciar la validez intrínseca de un precepto vigente.

Los principios generales de Derecho desempeñan una magnífica misión complementaria del orden jurídico, bien nacional o internacional. Los encargados de elaborar las normas jurídicas en esos órdenes jurídicos, al fin humanos, siempre incurren en omisiones. Entonces, los principios generales del Derecho cubrirán los huecos dejados por los creadores de las normas jurídicas generales, independientemente de que a estos creadores también les hayan servido de inspiración los principios en referencia.

De ahí que, entre mayores sean las omisiones de los legisladores internos o internacionales, mayores serán los principios generales de Derecho de que habrá de hacerse uso para resolver los problemas jurídicos concretos planteados al ejecutarse las normas jurídicas.

Alfred Verdross⁴³, cita entre en los principios generales de Derecho:

⁴² ARELLANO GARCIA, Carlos, Op. Cit., pág. 193

- a) Principio de la prohibición de abuso del derecho.
- b) Principio de que toda violación de una obligación da lugar al deber de indemnizar.
- c) Principio del deber de humanidad.
- d) Principio de la cosa juzgada.

2.6.4. Las Decisiones Judiciales.

Las decisiones judiciales constituyen una fuente secundaria pues, no crean derecho, solo lo descubren. En efecto, son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Por tanto, las decisiones judiciales son muy útiles para descubrir las normas derivadas de la costumbre y las desprendidas de los principios generales de Derecho⁴⁴.

Las decisiones judiciales no se proyectan con obligatoriedad mas allá de los sujetos que fueron partes en los litigios resueltos por ellas. Lo expresado no impide que la Corte invoque en una resolución un precedente en que han sido partes otros Estados, solo como un medio auxiliar para determinar las reglas consuetudinarias o los principios generales de Derecho.

2.6.5. La Doctrina De Los Publicistas.

Se entiende por doctrina el conjunto de opiniones escritas vertidas por los estudiosos del Derecho, al reflexionar sobre la validez real, formal o intrínseca de las normas jurídicas.

Son publicistas los especialistas en el Derecho Internacional Público y sus opiniones han sido vertidas por escrito en sus obras generales y

⁴³ Alfred Verdross, citado por: Carlos Arellano García en: *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2006, Pp. 196 y 197.

⁴⁴ ARELLANO GARCIA, Carlos, op. Cit. pág. 197

monográficas, así como en los Congresos científicos en los que han participado. Los de mayor competencia son aquellos que han adquirido un renombre difundido internacionalmente, con un mayor reconocimiento de los Estados desarrollados.

También forman doctrina los votos particulares de los jueces de la Corte Internacional de Justicia que, aunque no forman parte de la decisión mayoritaria, emiten un fundado criterio disidente.

Cabe señalar que además integran doctrina internacional las opiniones vertidas en los trabajos técnicos e informativos que los organismos internacionales encargan a juristas para la preparación del correspondiente material de trabajo que servirá en la preparación y desarrollo de las Conferencias internacionales. Asimismo, cuando concurren juristas talentosos a las Conferencias internacionales, en los debates tienen intervenciones muy ilustrativas, que se recogen por escrito en las memorias de esas conferencias, y que, sin duda, constituyen también doctrina internacional.

En cuanto a la doctrina como fuente auxiliar, secundaria o subsidiaria, no puede establecer por sí misma normas jurídicas internacionales; pero, si coadyuva a su descubrimiento, sobre todo en los casos de fuentes principales huidizas como la costumbre y los principios generales de derecho. También es útil la doctrina para apoyar las decisiones judiciales y para darle contenido idéntico a los tratados internacionales.

2.7. Derecho Interno y Derecho internacional.

2.7.1. Definición de derecho interno

El Derecho Interno o estatal es aquel cuya validez está limitada al territorio del Estado y que no se encuentre subordinado a ningún orden jurídico

superior. El orden jurídico de un Estado estará constituido por las normas que, de acuerdo con la norma fundante básica, sean válidas en el espacio definido como territorio del Estado⁴⁵.

2.7.2. Diferencias entre el Derecho Interno y el derecho internacional⁴⁶

- a) Diversas fuentes. En el derecho interno la principal fuente es la ley, la cual es producto de la voluntad unilateral de un legislador. En el Derecho internacional, hoy por hoy, no hay un legislador capaz de crear normas jurídicas de manera unilateral, para someter a esa ley a los Estados que conforman la comunidad internacional. En el derecho internacional la principal fuente está constituida por los tratados internacionales, que son producto de la voluntad conjunta de los Estados que los celebran y que dan su consentimiento con las normas que esos tratados contienen.

- b) Diferentes sujetos. En el derecho interno las normas jurídicas tienen como sujetos destinatarios de ellas a los gobernados y también a los gobernantes pero, no a todo el Estado nacional. En el derecho internacional las normas jurídicas tienen como sujetos de ellas principalmente a los Estados, considerados estos en su integridad, aunque es frecuente que también haya normas internacionales que tienen aplicabilidad para gobernantes y gobernados de los Estados partes en el tratado internacional.

- c) Diferente poder de coacción. En el derecho interno existen tribunales ante los cuales pueden ser llevados obligatoriamente los sujetos que incurren en incumplimiento de los deberes a cargo a su cargo, derivados

⁴⁵ TREJO GARCIA, Elma del Carmen, *Los Tratados Internacionales Como Fuente Del Derecho Nacional*, México D.F. 2006, pág. 9

⁴⁶ ARELLANO GARCIA, Carlos, op.cit. pág. 85

de las normas jurídicas internas. En el derecho internacional existe la Corte Internacional de Justicia que es un tribunal que puede dirimir las controversias entre los Estados pero, carece de fuerza compulsiva para llevar a juicio a un Estado que fuera demandado, se requiere que los Estados partes en el juicio internacional acepten la jurisdicción de la corte. Igualmente, no existen en el derecho internacional y si existente en el derecho interno los órganos ejecutivos con facultades para impeler el cumplimiento forzado de la conducta debida.

d) Diferentes ámbitos territoriales de aplicación. La norma jurídica interna está destinada, en principio, a tener una aplicación limitada al territorio del Estado para el cual fue hecha. Es verdad que puede tener una aplicación extraterritorial en el territorio de Estado diferente pero requiere la norma conflictual internacional o interna que le de esa aplicabilidad extraterritorial. En cambio, la norma jurídica internacional ha sido hecha para regir en la comunidad internacional sin limitarse al territorio de un solo Estado.

2.8. El Derecho Interno en relación con el Derecho internacional.

En el territorio de un Estado existen tanto normas de derecho nacional como normas de derecho internacional. Cuando no hay divergencia entre lo que dispone una norma u otra no existe problema alguno, la situación varía cuando una norma de derecho internacional contradice lo ordenado por una disposición de orden interno, en ese caso debe analizarse cuál de estas normas prevalece en su aplicación, ya que este conflicto jurídico trasciende las fronteras propias de un determinado Estado, en Particular el salvadoreño.

La doctrina del Derecho Internacional presenta teorías mediante las cuales se explica el nexo que existe entre el orden jurídico interno y el internacional.

Éstas pueden ser clasificadas en tres vertientes: la tesis dualista, las monistas y la coordinadora⁴⁷.

Teoría dualista.

La teoría dualista fue expuesta en Alemania por Enrique Triepel y en Italia por Dionisio Anzilotti. En tal teoría se sostiene la existencia de dos órdenes jurídicos distintos: el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno⁴⁸.

De acuerdo con la teoría dualista cada norma, la interna y la internacional, rige en su correspondiente ámbito. La interna en el ámbito interno y la internacional en el ámbito internacional. El legislador interno no tendrá la pretensión de emitir leyes que tengan validez como normas jurídicas internacionales.

A su vez, los tratados internacionales están hechos para regir las relaciones internacionales y no las relaciones internas. Para que tengan validez en lo interno los tratados internacionales requerirán de normas internas que le den aplicabilidad.

De la separación entre ambos ordenes jurídicos (orden jurídico interno y orden jurídico internacional), los dualistas deducen que cada uno de estos ordenes solo es válido dentro de su propia esfera y que ninguna norma perteneciente a uno de ellos es válida como tal dentro del otro. En particular –sostienen– las normas de derecho internacional no son parte del derecho de un Estado ni aplicables directamente dentro del mismo; para que el contenido de una norma internacional pueda tener aplicación dentro de un Estado es necesario que ella se transforme en norma interna, es decir, que el Estado cree una norma interna que admita o incorpore la norma internacional a su orden jurídico.

⁴⁷ TREJO GARCIA, Elma del Carmen, op. Cit. pág. 10

⁴⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos, op. Cit. pág. 85

También sostiene la doctrina dualista que, dada la separación completa de ambos ordenes jurídicos, no puede existir conflicto propiamente dicho entre las reglas de uno y otro; hablar de conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno sería tan inexacto como hablar de conflicto entre las leyes de los diferentes Estados; cada uno de estos sistemas jurídicos –es válido dentro de su propia esfera; en particular, una norma de derecho interno es válida en el plano interno aunque sea contraria al derecho internacional.

Teoría monista

Las tesis monistas parten de considerar que el Derecho Interno y el Internacional se encuentran unificados en un solo sistema jurídico, pero uno de ellos prevalece sobre el otro. Es por eso que dentro de estas tesis se ha generado una doble vertiente, dependiendo de cuál de los dos órdenes goza de primacía⁴⁹:

a) Monista Internacionalista (primacía del Derecho Internacional), establece que el Derecho Internacional es un orden jurídico jerárquicamente superior al Derecho Interno.

Se considera que dentro de la unidad de todas las ramas del derecho en un mismo sistema jurídico, el Derecho Internacional es jerárquicamente superior al Derecho Interno en razón de la norma hipotética fundamental 'pacta sunt servanda'. De esta forma, los conflictos que puedan surgir entre una norma internacional y otra estatal son simplemente conflictos entre una norma jerárquicamente superior y otra de jerarquía inferior.

b) Monista Nacionalista (primacía del Derecho Interno del Estado) esta postura se basa en sostener que el Derecho Interno es superior al Derecho Internacional.

⁴⁹ Trejo García, Elma del Carmen, op.cit. pág. 11

Considera que el Derecho Interno es superior al Derecho Internacional, por lo tanto la validez de este último estará sujeta al orden jurídico interno. Para que las normas internacionales sean reconocidas por un Estado, es necesario que la misma Constitución del Estado realice un reenvío o incorporación de las normas internacionales o bien, que se lleve a cabo un procedimiento de adaptación de las normas internacionales a las estatales por parte de los órganos competentes.

Tesis coordinadora o conciliadora, esta tesis, al igual que la monista, parte de la unificación de los dos órdenes en un solo sistema, con la diferencia de que considera que las relaciones entre el Derecho Interno y el Internacional son de coordinación y no de subordinación del uno al otro⁵⁰.

Esta tesis reconoce la posibilidad de que se presenten conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, los cuales no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. A esta tesis también se le denomina monismo moderado o estructurado y se construye manteniendo la distinción entre el Derecho Internacional y el Interno, al mismo tiempo se subraya que su conexión se da dentro de un sistema jurídico unitario basado en la Constitución de la comunidad jurídica internacional.

⁵⁰ Trejo García, Elma del Carmen, op.cit. pág. 11

CAPITULO III: GENERALIDADES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Tal y como se desarrolló en el capítulo anterior, el Derecho Internacional influye de manera directa en el que hacer jurídico mundial, y los tratados internacionales son la herramienta base por medio de los cuales, el primero se manifiesta en su máxima expresión, la presente investigación obliga a desarrollar de forma breve y concisa dicho instrumento internacional, a fin, de poder entregar al lector de esta indagación herramientas básicas, para que éste, se forme un juicio de valor que lo haga comprender de mejor manera la problemática planteada.

3.1. Concepto y denominación de Tratado internacional.

3.1.1. Concepto de Tratado Internacional.

Se dice comúnmente que un Tratado Internacional es aquel acuerdo de carácter internacional celebrado por escrito entre dos o más Estados, y que se rigen por el derecho Internacional y que son creados para producir efectos jurídicos, pero, también existen tratados celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional tal y como fue explicado en el capítulo uno de la presente investigación.

La máxima de los tratados es que su finalidad siempre va encaminada a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, de los sujetos del derecho internacional.

La Convención de Viena sobre derecho de los tratados fue suscrita el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980 siendo aplicable a todos los tratados suscritos entre Estados, dicha convención brinda una idea de lo que se debe comprender de un Tratado Internacional, declara que “Es

un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular⁵¹”.

Además Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash Rojas⁵² en su *Manual de Derecho Internacional De Los Derechos Humanos* los definen como “aquellos que tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo las partes normalmente dos Estados u ocasionalmente un Estado y una organización internacional”.

Bajo el mismo orden de ideas para Alberto Romero Valencia⁵³ un tratado Internacional no es más que “un acuerdo de voluntad entre dos o más estados que genera derechos y obligaciones a cargo de los Estados partes”.

Según Adolfo Arríoja Vizcaíno⁵⁴, los Tratados Internacionales se consideran como “los acuerdos que celebran dos o más Estados como entidades soberanas entre sí, sobre cuestiones diplomáticas, políticas, económicas, culturales u otras de interés para ambas partes”.

Por último, el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez brinda una Definición de tratado según la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la cual considera que es “cualquier acuerdo internacional escrito, no importando su denominación, ya sea tratado, convención, protocolo, pacto, convenio, carta, estatuto, acta, decreto, ley, declaración, concordato, intercambio de notas, memorando de acuerdo, nota de acuerdo, o cualquier

⁵¹Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo dos numeral “a”, 23 de mayo de 1969, Austria.

⁵²MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS Claudio, *Manual De Derecho Internacional De Los Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.

⁵³ROMERO VALENCIA, Alberto, *Conceptos del Derecho internacional Privado, Apuntes del Derecho Internacional Privado*, México, 2004. pág. 11

⁵⁴ARRÍOJA VIZCAÍNO, Adolfo; *Derecho Fiscal*, Editorial Themis; Decima octava edición; Pág. 69

otra denominación, concluido entre dos o más Estados o cualesquiera otros sujetos de derecho internacional”.⁵⁵

3.1.2. Denominación

Es doctrinariamente posible, tomando en cuenta el contenido y la forma, determinar ciertas pautas en cuanto a la terminología comúnmente usada por los Estados para referirse a los acuerdos entre sujetos del derecho internacional. Así, generalmente se denominan convenciones a los tratados codificadores adoptados con los auspicios de la ONU; carta o pacto a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales; acuerdos a los tratados que no se celebran por escrito.

Tratado internacional, “es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. (Art. 2 primer párrafo de la Convención de Viena).

Se utilizan muchos nombres para designar a los tratados, aunque esto no es relevante desde el punto de vista jurídico, ya que la Convención de Viena señala “... cualquiera que sea su denominación.” Esta multiplicidad de nombres se debe a que los tratados internacionales presentan entre sí características muy diversas según la materia a que se refieren, las partes que intervienen en la celebración, la formalidad o solemnidad con que se concluyen; es por ello que se ha tomado a bien mencionar de forma concisa una serie de denominaciones muy comunes en el ámbito internacional, las cuales son:

⁵⁵Esta definición es de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, citado por Dr. Romero Pérez , Jorge Enrique, “el derecho de los tratados”, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas N° 108 (11-32) setiembre-diciembre 2005.

Acuerdo: “Convención entre Estados destinado a crear, desarrollar o modificar determinadas normas del Derecho Internacional. Se utiliza para designar tanto acuerdos formales como sin formalidades ya sean bilaterales o multilaterales”.

También se emplea como término genérico para designar toda clase de tratados. Cabe aclarar que en ocasiones se le emplea con una connotación de menos solemnidad que el término convenio para referirse a tratados en forma simplificada.⁵⁶

Carta: “Convenios o tratados internacionales que constituyen el instrumento constitutivo de una organización internacional”.⁵⁷

Convención: “Acuerdo internacional cuyo objetivo es enunciar ciertas reglas de Derecho Internacional. Acuerdo que tiene un carácter normativo de índole general aplicable a un número elevado de Estados”. Esta expresión se reserva para instrumentos solemnes bilaterales y multilaterales.⁵⁸

Convenio: “Acuerdo a que se llegan los sujetos del Derecho Internacional Público en una conferencia, congreso o negociación internacional”. Se utiliza para designar tanto acuerdos formales como sin formalidades ya sean bilaterales o multilaterales. También se emplea como término genérico para designar toda clase de tratados.⁵⁹

Declaración: “Es el documento en el cual dos o más Estados determinan su posición común ante determinado asunto de interés general”. Se utiliza este

⁵⁶TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, *Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional*, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, Cámara de Diputados de México, México, 2006, pág. 2.

⁵⁷TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, Op. Cit., pág. 3.

⁵⁸ Ibidem, pág. 3

⁵⁹ Ídem, pág. 3

término como expresión de conducta que se piensa seguir por uno o varios Estados.⁶⁰

Estatuto y estatutos: “Se utiliza para instrumentos internacionales en los que se establecen normatividades relativas a una materia jurídica internacional”. Además se entiende como aquel instrumento internacional que contiene el régimen jurídico al que se encuentra sujeto un territorio determinado o un organismo internacional. Cabe mencionar que este es el término con que se denomina habitualmente a aquellos instrumentos que consagran reglas operativas para la ejecución de determinadas actividades o para el ejercicio de determinadas competencias.⁶¹

Pacto: “Acuerdo de voluntades entre dos o más Estados mediante el cual se constituye entre ellos una relación jurídica de la que se derivan obligaciones que pueden ser unilaterales o bilaterales, obligándose a su observancia”. Se utiliza principalmente en tratados multilaterales.⁶²

Protocolo: “Se utiliza generalmente para designar un instrumento que modifica o complementa un tratado, ya sea éste multilateral o bilateral, pero también se ha utilizado para designar un tratado autónomo”. Término con que se denomina tanto al instrumento independiente que registra derechos y obligaciones específicas, como al instrumento accesorio que regula la aplicación concreta de los derechos y obligaciones basadas en un tratado preexistente.⁶³

Tratado: “Acuerdo celebrado entre dos o más sujetos de Derecho Internacional Público, con objeto de crear, transferir, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos, estableciendo derechos y obligaciones por

⁶⁰ Ídem, pág. 3

⁶¹ Ídem, pág. 3

⁶² TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, Op. Cit., pág. 3.

⁶³ Ibídem, pág. 3

escrito en un instrumento único o más documentos relacionados entre sí, sin importar su denominación”. Este acuerdo internacional tiene la particularidad de ser celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Este nombre se ha utilizado para nombrar los instrumentos más solemnes bilaterales y multilaterales.⁶⁴

Pero, cualquiera sea su denominación particular llámese convención, pacto, acuerdo, carta, convenio, declaración, compromiso, protocolo, estatuto, notas revérsales, acta, reglamento, etc., en todos los supuestos se define a un mismo negocio jurídico generalmente identificado como "tratado internacional".

3.2. Características de los Tratados internacionales

Es importante mencionar que, los tratados internacionales como tal tienen ciertas características que lo hacen relevante desde el punto de vista jurídico, es por ello que a continuación se mencionan algunas características:

- *Es un acuerdo internacional celebrado por escrito*: Al tenor de la Convención de Viena, solo están regulados por ella los acuerdos que revistan la forma escrita; sin embargo, el hecho de que la Convención no se aplique a los acuerdos verbales no les restará valor jurídico, según el artículo 3° de la Convención de Viena.⁶⁵

- *Es celebrado entre Estados*: La Convención regula únicamente los tratados celebrados entre los Estados; deja fuera de su ámbito los tratados llevados a efecto entre los Estados y los organismos internacionales u otros sujetos

⁶⁴ Ídem, pág. 3

⁶⁵ VARGAS VELARDE, Oscar, *Los tratados y la constitución nacional*, ensayos, monografías y conferencias, Revista debate. Pág. 90.

internacionales o entre estos exclusivamente. No obstante, el artículo 3° reconoce el valor jurídico de tales acuerdos.⁶⁶

- *Es regido por el Derecho Internacional*: El tratado se rige por el Derecho Internacional; de ahí que estén fuera del contexto de la Convención los actos derivados del Derecho interno de los Estados.⁶⁷

- *Puede constar en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos*: La práctica ha consistido en que el tratado conste en un solo instrumento; pero cobran vigencia los tratados que se integran de varios instrumentos.⁶⁸

- *Puede adoptar cualquier denominación particular*: No necesariamente ha de llevar el título de tratado; puede denominarse de cualquier manera: convención, convenio, carta, estatuto, acuerdo, pacto, protocolo, acta, modus vivendi, procedimiento, canje de notas, declaración, concordato, armisticio, etc.; pues, lo importante es que exista la voluntad concertada de dos o más Estados tendiente a producir determinados efectos jurídicos en la comunidad de naciones.⁶⁹

3.3. Clasificación de los Tratados internacionales.

No obstante considerar que la clasificación de los tratados no trae aparejada ninguna utilidad práctica ya que la diferenciación (que por cierto es extensa) que se conoce llega sobre la base de planteamientos personales de los expositores, por razones de ilustración y para mejorar asimilar el estudio del presente apartado se clasificara de acuerdo a las posiciones doctrinarios más sobresalientes:

⁶⁶ *Ibíd*em, pág. 90

⁶⁷ *Ídem*, pág. 90

⁶⁸ *Ídem*, pág. 90

⁶⁹ VARGAS VELARDE, Oscar, Op. Cit., Pág. 90.

3.3.1. *De acuerdo al número de Estados participantes, los tratados se dividen en bilaterales y multilaterales o colectivos.*⁷⁰ Los tratados bilaterales son los que se constituyen entre dos sujetos de derecho internacional. Los multilaterales o colectivos son los concluidos entre más de dos sujetos. La Convención suscrita en el Congreso de Viena de 1815 parece ser el primer tratado multilateral.

Puede suceder que el tratado revista carácter multilateral por la participación de varios Estados, pero que en el fondo solamente vincule a dos países, constituyéndose por ello en tratado bilateral tal como ocurre en los tratados de paz por lo cual es que se le denomina también como tratados políticos por la urgencia de la conciliación de los intereses en juego.

3.3.2. *De acuerdo a la forma de dar el consentimiento los tratados se dividen en formales y simplificados.*⁷¹ Los tratados formales son acuerdos solemnes en los que la voluntad de obligarse se expresa por un acto del Ejecutivo, mediante un procedimiento que permite que transcurra un cierto lapso entre la adopción del texto del tratado y la expresión final de la voluntad de obligarse.

Tal es el caso de los tratados que entran en vigor mediante la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión. Los tratados simplificados entran en vigor por un procedimiento más rápido, en los que obliga al Estado un funcionario de menor categoría que el jefe de Estado, mediante la sola firma o mediante un simple cambio de notas.

Podestá Costa hace la advertencia que tanto los tratados en debida forma, como los tratados en forma simplificada, concuerdan en cuanto

⁷⁰LANGLOIS, René Alberto, *Curso de Derecho Diplomático, Teoría y práctica de la diplomacia*, Corte Suprema de Justicia, Sección de publicaciones, El Salvador, 2009, pág. 326.

⁷¹LANGLOIS, René Alberto, Op. Cit., pág. 327.

a las normas que rigen su validez, su eficacia, sus efectos su ejecución, su obligatoriedad y su extinción.

- 3.3.3. *En cuanto a la Materia Regulada:*⁷² En cuanto al objeto perseguido o a la materia regulada, la enumeración es amplísima como los posibles tratados. Así las cosas nos encontramos con tratados de amistad, de alianza, comerciales, aduaneros, culturales, jurídicos, de defensa, tecnológicos, consulares, aeronáuticos, postales, extraditorios, Fiscales, etc.

Esta clasificación tiene importancia únicamente en cuestiones de interpretación de textos ya que para ello se tiene en cuenta el origen de las disposiciones y clausulas así como el vocabulario empleado en cada tipo de tratado.

- 3.3.4. *Según el criterio utilizado para su participación o su futura adhesión, se clasifican los tratados en abiertos y cerrados:*⁷³ Los tratados abiertos prevén la participación de contratantes que no han participado en la negociación mediante la adhesión o firma o de acuerdo a lo establecido en el mismo tratado.

Los tratados cerrados son aquellos que exclusivamente vinculan a las partes negociadoras que hubieren adoptado el texto del tratado y no prevén la incorporación de nuevos contratantes; los tratados bilaterales son ejemplos de tratados cerrados por excelencia.

- 3.3.5. *De acuerdo al tipo de obligaciones que el tratado crea, la doctrina los divide en tratados-ley y tratados-contratos:*⁷⁴ Se atribuye a Heinrich Triepel haber retomado la idea de distinguir la existencia de tratados

⁷² *Ibíd*em, pág. 327.

⁷³ LANGLOIS, René Alberto, *Op. Cit.*, pág. 327.

⁷⁴ *Ibíd*em, pág. 327

que contenían normas jurídicas que los Estados aceptaban como normas de conducta de carácter general y permanente (tratado-ley) y otros, en cambio, eran creadores de normas jurídicas particulares referentes a una sola situación jurídica determinada (tratado-contrato). Triepel fundamenta su distinción al comparar las negociaciones internacionales con las contrataciones operadas en la esfera del derecho privado. De acuerdo a esta forma de pensar, Triepel asimiló los tratados-ley a las sociedades que se constituyen por medio del derecho interno, relación en la que existen dos o más voluntades comunes con un mismo objeto (la creación de la sociedad).

En cambio, los tratados-contrato podían comparecerse al contrato de compraventa por coexistir dos voluntades contrapuestas pero complementarias (querer vender y querer comprar). Aquí hay conciliación de intereses diferentes sobre una base común. Tienen la finalidad limitada para crear una obligación jurídica que se determina con el cumplimiento del trabajo, por ejemplo: Si dos Estados celebran un tratado para fijar su frontera común, una vez que este objetivo se haya concedido, termina el tratado.

3.4. Principios de los Tratados Internacionales

Los principios de los tratados internacionales, son como la guía filosófica a seguir por parte de los sujetos del derecho internacional, sobre ellos recae la responsabilidad en el efectivo cumplimiento y fortalecimiento del derecho internacional, estos no son productos de la mera liberalidad, sino que han sido el resultado de un proceso paulatino, de construcción teórica jurídica por parte de los internacionalistas, hay una serie de principios generales, fundamentales, que rigen el derecho de los tratados, y de los que se pueden mencionar los siguientes:

3.4.1. Pacta Sunt Servanda

Pacta sunt servanda es un término latino, atribuido al jurista Domicio Ulpiano⁷⁵ en el Digesto⁷⁶, que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse. Los romanos llegaron a esta concepción en el derecho bizantino, ya que antes solo obligaban los contratos. Los pactos, que eran acuerdos de voluntades sin solemnidades solo daban origen a obligaciones naturales, y no a acciones civiles.⁷⁷

Este principio establece que los tratados deben ser cumplidos. Es considerado como el principio fundamental del derecho internacional. Muchos lo consideran un principio absoluto, se encuentra contemplado en la convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados. En su artículo 26 dice: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”, se encuentra consagrado en el preámbulo de la carta de las naciones unidas, y el párrafo 2 del artículo 2 que dice:” sus miembros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con dicha carta”.

Algunas teorías encontraban en el la base del sistema jurídico internacional, como Kelsen y la escuela de Viena y, aunque con ciertas modalidades.⁷⁸

3.4.2. Res inter alios acta

“Este principio establece los tratados solo crean obligaciones entre las partes”.⁷⁹ Este principio se considera relativo, porque, aunque ciertamente en

⁷⁵ Domicio Ulpiano, fue un Jurisconsulto romano, considerado uno de los más grandes jurisconsultos de la historia del Derecho, nació en Italia, en la provincia de Tiro en el año 170 dc y falleció en Roma 228 dc.

⁷⁶Digesto en castellano, “Digestum” en latín es una obra jurídica publicada en el año 533 dc. por el Emperador Bizantino Justiniano I., dicha palabra significa “resumen”, “compendio”, de acuerdo al idioma en el que se haga la traducción.

⁷⁷PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

⁷⁸SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, 7° ed., Editorial, Porrúa, s. a. México, 1981

la mayoría de los tratados, se obliga a los firmantes o a quienes lo hayan ratificado, también. Es cierto que en algunos casos, un tratado puede crear derechos y obligaciones respecto a terceros Estados que no han hecho parte del tratado. Por ejemplo, en el asunto de la desmilitarización de las islas Aland (decidida en un tratado firmado entre Rusia y otros países), Finlandia sostenía que, por no haber tomado parte en ese tratado, no se creía obligada por él; pero la comisión de juristas reunida en París en 1920 decidió que ese tratado, a causa de los intereses vitales de otras potencias, envueltos en él, había creado una situación jurídica objetiva, y era oponible a los estados terceros.⁸⁰

3.4.3. Bona Fide

En el artículo 26 de la convención de Viena de 1969, establece: “todo tratado en vigor obliga a sus partes”, pero además agrega “deben ser cumplidos de buena fe”.

Es evidente que los estados que se comprometen al cumplimiento de un tratado deben actuar de buena fe. Si se retira al derecho internacional el tapete de la buena fe, este orden jurídico caería por su propio peso.⁸¹

Este principio de Buena Fe, está ligado con la prohibición del abuso del derecho, el cual tiene lugar cuando un derecho es utilizado de mala fe, es decir cuando está en contra del ordenamiento jurídico establecido.⁸²

3.4.4. Ex Consensu Advenit Vinculum

Es un principio absoluto, significa: del consentimiento deviene la obligación.⁸³

⁷⁹GAVIRIA, Liévano Enrique, *Derecho internacional Público*, 5° ed., Editorial Temis, 1998.

⁸⁰VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1963, pág. 115

⁸¹VAN VÁSQUEZ, Cornelius, *Derecho Internacional Público*, 9° ed., editorial Porrúa S.A., México, 1983, pag.65

⁸²VERDROSS, Alfred, ob. cit. pág. 115.

Otra definición de este principio: Los estados deben manifestar libremente el consentimiento para obligarse por un tratado.⁸⁴

Es resultado de la estructura de la sociedad internacional, principalmente formada por estados, formalmente considerados iguales. Al no haber un ente jurídico superior a ellos y capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual. Solamente a través del consentimiento, los estados se comprometen en obligaciones jurídicas contractuales. El estado debe manifestar su consentimiento a través de los órganos facultados para celebrar tratados en la creación, modificación o extinción de obligaciones y derechos.⁸⁵

Este consentimiento evidentemente debe ser auténtico, no debe estar viciado por el error, el dolo, la coacción, la amenaza o el uso de la fuerza o violencia.⁸⁶

Pero, la realidad internacional muestra, que, la falta de vicios en el consentimiento no es un requisito indispensable para la validez de los tratados. Los acuerdos concluidos por imposición de una parte más fuerte son válidos, en la medida en que la parte más fuerte conserva su preeminencia.⁸⁷ A la otra parte no se le permite reclamar la inexistencia del

⁸³ *Ibíd.*, pág. 115

⁸⁴ www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/otras/diccjur/dic%20t.htm - 120k

⁸⁵ SEARA VÁSQUEZ, Modesto, *ob. cit.*, Pág. 66.

⁸⁶ Cornelius Van Vásquez, *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa S.A., Novena Edición, México, 1983

⁸⁷ SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 1979 (Ej., el caso de la prisión de Guantánamo Cuba, La base fue instalada por Estados Unidos en Guantánamo, localidad en el extremo oriente cubano a unos 900 kilómetros de La Habana, tras ocupar a Cuba militarmente como resultado de una guerra a fines del siglo XIX contra España, que la gobernaba. Un tratado otorgó el territorio a los estadounidenses en aquella época "a perpetuidad" un concepto jurídico que tiene, no obstante, límites ya caducos, según las autoridades cubanas; sin embargo debido a la disparidad económica, política, militar, etc., Cuba no puede hacerle frente a los EE.UU., por más que está le reclame su devolución.)

tratado, o su simple revisión únicamente con el pretexto de la falta de consentimiento real.

Se puede concluir, que los tratados concertados con ausencia de un auténtico consentimiento por alguna de las partes, no dejan por ello de tener validez, en la medida en que el equilibrio de fuerzas no se altere en perjuicio del país que impuso las condiciones. El que tiene el poder hace el derecho, pero ellos deja siempre a salvo la facultad, para el que no lo tiene, de tratar de conseguirlo.

En la convención de Viena de 1969, se especifican varios casos de invalidez de los tratados debido a vicios del consentimiento:

- a. Error (art 48)
- b. Fraude (art 49)
- c. Corrupción del representante de un estado (art50)
- d. Coerción sobre el representante de un estado (art 51)
- e. Coerción sobre un estado mediante el uso o amenaza de la fuerza (art52)

3.4.5. Ius Cogens

Se considera uno de los principios que rigen a los tratados internacionales de derecho público.

Sumamente discutido fue el principio incorporado en el artículo 53 de la convención de Viena, según el cual “un tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del derecho internacional”.⁸⁸

Producto del análisis realizado, es difícil determinar cuándo una norma internacional es de esa clase, está claro que la aplicación de esta disposición

⁸⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, Austria, artículo 53.

interfiere con la libertad de contradicción de los estados, pues incluso una de las normas que unánimemente se considera del “ius cogens” como es la prohibición de la agresión, podría ser derogada en ciertos casos, para las relaciones entre algunos estados en particular.

Es necesario estudiar las normas de derecho imperativo, en contraposición a las de derecho dispositivo. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”. La existencia de estas normas imperativas de Derecho internacional público es generalmente aceptada. Sólo algunos pocos Estados la niegan, entre ellos Francia.

No obstante, sí es objeto de discusión qué normas concretas revestirían este carácter. Estas normas se imponen a todos los sujetos de manera obligatoria, se basan en el consenso universal, sobre determinados valores mínimos, elementales, consideraciones de humanidad, intereses generales de la humanidad, que todos los estados tienen que respetar al margen de toda voluntad expresada.

Es así por la especial naturaleza del objeto jurídico que esta norma pretende proteger. Tienen alcance erga omnes (frente a todos). Se tratan de normas jurídicas indispensables para la vida de la comunidad internacional. Son intereses colectivos y se fundan en una.⁸⁹

El reconocimiento de las normas de ius cogens implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de ius cogens recogerían un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se

⁸⁹SEARA VÁSQUEZ, Modesto, ob. cit.

impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados. En este sentido, su fundamento parece ser de carácter contractualista.

Varios organismos se han cuestionado cuales normas podrían ser ius cogens y se pronunciaron al respecto.

En el asunto sobre la Licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a: "principios intransgredibles de Derecho internacional", pero no usó expresamente el término ius cogens.

Se refería a tres principios de Derecho internacional humanitario, aplicable en caso de conflicto armado. En primer lugar, la prohibición de ataques contra civiles y el uso de armas que no distinguen entre civiles y militares.⁹⁰

En segundo lugar, la prohibición del uso de armas que causen un daño mayor que el necesario para conseguir objetivos militares legítimos. En tercer lugar, el trato de civiles y militares de acuerdo con principios de humanidad, en vicio de norma de Derecho internacional humanitario que sea de aplicación (la llamada cláusula Martens).⁹¹

El Comité de Derechos Humanos afirma expresamente que son normas de ius cogens (peremptory norms) la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida, así como el derecho a unas garantías procesales mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia.

Actualmente, de acuerdo con la redacción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, puede entenderse que el ius cogens⁹² tiene

⁹⁰VERDROSS, Alfred, ob. cit.

⁹¹VERDROSS, Alfred, ob. cit.

⁹² <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1073/7.pdf>

naturaleza contractualista, al ser fruto de un acuerdo alcanzado en el seno de la comunidad internacional.

3.5. Los Tratados como fuentes del Derecho Internacional Público y Derecho Interno.

Los Tratados constituyen hoy en día la fuente más importante del Derecho Internacional Público y han relegado la costumbre a un segundo plano. No debe caerse pues en el error común de seguir afirmando que es más importante la costumbre y, para ellos, no hay más que pensar en el extraordinario caudal de tratados existentes y que se firman continuamente, normando los más variados aspectos de las relaciones internacionales.⁹³

Por tratados o convenciones, se entiende en general las estipulaciones formales entre personas internacionales, por los cuales se crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas. Más simplemente, son convenciones entre personas internacionales.

Los tratados son algo así como “la chica para todo” del derecho internacional. Con frecuencia se asemejan a los contratos de los sistemas jurídicos nacionales, pero también asumen funciones que en los ordenamientos nacionales son desempeñadas por actos legislativos, por documentos notariales o por los estatutos de una sociedad.⁹⁴

En el Derecho interno, las leyes suelen ser consideradas como fuente del Derecho, pero no los contratos, que son simples negocios jurídicos. Los contratos solo crean derechos y obligaciones para las partes contratantes, que son pocas en número, en tanto que se afirma generalmente que “fuente

⁹³TORRÉ, Abelardo, *Introducción al estudio del Derecho*, AbeledoPerrot, Argentina, 2011, pág. 634.

⁹⁴AKEHURST, Michael, *Introducción al Derecho Internacional*, Alianza Editorial, Madrid, España, 1994, pág. 32.

del derecho” equivale a una fuente de normas que se aplican a gran número de personas.

Algunos autores han sostenido que los tratados solo deben ser considerados como fuentes del Derecho Internacional si se asemejan a las leyes en su contenido, es decir, si imponen las mismas obligaciones a todas las partes del tratado y se proponen reglamentar su comportamiento durante un largo periodo de tiempo; dichos tratados reciben el nombre de tratados-ley.

Pero también existen los tratados-contratos, o también conocidos como especiales o particulares, que son aquellos que se realizan generalmente entre dos o más estados sobre materias que solo interesan a los contratantes, por ejemplo muy claro es aquel en el cual un estado se compromete con otro a prestar una cierta cantidad de dinero, un tratado de límites, de comercio, etc.⁹⁵ Doctrinariamente no son considerados como fuentes del derecho, sino que como simples negocios jurídicos.

Dentro de la doctrina internacional también se conoce la figura de los tratados generales y especiales. Siendo estos últimos los creadores de normas jurídicas solo cuando en un conjunto de ellos se repite el mismo principio, llegando así a constituir propiamente una costumbre.

Los tratados de carácter general o también conocidos como multinacionales, contribuyen directamente a la formación del Derecho Internacional cuando de los mismos signatarios la mayoría de los estados y consienten en la adopción de una regla determinada, la cual, sin embargo, solo obliga a las partes contratantes.

La tendencia es de convertirla en un compromiso universal admitiendo la adhesión expresa de los demás estados o el reconocimiento tácito de las

⁹⁵TORRÉ, Abelardo, ob, cit., pág. 634.

normas convenidas como si tuviesen un carácter consuetudinario. Los tratados en caso de duda deben ser interpretados a la luz del derecho consuetudinario. Los únicos Tratados-ley que pueden ser considerados como fuentes del Derecho de Gentes son los que establecen para el futuro reglas nuevas y afirman o anulan las ya existentes.⁹⁶

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia con relación a las fuentes de Derecho Internacional señala: "La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que les sean sometidas, deberá aplicar:⁹⁷

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.⁹⁸

Este precepto tiene dos perspectivas, la primera que indica las fuentes de derecho internacional y la segunda cuando se establece que esa

⁹⁶Tratado de Derecho Internacional Público, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1963, pág. 27 y 28.

⁹⁷TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, *Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional*, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, Cámara de Diputados de México, México, 2006, pág. 5 y 6.

⁹⁸ONU. Carta de las Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. México, 2001.

normatividad será la que utilicen los jueces para fundar sus sentencias. De este precepto se desprende que los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho son fuentes autónomas; las decisiones judiciales y la doctrina son medios auxiliares, éstas asisten a las fuentes autónomas para su mejor aplicación.

El artículo 144 de la Constitución de la República señala que: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución”.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.⁹⁹

Este precepto constitucional reconoce a los tratados internacionales como Ley general en toda la República, otorgándole el privilegio de en caso de conflicto entre éste y la ley secundaria, prevalecerá el primero, esta jerarquización de la norma jurídica salvadoreña lo hace con el solo propósito de armonizar todo su marco jurídico, un tratado internacional perfectamente puede modificar de forma significativa a la ley secundaria, incluso, en algunos casos hemos sido testigo, que, hasta el mismo texto constitucional ha sido modificado, es por eso que se les reconoce como fuente de Derecho.

3.6. Recepción de los tratados internacionales en el derecho interno.

Por recepción de un derecho se entiende "un proceso histórico por el cual una comunidad acepta libremente un sistema jurídico extraño, sea este antiguo o extranjero, dicha comunidad asimila el derecho extraño en la

⁹⁹ Constitución de la República de El Salvador, Artículo 144.

medida que lo permite el derecho preexistente, de suerte que con tal situación, el derecho nacional entra en un proceso de transformación."¹⁰⁰

El derecho recibido es un método científico de elaboración del derecho, por lo que se dice que la recepción da lugar a la 'cientificación' de los derechos nacionales.¹⁰¹

En la medida en que las normas y obligaciones internacionales trascienden, en cuanto a sus efectos, las relaciones interestatales, reclamando la actuación de los órganos internos del Estado, es preciso determinar en qué medida en encuentran éstos vinculados por el Derecho Internacional. La vinculación de los órganos institucionales Salvadoreños al Derecho Internacional, depende de que éste se encuentre incorporado o no al Derecho Interno de nuestro país.

En la doctrina se puede reconocer dos sistemas de recepción de los tratados:

Doctrina de la Incorporación: En esta clase de sistema, la norma internacional prevalece sobre el derecho interno, y entra en vigencia al mismo tiempo a nivel interno e internacional.¹⁰²

En esta doctrina exige que desde que el tratado es internacionalmente obligatorio, se debe de realizar el acto material de su publicación oficial, por lo que se produce una recepción automática.

Doctrina de la transformación¹⁰³: Manifiesta que las normas del tratado deben de ser sustituidas, a cualquier nivel de la jerarquía interna y

¹⁰⁰Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Ed. Porrúa, México, 2002, Tomo VI Q-Z, pp. 49-51

¹⁰¹Trejo García, Elma del Carmen, ob. cit, pág. 6.

¹⁰²BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 1º ed., Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pág. 25 y 26.

regulaciones, ya sea a nivel constitucional o a nivel de las leyes del legislativo.

Esto implica que el tratado debe de pasar a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, mediante un acto formal de producción normativa interna, ya sea por medio de una ley o decreto.

Existe una colaboración mutua entre los poderes del Estado, ya que el poder Legislativo tiene la obligación de legislar para ejecutar el tratado y el ejecutivo de proponer regulaciones administrativas, que sirvan para ejercitar el derecho interno, para así cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas.

En la adopción del régimen influyen factores de distinta naturaleza, los cuales son:¹⁰⁴

Los factores ideológicos, vinculados a la valoración que se hace de la soberanía del Estado y a postulados monistas o dualistas acerca de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos.

Los factores históricos, ligados a la tradición constitucional de cada Estado.

El factor técnicamente más importante estriba en la participación o no del órgano encargado de legislar, para así lograr la conclusión de los Tratados.

El respeto de las competencias legislativas, para el órgano encargado de las mismas, exige la sujeción de la eficacia interna de las disposiciones convencionales a su previa transformación en ley.

Con fundamento en lo antes expuesto, en El Salvador se sigue la doctrina de recepción mediante la transformación.

¹⁰³ Becerra Ramírez, Manuel, ob. cit., pág. 25 y 26.

¹⁰⁴ Trejo García, Elma del Carmen, ob. cit., pág. 7.

3.7. Procedimiento de conclusión de los Tratados Internacionales.

Luego de establecer el ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, corresponde considerar todos aquellos actos que son necesarios en las relaciones internacionales para celebrar un tratado, manifestar el consentimiento en obligarse por éste, modificar o excluir los efectos jurídicos de algunas de sus disposiciones en su aplicación con un Estado parte, hasta la entrada en vigor del tratado.

3.7.1. *La negociación:* Cuando un Estado desea relacionarse con otro mediante un tratado designa una o varias personas para que lo representen con tal fin. A éstas les otorga los "plenos poderes", documento emanado de la autoridad competente del Estado, para iniciar las conversaciones tendientes a fijar el acuerdo de voluntades. La Convención acepta, en el art. 7, que "en virtud de sus funciones representan al Estado, sin necesidad de presentar plenos poderes, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores".¹⁰⁵

Estas personas pueden, inclusive, obligar al Estado. También se considera que los jefes de las misiones diplomáticas y los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, en virtud de sus funciones, representan al Estado ante el Estado, la conferencia internacional, organización internacional u órgano en el que están acreditados, según sea el caso.

En estos supuestos, sin embargo, estas personas sólo pueden negociar y adoptar el texto del tratado sin necesidad de autorización especial, pero no pueden ni autenticar el texto ni obligar al Estado acreditante¹⁰⁶. Los plenos

¹⁰⁵Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo siete, Austria, 1969.

¹⁰⁶GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, *Derecho Internacional Público: Tomo I*, Editorial Zavalia, Argentina, 1990, pág. 106-107.

poderes no requieren un acto bajo forma sacramental, pueden constar en una carta o, aún, ser otorgados mediante un telegrama.

3.7.2. *La adopción del texto:* Tiene por fin dar por terminada la etapa de la negociación. Es el momento en que los representantes de los Estados negociadores fijan los términos del acuerdo de voluntades redactando el texto del tratado. Este se adopta cuando todos los negociadores expresan su consentimiento con la redacción.¹⁰⁷ Sin embargo, cuando la negociación se ha llevado a cabo en el seno de una conferencia internacional bastará que dos tercios de los Estados presentes y votantes manifiesten su conformidad con el texto para que éste se considere adoptado.¹⁰⁸ Esta norma tiene su origen en la práctica desarrollada en las conferencias celebradas con los auspicios de la ONU.

En todas, con la sola excepción de la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, 181 el Reglamento de la Conferencia, preparado por la Secretaría General de la ONU y adoptado por los Estados negociadores al comienzo de cada una de ellas, establecía que el tratado se adoptaría por votación, necesitándose un pronunciamiento afirmativo de los dos tercios de los Estados presentes y votantes. Ahora bien, estas dos normas tienen una naturaleza residual; es decir, que se aplicarán si los Estados negociadores no llegan a un acuerdo especial para fijar otro mecanismo de adopción del texto con relación a un tratado determinado.

3.7.3. *Formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado:* Con la autenticación del texto, el acuerdo de voluntades de los negociadores queda definitivamente fijado, pero es necesario para que el tratado entre en vigor que, además, los Estados manifiesten expresamente la voluntad de

¹⁰⁷ Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo nueve, Austria, 1969.

¹⁰⁸ Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo nueve inciso segundo, Austria, 1969.

obligarse por aquél. Los arts. 11 a 15 de la Convención de Viena enumeran, en forma enunciativa, los diferentes mecanismos que, para tal fin, pueden seguir los Estados.

Estas disposiciones no incluyen una norma residual que pueda aplicarse para establecer la vía a seguir cuando el tratado mismo no contempla una cláusula en la que los Estados negociadores hayan acordado el modo en que van a expresar el consentimiento. La incorporación del art. 11 al texto del tratado, efectuada en la Conferencia de Viena, muestra bien a las claras la intención de los Estados negociadores de no fijar un método, en detrimento de otros, en el caso de silencio de un convenio determinado.¹⁰⁹

3.7.3.1. *La firma:* La firma del tratado tiene por objeto autenticar el texto; pero, además, los Estados negociadores pueden acordar que baste para expresar el consentimiento en obligarse.¹¹⁰

Puede tener lugar en el acto de la adopción del texto o, en el caso de ciertos acuerdos multilaterales, diferirse hasta una fecha determinada a fin de que los Estados negociadores, u otros Estados invitados especialmente para ello, puedan también firmar el texto. La expresión del consentimiento mediante la firma es típica de los llamados "acuerdos en forma simplificada".¹¹¹

Dentro de la firma se tienen dos manifestaciones:¹¹²

La rúbrica: el representante del Estado coloca sus iniciales al final del texto.

La firma ad referendum: que el tratado todavía debe aprobarse por otro órgano del estado; por ejemplo, el poder legislativo.

¹⁰⁹GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 108.

¹¹⁰Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo doce, Austria, 1969.

¹¹¹GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 108.

¹¹²SEARA VÁZQUEZ, Modesto, citado por Córdova Arellano, Luis, "Apuntes sobre Derecho de los Tratados", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

3.7.3.2. *El canje de instrumentos que constituyen un tratado:* El art. 13 de la Convención se refiere a los acuerdos en forma simplificada; particularmente, a la práctica desarrollada entre los Estados de instrumentar acuerdos por "notas revérsales". Mediante éstas un Estado propone a otro un determinado tratado, el Estado receptor contesta manifestando su consentimiento en una nota en la que se acusa recibo de la primera y en la que, generalmente, se transcribe íntegramente el texto.¹¹³

3.7.4. *La ratificación:* Es el acto internacional mediante el cual el Estado manifiesta en forma definitiva su voluntad de obligarse por el tratado. Lo hace en una declaración escrita denominada "instrumento de ratificación". Se considera que la obligación jurídica nace a partir del momento en que los Estados negociadores canjean estos instrumentos, dejando constancia de tal hecho en un acta, o a partir del momento del depósito del instrumento ante la persona designada para tal función en el cuerpo del tratado.

Desde que el Estado negociador da su consentimiento y hasta el momento en que el tratado entra en vigor con relación a tal Estado,¹¹⁴ este Estado se denominará Estado contratante. El acto internacional de ratificación no debe confundirse con el acto interno de aprobación de tratado que puede dar un órgano del Estado, competente para tal fin según el derecho interno,¹¹⁵ y que en algunos ordenamientos es requisito previo al acto internacional. Tradicionalmente, la ratificación era un acto formal destinado exclusivamente a que el soberano confirmase los plenos poderes conferidos a su representante en las negociaciones. No se trataba, entonces, de una aprobación del tratado sino de confirmar que el plenipotenciario estaba

¹¹³ GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 109.

¹¹⁴ Es de hacer mención que generalmente no coinciden los tiempos, por eso no es de extrañar que sean con varios meses incluso años de diferencia entre ambas figuras.

¹¹⁵ En nuestro país la ratificación de un tratado internacional corresponde única y exclusivamente a la Asamblea Legislativa, tal y como lo manda el artículo 144 de nuestra Constitución.

realmente autorizado para negociar y comprometer al Estado. Luego, la ratificación cambió de sentido y su fin fue el de permitir el control por el Legislativo de los actos del Ejecutivo.

El artículo 14 inciso segundo de la Convención se refiere a la aceptación y a la aprobación expresando que ambas también podrán ser utilizadas como modos de manifestación del consentimiento del Estado en condiciones semejantes a las que rigen la ratificación. En la práctica internacional la "aceptación" constituye una innovación de terminología más que de método. Si un tratado establece que estará abierto a la firma bajo reserva de ratificación, el procedimiento en el plano internacional, es similar al de la firma bajo reserva de "aceptación". Si un tratado dispone que esté abierto a la "aceptación" sin firma previa, este procedimiento es similar al de la adhesión. El mismo término designa, entonces, dos procedimientos diferentes que, en definitiva, pueden considerarse como una forma simplificada de ratificación. El término "aprobación" se ha incluido aún más recientemente en la práctica internacional y lo expresado con relación a la aceptación es aplicable también a éste.¹¹⁶

3.7.5. *La adhesión*: Es la facultad que se ofrece a un tercer Estado, un Estado que no ha participado en la negociación, de llegar a ser parte en el tratado. El ofrecimiento es necesario en todos los tipos de tratados, sea cual fuere su objeto.

Es decir que, interpretando el artículo 15 de la convención *a contrario sensu*, un Estado que no ha participado en la negociación no puede imponerse como parte en el tratado. En el texto de los tratados se establece, usualmente, quiénes son los sujetos del derecho internacional que pueden adherir.

¹¹⁶GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 109-110.

Se denomina tratado "abierto" al que contiene una cláusula de adhesión; Tratado "cerrado" al que no contiene tal cláusula. En realidad un tratado plasma un acuerdo de voluntades sobre un determinado objeto entre ciertos Estados. El consentimiento, entonces, se otorga con relación al objeto y con relación a las partes. Ahora bien, tal como lo autoriza el artículo 15 letra c), es posible que el tratado no contenga disposición alguna referida a la capacidad de otros Estados para adherirse; sin embargo, si todas las partes se ponen de acuerdo para invitar a un determinado Estado a adherir al tratado, éste tiene la facultad jurídica de hacerlo.¹¹⁷

La terminología de la convención permite inferir que basta que la invitación la formulen los Estados parte, es decir, aquéllos que han manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, que no necesariamente son todos Estados negociadores. Además, al hablar de Estado parte, la convención se está refiriendo a un tratado en vigor para aquéllos que formulan la invitación. En consecuencia, ésta se hará por acuerdo de partes sin necesidad del consentimiento para tal acto de los Estados negociadores que son aquéllos que aún no han manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, ni de los Estados contratantes, aquellos que ya han manifestado el consentimiento en obligarse por el tratado, pero con relación a los que el tratado aún no ha entrado en vigor.¹¹⁸

3.8. Determinación del momento en que nace el vínculo jurídico.

Existen tres supuestos jurídicos que explican el momento en que se surge el vínculo jurídico que obliga a los sujetos internacionales, estos son:¹¹⁹

¹¹⁷ Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo quince letra c), Austria, 1969.

¹¹⁸ Derecho Internacional Público, Gutiérrez Posse, Moncayo Vinuesa, Editorial Zavalia, Argentina, 1990, Tomo I, pág. 109-110.

¹¹⁹ GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 111-112.

Sí el tratado dispone que el consentimiento se expresará mediante la firma, es en el momento de ésta cuando los Estados se obligan.

En los supuestos de tratados bilaterales que necesitan ratificación, la obligación nace en el momento en que los Estados canjean los instrumentos internacionales de ratificación. Los Estados proceden a elaborar un acta en la que dejan constancia del canje; la fecha en que éste se realiza es la fecha en que nace la obligación, salvo que el tratado mismo disponga otra cosa.

En los supuestos de tratados multilaterales es usual que los Estados negociadores, en el texto del tratado, designen una persona que se ocupará de la guarda del texto original y recibirá los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.¹²⁰ La fecha del depósito del instrumento internacional ante tal persona es la que traduce el consentimiento en obligarse.

El artículo 18 de la Convención, de claro desarrollo progresivo del derecho internacional, es fuente, sin embargo, de una obligación especial desde el mismo momento de la firma del tratado, aún cuando fuese necesaria la ratificación posterior para que el Estado se obligue en los términos del tratado. Esta obligación especial, que pesa sobre los Estados negociadores y que se extiende a los contratantes, es la de no realizar actos que frustren el objeto y el fin del tratado.¹²¹ Esto indica que una vez que la Convención de Viena entre en vigor, los Estados parte en ésta deberán ser sumamente cuidadosos de los actos que realicen una vez que hayan celebrado un

¹²⁰En el caso de los tratados celebrados con los auspicios de la ONU es práctica designar como depositario al Secretario General de la Organización. Así, por ejemplo, en el caso de esta Convención, los arts. 82 y 83 determinan que tanto los instrumentos de ratificación como los de adhesión "se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas".

¹²¹ Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo dieciocho, Austria, 1969.

tratado, debiendo valorar todos los elementos y los objetivos de sus políticas internas e internacionales con el objeto de no realizar actos contrarios al fin del tratado antes de manifestar expresamente si van o no a obligarse por él. De otra manera verían comprometida su responsabilidad internacional.

3.9. Reservas de un tratado

Según Modesto Seara Vázquez, la reserva “es el acto jurídico unilateral por el cual un Estado parte en un tratado declara que rechaza la aplicación de ciertas disposiciones, o que les atribuye determinado sentido”.¹²²

Para Paniagua Flores, Saúl“ es una declaración unilateral hecha por un Estado con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.¹²³

Además Gutiérrez Posse, Moncayo Vinuesa manifiesta que “Las reservas son las declaraciones unilaterales que hacen los Estados, en el momento de obligarse por el tratado, con el objeto de excluir o modificarlos efectos jurídicos de ciertas disposiciones de éste en su aplicación al reservante”.

Ambos autores coinciden en que obedecen, generalmente, a la oposición que encuentran sobre algunas cláusulas del tratado, en el órgano interno del Estado encargado de autorizar el consentimiento.

La figura de la "reserva" es muy importante en la celebración de los tratados multilaterales, ya que en muchos de ellos será imposible de realizarla si las partes no tuvieran esta oportuna salida. La reserva tiene su finalidad, utilidad, que es la de permitir a los Estados participar en un tratado internacional sin

¹²²SEARA VÁZQUEZ, Modesto, citado por Córdova Arellano, Luis, “Apuntes sobre Derecho de los Tratados”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

¹²³PANIAGUA FLORES, Saúl, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, Bolivia, pág. 7.

que le sean aplicadas algunas de sus disposiciones o le sean aplicadas en los términos que se expresan en las reservas, a fin de salvaguardar algunos intereses del Estado que realiza la reserva o por no contradecir alguna disposición de derecho interno fundamental.

Las reservas encuentran más su razón de ser en los tratados multilaterales, mas no en el caso de los bilaterales, dado que se daría a entender que una delas partes no está de acuerdo con los términos del tratado, motivo por el cual se tendrían que abrir nuevamente las negociaciones.¹²⁴

La reserva es lícita para los tratados multilaterales, a menos:¹²⁵

- a) Que esté prohibida,
- b) Que sólo se puedan formular ciertas reservas,
- c) Cuando no se menciona expresamente, sea incompatible con su objeto o fin.

Las reservas tienen dos finalidades fundamentales, las cuales son:

Excluir una determinada disposición del tratado;

Modificar su alcance o atribuirle un sentido determinado.

Cabe mencionar que la reserva es voluntaria, pues todos los Estados pueden hacer uso de ese derecho, pero a su vez las partes pueden objetarla.¹²⁶

3.10. Entrada en vigor y efectos de los tratados.

La entrada en vigor de un tratado significa el comienzo de su eficacia¹²⁷. Un tratado puede disponer que entrará en vigor al cumplirse determinado plazo

¹²⁴SEARA VÁZQUEZ, Modesto, citado por Córdova Arellano, Luis, "Apuntes sobre Derecho de los Tratados", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.pág. 7.

¹²⁵ Ibídem, pág. 7

¹²⁶Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo veinte, Austria, 1969.

¹²⁷PANIAGUA FLORES, Saúl, ob. cit., pág. 12.

o después de que haya transcurrido cierto plazo a partir de la fecha en que se haya depositado el número de ratificaciones o de adhesiones.

El art. 24 de la Convención establece que un tratado entrará en vigor cuando todos los Estados negociadores hayan expresado el consentimiento en obligarse por el mismo, a menos que el propio tratado disponga otra cosa. Sin embargo hay ciertas disposiciones del tratado las llamadas disposiciones finales referidas a la autenticación del texto, la forma de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado, las modalidades o la fecha de entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario, etc., que por su naturaleza y el objeto que persiguen, son aplicables desde la adopción del texto. Los Estados dan su consentimiento para que estas disposiciones entren en vigor en el momento mismo en que adoptan el texto del tratado.¹²⁸

La entrada en vigor de un tratado no implica, necesariamente, su aplicación. Las dos situaciones pueden coincidir o no en el tiempo.

Una vez que el tratado ha quedado concluido y entra en vigor, es fuente de derechos y obligaciones para los Estados parte. La fuerza obligatoria inmediata reside en la voluntad de obligarse por el tratado, pero el fundamento de validez mediato se encuentra en una norma consuetudinaria comúnmente enunciada como *pacta sunt servanda*.¹²⁹

3.10.1. Efectos de los Tratados

El efecto por excelencia que el tratado crea entre las partes, es una obligación internacional.¹³⁰ Y que impone una determinada conducta ya sea positiva o negativa.

¹²⁸GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 115.

¹²⁹GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 116.

¹³⁰SEARA VÁZQUEZ, Modesto, citado por Córdova Arellano, Luis, "Apuntes sobre Derecho de los Tratados", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010. Pág. 10.

Esta determinada conducta puede referirse al cambio interno por ejemplo un tratado de alianza, ó también en el ámbito interno en un determinado sentido a través de convenciones, imponiendo a sus órganos los poderes ejecutivos, legislativos o judiciales una acción necesaria para la ejecución de los tratados.

Los efectos de los tratados surten para las partes contratantes y debe ser cumplido de buena fe, aplicando siempre el principio de que lo pactado es obligado, que es la norma más importante del derecho internacional.¹³¹

Es importante señalar que los tratados no obligan a terceros Estados. “Según eso, los tratados concluidos entre determinados sujetos no pueden ser fuente de obligaciones ni derechos para los otros sujetos que no han dado su consentimiento a las disposiciones del tratado.”¹³²

Pero sí pueden otorgarse derechos a favor de terceros, siendo “suficiente que en un tratado las partes decidan otorgar derechos a otro sujeto, y que éste dé su asentimiento.”¹³³

3.11. Terminación de los Tratados

La terminación de un tratado “es la cesación de sus efectos, la extinción de las normas, obligaciones, los derechos y las situaciones jurídicas que de él derivan”.¹³⁴

El hecho de que un tratado termine, o que una de las partes en el tratado no se encuentre ya obligada por él, significa que éste ha dejado de estar en vigor, o que ha dejado de estar en vigor para dicha parte.

¹³¹Paniagua Flores, Saúl, ob. cit., pág. 12.

¹³²SEARA VÁZQUEZ, Modesto, citado por Córdova Arellano, Luis, “Apuntes sobre Derecho de los Tratados”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010. Pág. 9.

¹³³ Ibídem, pág. 10

¹³⁴Paniagua Flores, Saúl, ob. cit., pág. 12.

La regla del artículo 26 sólo cubre a los tratados en vigor. Estos deben ser respetados por las partes y nadie puede pretender su modificación o su terminación si no es por alguna de las causas previstas en la Convención.¹³⁵ El Artículo 70 letra b), consagra la irretroactividad de la terminación del tratado. Este deja de producir efectos jurídicos a partir del momento en que se le pone fin, pero tal hecho no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creada por la ejecución del tratado antes de su terminación.¹³⁶

Las causas de terminación de un tratado, de acuerdo con la Convención de Viena, son fundamentalmente seis:

1. *Por la voluntad de las partes.* La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:¹³⁷
 - a. Conforme a las disposiciones del tratado, o
 - b. En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.
2. *La celebración de un tratado posterior.*¹³⁸ Se considera que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia.
 - a. Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado.

¹³⁵Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo cuarenta y dos, Austria, 1969.

¹³⁶GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, ob. cit., pág. 135-136.

¹³⁷Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo cincuenta y cuatro, Austria, 1969.

¹³⁸Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo cincuenta y nueve, Austria, 1969.

- b. Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.
- 3. *Violación grave de un tratado.*¹³⁹ Para los efectos del presente artículo, constituirán violaciones graves de un tratado:
 - a. Un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención,
 - b. La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.
- 4. *Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.*¹⁴⁰
 - a. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.
- 5. *Cambio fundamental de circunstancias:*¹⁴¹

Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

¹³⁹Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo sesenta numeral tres, Austria, 1969.

¹⁴⁰Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo sesenta numeral uno, Austria, 1969.

¹⁴¹Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo sesenta y dos, Austria, 1969.

La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado.

Que ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él.

6. Por la aparición de una nueva norma internacional de jus cogens.¹⁴² Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

¹⁴²Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, artículo sesenta y cuatro, Austria, 1969.

CAPITULO IV: REGULACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO SALVADOREÑO Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN OTROS ESTADOS LATINOAMERICANOS

En el capítulo anterior se desarrolló de forma general lo concerniente a los tratados internacionales, en el presente se seguirá hablando de los mismos; pero ya no de una forma general, sino se tratara el tema en relación a su aplicación en el derecho salvadoreño. Partiendo de su regulación constitucional, analizando la forma en que fue abordado en algunas Constituciones de la Republica anteriores a la actual, el proceso de incorporación a la vida jurídica del país, así como un análisis de la recepción y aplicación de los tratados internacionales en algunos países latinoamericanos.

4.1. Regulación Constitucional de los Tratados Internacionales en El Salvador.

4.1.1. Antes de la Constitución de 1983.

En este apartado se hará referencia a la forma en que se regulaba lo relacionado a los tratados internaciones en las Constituciones previas a la Constitución de la Republica de 1983. Aquí se abordaran solamente las Constituciones que rigieron el derecho salvadoreño a partir del año 1939, donde dejo de tener vigencia la constitución de 1886; hasta el año de 1983, año en que entrara en vigencia la Constitución actual.

- Constituciones de 1939, 1945, 1950 y 1962.

En las constituciones de la republica de 1939, 1945, 1950 y 1962, se regulaba de forma similar las cuestiones relacionadas a los tratados

internaciones¹⁴³. No existió mucha diferencia en el tratamiento de los mismos.

En todas las constituciones de los años señalados, a excepción de la de 1945 había una disposición que expresaba "...ninguno de los poderes constituidos podrá celebrar o aprobar tratados o convenciones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno establecida, o se menoscabe la integridad nacional," esto se encontraba en los artículos 5 de la constitución de 1939¹⁴⁴, artículo 8 de la de 1950¹⁴⁵ y artículo 9 de la de 1962¹⁴⁶.

También en todas las constituciones se encontraba en las atribuciones de la asamblea nacional en la constitución de 1939, del poder legislativo en la de 1945 y de la asamblea legislativa en las constituciones de 1950 y 1962; ratificar o desaprobado los tratados o pactos que celebre el ejecutivo con otras Naciones; no pudiendo ser ratificados en ningún caso los tratados o convenciones en que de alguna manera se restrinjan o afecten las disposiciones constitucionales. Lo que varía en esta disposición constitucional es que en la constitución de la república de 1945 además de mencionar que no se pueden ratificar los tratados o convenciones en que de alguna manera restrinjan o afecten disposiciones constitucionales agrega la no vulneración del derecho a la insurrección.

Siempre relacionado a la ratificación de los tratados internacionales, existía una variación al quórum para ser aprobado tratado o pacto en que se

¹⁴³ *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

¹⁴⁴ Constitución Política de El Salvador de 1939, en *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

¹⁴⁵ Constitución Política de El Salvador de 1950, en *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

¹⁴⁶ Constitución Política de El Salvador de 1962, en *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

sujetara a arbitraje un asunto relativo a los límites de la república, pero solo entre las constituciones de 1939 y las de 1950 y 1962. En la constitución de 1939 para la aprobación de los mismos se requería el voto favorable de las dos terceras partes, por lo menos de los diputados electos; en cambio en las constituciones de 1950 y 1962 se necesitaba el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los diputados electos. Esta disposición no aparecía en la constitución de 1945.

Lo que se regulaba de forma igual en todas las constituciones señaladas era la facultad del poder ejecutivo de celebrar tratados y convenios internacionales sobre cualquier materia, sometiéndolos a la ratificación del poder legislativo, y vigilar su cumplimiento.

4.1.2. Después de la Constitución de 1983

A diferencia de las Constituciones analizadas en el acápite anterior, La Constitución actual, tiene una sección en la que se desarrolla específicamente lo correspondiente a los tratados internacionales.

Los tratados internacionales son reconocidos por la Constitución de la Republica en el artículo 144¹⁴⁷, este articulo expresa que constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución.

El mismo artículo 144 inciso 2º ha establecido la posición de los tratados en el orden jerárquico dentro del sistema jurídico de El Salvador. Los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean éstas anteriores o

¹⁴⁷CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

posteriores a la vigencia del tratado. De esta manera, mediante el tratado puede derogarse la ley secundaria anterior, pero ninguna legislación secundaria podrá derogar o modificar las disposiciones de un tratado. En caso de conflicto entre ambos, prevalecerá el tratado¹⁴⁸.

La situación es diferente cuando existe conflicto entre la constitución y los tratados internacionales. En este caso, del artículo 149 se entiende que la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales. La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

La Comisión del estudio del proyecto de Constitución de 1983 en la redacción del artículo 149 baso sus puntos de vista en los siguientes argumentos¹⁴⁹:

- 1) Acepta como principio el de la supremacía de la Constitución en el territorio de El Salvador, puesto que no concibe que mediante la violación de la propia Constitución pueda sobreponerse otro orden jurídico distinto que obligue a los tribunales nacionales.
- 2) El admitir que los tratados pueden tener una jerarquía superior al orden constitucional equivale a abrir la puerta para que pueda modificarse la Constitución sin las formalidades en ella previstas. A manera de ejemplo:

¹⁴⁸Exposición de Motivos de la Constitución de La Republica De 1983. Comisión del Estudio del Proyecto de Constitución.

¹⁴⁹ Exposición de Motivos de la Constitución de La Republica De 1983. Comisión del Estudio del Proyecto de Constitución.

Si llegara a ratificarse con todas las formalidades constitucionales un tratado en que se establezca la extradición de salvadoreños, y si no se deja claramente consignada la supremacía de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia o el tribunal correspondiente, podría, basado en la teoría de la supremacía del Derecho Internacional, conceder esta extradición.

Casos similares puede sucederse en las materias relativas a la soberanía, al territorio, a los derechos humanos y a cualquier otro aspecto constitucional.

- 3) La Comisión reconoce que desde el punto de vista del Derecho Internacional, el cumplimiento por parte de El Salvador de un tratado celebrado de buena fe con otra parte, y que es contrario a los preceptos constitucionales salvadoreños, da derecho a una reclamación internacional de reparación por dicho incumplimiento, en los términos aceptados por el propio Derecho Internacional que regula esta situación.

4.2. Recepción de los Tratados Internacionales dentro del Derecho Salvadoreño.

En El Salvador tanto el Órgano Ejecutivo como el Legislativo participan en la celebración y ratificación de los tratados internacionales¹⁵⁰.

4.2.1. Celebración.

De acuerdo al artículo 168 ordinal 4º de la Constitución Salvadoreña es una atribución del Presidente de la Republica el Celebrar Tratados y Convenciones Internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento.

¹⁵⁰ BERRIOS VELASQUEZ, Silvia Mercedes; CASTILLO CAMPOS, Patricia Margarita; VASQUEZ, José de la Cruz; "Aplicación De Los Tratados Internacionales Al Decretar Las Medidas Cautelares" *Tesis de grado*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1999, pág. 58

Conforme a lo anterior, podría decirse que el Órgano Ejecutivo, está facultado para celebrar tratados y convenciones internacionales; y dentro de él está el Ministerio de Relaciones Exteriores quienes son los que profundizan esta materia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador es una institución gubernamental que tiene como misión ejercer relaciones diplomáticas, promotoras del desarrollo y la cooperación; así como las relaciones consulares que promueven la protección de los derechos de salvadoreños en el exterior.

Por lo tanto y conforme al artículo 32 ordinal 2º del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo¹⁵¹ el Ministerio de Relaciones Exteriores también está facultado para gestionar, negociar y firmar tratados, convenciones y acuerdos internacionales, oyendo la opinión de la Secretaria interesada por razón de la materia cuando fuere el caso.

4.3. La ratificación.

Conforme al artículo 131 de la Constitución ordinal 7º corresponde a la asamblea legislativa Ratificar los tratados o pactos que celebre el ejecutivo con otros Estados u organismos internacionales, o denegar su ratificación.

Según el artículo 145 Cn., no podrán ratificarse aquellos tratados que restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, salvo que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se haga reservas no son ley de la República.

¹⁵¹Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, Decreto Nº 24 del Consejo de Ministros del 18/4/89, Diario Oficial No. 70 del Mismo Día

Además de tratados que restrinjan o afecten de alguna manera disposiciones constitucionales, no pueden celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesione o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Lo señalado en el párrafo anterior se aplica a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un estado extranjero. Pero esto no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacional.

Para la ratificación de todo tratado o pacto por el cual se someta a arbitraje cualquier cuestión relacionada con los límites de la República, será necesario el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los Diputados electos.

Cualquier tratado o convención que celebre el Órgano Ejecutivo referente al territorio nacional requerirá también el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los Diputados electos.

4.4. Derecho Comparado

4.4.1. Historia

El derecho comparado nace en el siglo XIX. Pero, los autores alemanes Konrad Zweigert y HeinKötz señalan como el primer estudio comparativo a las Leyes, de Platón, obra en la que el filósofo compara el derecho de las Ciudades-Estado griegas. Este pensador no solo describe estos derechos, sino que además comprueba su eficacia a la luz de la Constitución ideal que concibió basándose en ellos. También Aristóteles comparo las

Constituciones de 153 ciudades, aunque solo se conozca la parte dedicada a Atenas¹⁵².

Los griegos y su vencedora Roma están al origen de todo, alrededor del año 450 (siglo Va.C). Las XII tablas son el primer ensayo de derecho comparado; luego le sigue el Código de Justiniano, después la invasión bárbara trajo consigo una mezcla de pueblos y costumbres que constituyó un giro importante en el derecho romano. Se puede decir que el derecho comparado existe científicamente desde el siglo XIX, pero su origen es de la antigua Roma¹⁵³.

El estudioso francés René David, menciona que los juristas franceses antiguos al comparar la costumbres pudieron determinar los principios de un derecho común consuetudinario lo mismo que sucedió en Alemania con relación al “Derecho privado alemán”.¹⁵⁴

Tampoco hay que olvidar que el derecho inglés surgió tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, que Guillermo el Conquistador ordeno que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra, en el año de 1066, el resultado constituyo lo que los normandos llamaron la comuna ley, o sea el derecho común que los tribunales deberían aplicar en todo el territorio.

Continuando con la historia, en Francia en 1869 se crea la Sociedad de Legislación Comparada y en 1876 la Oficina de Legislación Extranjera. En 1900 se celebró en Paris, el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado.

¹⁵²Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, citados por Marta Morineau en El Derecho Comparado: Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica, Pág. 1

¹⁵³http://www.robertexto.com/archivo11/der_comparado.htm

¹⁵⁴ David, René citado por Marta Morineau en El Derecho Comparado: Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica, Pág. 2

Al finalizar la primera Guerra Mundial, las naciones aliadas emprendieron, en 1917, una gran labor con el fin de buscar una unificación legislativa que dio como resultado la creación de la Sociedad de Naciones, primera organización mundial de este tipo en la historia, que, después de la Segunda Guerra Mundial, cambiaría su nombre por el de Organización de Naciones Unidas.

Auspiciado por la Sociedad de Naciones, se creó en Roma, en 1926, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

En México en 1940 se fundó el Instituto de Derecho Comparado, dependiente de la Facultad de Derecho de la UNAM, que luego se convertiría en una dependencia del subsistema de la Investigación en Humanidades, con el nombre de Instituto de Investigaciones Jurídicas.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y en gran medida como resultado de la Segunda Guerra Mundial, y de los grandes descubrimientos tecnológicos, sobre todo de los medios de comunicación, se ha tendido a la unificación del derecho por vía legislativa, para lo cual son indispensables los estudios de derecho comparado. Todo ello ha originado la aparición de diversos organismos de carácter mundial o regional, de los que destaca la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea.

La integración de estos organismos ha hecho necesarios los estudios jurídicos-comparativos de muy diversa índole y ha propiciado, sino una unificación jurídica, cuando menos una armonización de los diversos derechos nacionales, tarea que coincide con el pensamiento de René David, cuando expresa: “El nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconcebible con el auténtico espíritu científico¹⁵⁵, y representa un

¹⁵⁵ David, René, citado por Marta Morineau en *El Derecho Comparado: Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica*, Pág. 3

empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional”.

4.4.2. Concepto

Según Manuel Guillermo Altava Lavall, el derecho comparado es aquella parte de la ciencia jurídica que se ocupa del estudio de los sistemas jurídicos de diversos países analizándolos como modelos de respuesta a problemas jurídicos definidos en términos generales, es decir, en abstracción del Estado concreto en que se planteen¹⁵⁶.

Para Mario Sarfatti, el derecho comparado como disciplina autónoma es “aquella ciencia que provoca un continuo acercamiento entre las legislaciones sujetas a comparación y extrae de su aparente diversidad, el fondo común de las instituciones y de los conceptos que en ellas existe latente, recogiendo así un conjunto de principios comunes que permite, como una lejana perspectiva, la consiguiente unificación del Derecho¹⁵⁷”.

Para Tulio Ascarelli, el derecho Comparado “tiene matices sociológicos: es, en sustancia, experiencia jurídica y, más concretamente, experiencia histórica, puesto que el comparatista, además de estudiar el derecho extranjero en su evolución histórica ha de estudiar el derecho extranjero vigente con los criterios del historiador, o sea en su efectividad, y no con los criterios del que interpreta el derecho para su aplicación al caso¹⁵⁸”.

García Maynes, afirma que el Derecho Comparado consiste “en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las

¹⁵⁶ ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo, *Lecciones de derecho comparado*, Editorial Castello de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, España, 2003pág. 28

¹⁵⁷SARFATTI, Mario citado por Roberto Molina Pasquelen:25 Años De Evolución Del Derecho Comparado, pág. 62

¹⁵⁸ASCARELLY, Tulio, citado por Roberto Molina Pasquel, Roberto en:25 Años De Evolución Del Derecho Comparado, Pág. 62

diferencias que entre ellos existen y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma¹⁵⁹.

Para el profesor japonés Naojiro Sujiyama, “el Derecho Comparado consiste en comprobar positivamente, por medios determinados y con un objetivo fijo, lo que hay de particular y lo que hay de común entre dos o varios Derechos Nacionales o Supranacionales, tomados en el más amplio sentido de la palabra¹⁶⁰.”

El profesor Legaz Lacambra conceptúa al Derecho Comparado como una “parte de la ciencia dogmática del Derecho, cuyo contenido son los ordenamientos jurídicos vigentes, considerados como sistemas normativos, mostrados sistemáticamente en sus afinidades y semejanzas, en las tendencias hacia la reciproca aproximación o separación, y en la posible causalidad de las mismas¹⁶¹”.

4.4.3. Ramas del derecho comparado

El profesor inglés H.C. Gutteridge¹⁶² señala varias ramas del derecho comparado:

Derecho comparado descriptivo. Rama que se refiere al análisis de las variantes que se pueden encontrar entre los sistemas jurídicos de dos o más países.

¹⁵⁹ GARCÍA MAYNES, Eduardo, citado por Roberto Molina Pasquel en: 25 Años De Evolución Del Derecho Comparado, Pág. 63

¹⁶⁰ SUJIYAMA, Naojiro, citado por Roberto Molina Pasquel en: 25 Años De Evolución Del Derecho Comparado, Pág. 63

¹⁶¹ LEGAZ LACAMBRA, Luis, citado por Roberto Molina Pasquel en: 25 Años De Evolución Del Derecho Comparado, Pág. 63

¹⁶² GUTTERIDGE, H.C., citado por Marta Morineau en El Derecho Comparado: Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica, Pág. 4.

Derecho comparado aplicado. Esta rama va allá de la mera obtención de información del derecho extranjero y su utilidad puede ser tanto teoría, como práctica. En el primer caso puede referirse a un estudio comparativo que ayude a un filósofo del derecho a elaborar teorías abstractas que, a su vez, apoyen al historiador en el conocimiento de los orígenes y desenvolvimiento de instituciones y conceptos jurídicos. Desde el punto de vista de la práctica, el derecho comparado aplicado puede referirse a reformas jurídicas, tanto como a la unificación de derechos distintos.

Derecho comparado abstracto o especulativo. Esta rama también se designa como derecho comparado puro y utiliza la comparación para ensanchar la suma total de los conocimientos jurídicos. Gutteridge cuestiona la existencia y utilidad del derecho comparado abstracto o especulativo. Considera que en teoría se puede concebir una comparación hecha en el vacío, que no se ubique en el ámbito del derecho comparado descriptivo porque su perfil no es simplemente informativo y que tampoco tenga el perfil del derecho comparado aplicado, porque no tiene razón de ser salvo desde el punto de vista de la curiosidad científica. Agrega que, si se refiere al análisis de las diferencias entre sistemas jurídicos, parecería pertenecer a la categoría de la comparación descriptiva, mientras que, si estas diferencias se contemplan a la luz del desarrollo histórico del derecho o de las metas sociales que debe cumplir y que son la razón de su existencia, la comparación perdería su carácter abstracto para acercarse al campo del derecho comparado aplicado.

4.4.4. Objeto

Para Castan Tobeñas¹⁶³, el Derecho Comparado tiene como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, en su estructura general o con relación especial a las instituciones concretas, para determinar

¹⁶³CASTAN COBEÑAS, José, citado por Roberto Molina Pasquel en: 25 Años De Evolución Del Derecho Comparado, Pág. 64

con distintas finalidades teóricas o prácticas, pero siempre sistemática y metódicamente, y en conexión con los fines sociales y los ideales perseguidos por tales sistemas, lo que de común y diferencial existe en ellos.

El derecho comparado tiene como objeto sistemas jurídicos –positivos, pero su objeto puede ser definido en términos más o menos amplios. Cabe hacer comparaciones de normas, instituciones o decisiones jurisprudenciales concretas, o cabe hacer comparaciones de los ordenamientos jurídicos tomados en su conjunto¹⁶⁴.

4.4.5. Naturaleza

Aunque no existe acuerdo entre los estudiosos acerca de la naturaleza de esta disciplina, que para algunos ha alcanzado el alto grado de ciencia, mientras que para otros es solamente un método de investigación, cabe afirmar, desde luego, el carácter complejo de su finalidad y reconocer, además, sin perjuicio de confiar a la pura doctrina filosófica la investigación de las constantes psicológicas y de la unidad del fenómeno jurídico, que el estudio histórico-empírico no puede dissociarse enteramente de las premisas y supuestos filosóficos, en los que encuentra sus principios y su conclusión.

Así es que la nueva disciplina se nutre de historia jurídica y de teoría general de la evolución jurídica y procede fraternalmente con la filosofía del derecho, aunque sin confundirse con ella. Para aquellos que en la teoría general de la evolución jurídica ven en parte una indagación filosófica, los dos componentes del derecho comparado hacen de éste una ciencia; pero para aquellos otros que de la mencionada teoría excluyen esta indagación, el derecho comparado se limita a ser un método. De la finalidad que los estudiosos se proponen al examinar comparativamente varios derechos, depende, en cada caso, que dicha investigación sea admitida o rechazada,

¹⁶⁴ ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo, óp. Cit. pág. 28

dando lugar, respectivamente, a la existencia de un estudio científico del derecho comparado o sólo a un estudio de derecho interno con método comparativo.

Esta segunda forma es adoptada ya por todos los juristas en las investigaciones de derecho interno, y de ella es maestra insuperable la doctrina italiana. A la primera forma se atienen, con algunas diferencias, los puros cultivadores del verdadero y propio derecho comparado, atribuyéndole alguno la elaboración del derecho positivo, dirigida sobre una vía unitaria; en cambio, otros, permanecen exclusivamente en el campo abstracto de la investigación de los principios comunes a toda la humanidad civil, sobre los cuales, trabajando luego cada legislador, se llegaría indirectamente a la unificación progresiva¹⁶⁵.

4.4.6. Funciones

4.4.6.1. Como instrumento para el legislador¹⁶⁶.

Los legisladores de todos los países del mundo han descubierto que, en muchos sentidos, no es posible forjar leyes adecuadas sin la participación del derecho comparado, ya sea en forma de estudios generales o de informes elaborados especialmente en torno a un tema específico.

El derecho comparado ha resultado sumamente útil en los países de Europa Central y Oriental, donde los legisladores se enfrentaron a la necesidad de reconstruir sus sistemas legales tras la caída del sistema soviético. La experiencia de otros países europeos sirve a dichas naciones para escoger la solución que se adapte mejor a sus propias tradiciones jurídicas, por muy eclipsadas que se hayan visto durante una buena parte del siglo XX. Aun

¹⁶⁵ SARFATTI, Mario, *Introducción al Estudio del Derecho Comparado*, S.Ed., Imprenta Universitaria, México, 1945, pág. 59

¹⁶⁶ Zweigert, Konrad; Kötz, Hein; *Introducción al derecho comparado*, 2 ed., Oxford University Press, México, 2002, pág. 17

fuera de Europa, los Estados que se autodenominaban repúblicas soviéticas descubren que las leyes extranjeras pueden servir para prestar un marco de referencia a sus legislaciones internas, como es el caso de la República Popular China y números países subdesarrollados de África.

Desde luego, es necesario proceder con cautela e inteligencia. Si el análisis comparativo prescribe adoptar una solución particular a un problema resuelto por otro sistema no cabe rechazar la propuesta simplemente porque tengan un origen extranjero e, ipso facto, sea inaceptable.

Siempre que se proponga adoptar una solución de origen extranjero que se reputa como mejor, conviene plantearse dos preguntas: primera, si ha resultado satisfactoria en su país de origen y, segunda, si funcionara en el país donde se propone su implantación. Bien puede resultar imposible adoptar, al menos sin realizar modificaciones, una solución creada y probada en otro país debido a diferencias en los procedimientos ante los tribunales, las facultades de diversas autoridades, los mecanismos económicos o el contexto social general a los que tendría que ajustarse.

4.4.6.2. Como herramienta de construcción¹⁶⁷.

Otra utilización práctica del derecho comparado reside en la interpretación de los preceptos jurídicos nacionales. En este sentido, los textos normativos no afirman nada, pues solo abordan la consabida cuestión de si debe atribuírsele a la ley el significado que le asigna el legislador, o si la ley, considerada como cosa viva e independiente, podría no interpretarse a la luz de las cambiantes condiciones sociales. Lo que interesa aquí es determinar si el exégeta de los principios nacionales puede invocar una solución generada en el extranjero. Es claro que dicho material no puede utilizarse para pasar por alto principios nacionales inequívocos: en ningún sistema

¹⁶⁷Zweigert, Konrad; Kötz, Hein; op.cit., pág. 19

legal debe contravenirse el principio del respeto a su legislación vigente. Sin embargo, cabe plantear esta cuestión cuando hay dudas respecto de la elaboración de una regla, o cuando existen vacíos en el sistema que el juez debe subsanar. No bastan las técnicas puramente lógicas de que se dispongan; por otra parte, rara vez resulta convincente el uso de la analogía o del argumentum e contrario. En gran medida, el legislador moderno toma sus soluciones del derecho comparado.

4.4.6.3. Como elemento de los programas universitarios¹⁶⁸

El derecho comparado también cumple con una importante función en la enseñanza del derecho. En este sentido, como en el de la ciencia del derecho en general, es un signo de soberbia, a la vez que de estrechez mental y de retrogresión, limitarse a estudiar el propio derecho nacional, en especial para las universidades y las escuelas de derecho, en una época de dinamismo y movilidad social en todos los continentes del mundo.

El derecho comparado ofrece al estudiante de leyes una dimensión totalmente nueva: con base a ella, entiende mejor sus propias leyes, puede crear las normas imprescindibles para el mejoramiento de aquellas y aprende a reconocer la influencia de la dinámica social sobre el derecho, así como las diferentes formas que puede adoptar dicha influencia.

Lo que el estudiante asimile de esta ciencia, como de cualquier otra especialidad científica, también resultara de gran utilidad en la práctica. Basta mencionar la utilidad del derecho comparado en el conflicto de leyes, para la interpretación de tratados, para quienes se ocupan de tareas relacionadas con la adjudicación, el arbitraje o la administración internacionales o, en fin, para las personas a quienes preocupan la unificación del derecho.

¹⁶⁸Zweigert, Konrad; Kötz, Hein; op.cit., pág. 23

4.4.6.4. Como contribución a la unificación sistemática del derecho¹⁶⁹

Otra función del derecho comparado es el significativo papel que desempeña en la elaboración de proyectos para unificar internacionalmente el derecho. El fin político que subyace a dicha unificación es reducir o suprimir, hasta ahora algo como necesario y posible, de las discrepancias entre los sistemas legales nacionales, induciendo a estos a adoptar principios comunes.

El método que se usaba en el pasado –y al que aun se recurre actualmente– consiste en generar un derecho uniforme como base en el trabajo realizado por expertos en derecho comparado, para luego incorporarlo, mediante un tratado multipartito que obliga a los signatarios, como asunto de derecho local.

La unificación no puede alcanzarse simplemente invocando un derecho ideal respecto de cualquier tema y esperando que se le adopte. Primero que nada hay que identificar los elementos comunes de las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme. Cuando haya diferencias en determinadas áreas, hay que reconciliarlas, ya sea adoptando la mejor variante de que se disponga o ingeniando, con métodos comparativos, una solución que resulte mejor y se aplique con más facilidad que las opciones existentes.

La ventaja del derecho unificado reside en que facilita la realización de negocios legales en el plano internacional. Según el área que comprendan, las leyes unificadas previenen los riesgos inherentes a la aplicación del derecho privado internacional y del derecho sustantivo extranjero.

Así, se reducen los riesgos jurídicos de los negocios internacionales y, por ende, allanan el camino tanto para quienes deseen realizar negocios como para el juez que tiene que resolver las diferencias a las que de lugar dichos

¹⁶⁹Zweigert, Konrad; Kötz, Hein; op.cit., pág. 27

negocios. El derecho unificado favorece, pues, la predictibilidad y la seguridad.

4.4.7. Legislación comparada de la recepción de los tratados internacionales en Latinoamérica.

Los sistemas constitucionales de América Latina no son particularmente herméticos en la atribución de determinado rango a las normas convencionales en el orden jurídico nacional del Estado, ya que buen número de ellos se refiere en términos bastantes precisos a la posición que ocuparan los tratados internacionales en la ordenación de sus respectivas fuentes normativas.¹⁷⁰

Tal como enseña Jiménez de Aréchaga¹⁷¹, la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de derecho internacional y las de derecho interno, es regida por el derecho constitucional de cada país.

En lo que refiere a la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico interno de cada Estado, en términos generales, las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales cuatro tipos de rango o valor: supraconstitucional, constitucional, supralegal, y legal¹⁷². En el siguiente apartado se hará un análisis del tratamiento constitucional de los tratados internacionales en algunos países latinoamericanos.

4.4.7.1. México

En el caso de México, la determinación de la jerarquía con la que las normas convencionales se incorporan al sistema jurídico interno supone remitirse

¹⁷⁰BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo Andrés, El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico- práctico de su posible operatividad. Pág. 6

¹⁷¹JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, citado en Consideraciones Sobre La Jerarquía De Los Tratados De Derechos Humanos En El Ámbito Del Mercosur. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Uruguai.pdf>

¹⁷²AYALA CORAO, Carlos M., citado en Consideraciones Sobre La Jerarquía De Los Tratados De Derechos Humanos En El Ámbito Del Mercosur. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Uruguai.pdf>

directamente a los criterios que, según un importante sector de la doctrina mexicana, establece el sistema por medio del artículo 133 de la Carta fundamental en vigor. Con arreglo a esta norma, la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con ella, celebrados y que se celebren por el presidente de la Republica con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Según Leonel Pereznieto Castro¹⁷³, el examen de esta cuestión hace imprescindible superar una condición previa, pues al hacer un análisis textual de esa disposición se encuentra: en el caso de los tratados debe concurrir un supuesto fundamental y que consiste en que estos sean conformes a la Constitución, si este requisito es salvador, entonces procede la jerarquización normativa. Superado este requisito preliminar, una interpretación somera podría encaminar a ver en el propio texto la prelación de la Constitución respecto de la ley, y a esta y a aquella imperar sobre el tratado. No obstante, la disposición establece: son “Ley Suprema en toda la Unión, la Constitución, las leyes del congreso que emanen de ella y los tratados”.

Las leyes del Congreso resultan en este contexto, normas derivadas de la Constitución por que necesariamente estarán en un nivel inferior a esta, no así los tratados, porque estos solo deben cumplir con los criterios de identidad para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano. Al no ubicarlos debajo de la Constitución, el dispositivo del artículo 133 los ubica al mismo nivel jerárquico de esta. Sobre esa base, Pereznieto Castro, propone situar a los dos sistemas jurídicos internacional y nacional en un mismo rango, previo

¹⁷³PEREZNIETO CASTRO, Leonel; citado por Pablo Andrés Bonilla Hernández en El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico- práctico de su posible operatividad. Pág. 7

al reconocimiento de que el primero no sea contrario al segundo. Esta formulación permite enlazar a ambos órdenes jurídicos en uno solo sin sumisión el uno al otro.

4.4.7.2. Argentina

Conforme al artículo 99 numeral 11 de la Constitución Argentina¹⁷⁴, entre las atribuciones de El Presidente de la Nación está la de Concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras.

En virtud del Artículo 75 numeral 22 corresponde al Congreso aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Es importante señalar que según el mismo artículo 75 numeral 22, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Pero, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Argentina y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos; los siguientes instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de

¹⁷⁴ Constitución de la Nación Argentina del 22 de Agosto de 1994 en <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>

Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Otra función del congreso, artículo 75 numeral 24 es aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. En este caso las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

Para la aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

Finalmente, en relación a quien le corresponde determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales es a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, esto conforme al artículo 116 de la Constitución Argentina; ya que dentro de sus atribuciones están el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras.

4.4.7.3. Venezuela

La Constitución Venezolana vigente, reconoce todos los principios del modelo mixto o integral¹⁷⁵; es decir, el control difuso, a cargo de todo juez de la República, y el control concentrado, de la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la constitucional, que corresponde exclusivamente a la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo, respecto de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y la contenciosa administrativa, ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos y no normativos, aunque siempre de rango sublegal.

Por virtud del artículo constitucional 335¹⁷⁶, el Tribunal Supremo de Justicia garantizara la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último interprete de la Constitución y velara por su uniforme interpretación y aplicación. Añade que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del mismo y demás tribunales de la República.

Entre las atribuciones de la precitada Sala Constitucional, el artículo 336 incluye la de verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con la Constitución de los

¹⁷⁵ BREWER-CARIAS, Allan R. citado por Víctor Bazán en El Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina, Estudios Constitucionales, noviembre año/vol. 4 número 002, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, Chile, 2006, pág. 36

¹⁷⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860 en http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/auditoria_interna/Archivos/Material_de_Descarga/Constitucion_de_la_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_-_36.860.pdf

tratados internacionales suscritos por la Republica antes de su ratificación (ordinal 5º).

La Constitución, en el art. 187, ord. 18 acuerda a la Asamblea Nacional atribución para aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que el Ejecutivo Nacional, salvo las excepciones consagradas en la propia Constitución; al tiempo que adjudica al Presidente o Presidenta de la Republica competencia para dirigir las relaciones exteriores y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales (art. 236, ord. 4º).

Según Brewer-Carias¹⁷⁷, lo importante es destacar que, con el citado artículo constitucional (336, ord.5º), se incorporó al sistema de justicia constitucional en Venezuela una figura que tuvo su origen en los sistemas constitucionales europeos y que también existe en Colombia, “el cual permite el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional suscrito por la Republica y evitar, en esos casos, la impugnación posterior de la ley aprobatoria del tratado ante el Tribunal Supremo”.

El citado autor puntualiza que la Sala Constitucional debe verificar la conformidad del tratado con la Constitución, y si aquel no resulte conforme con esta, entonces no puede ser ratificado, de lo que podría resultar, en todo caso, una iniciativa de reforma constitucional para adaptar la Constitución al tratado. El autor citado califica como “evidente” que si la Sala considera en su decisión que el tratado es conforme a la Constitución, no podría posteriormente ejercerse una acción de inconstitucionalidad contra la ley aprobatoria del tratado. Finaliza la exposición relativa a esta cuestión señalando que un mecanismo de control de este tipo es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de

¹⁷⁷BREWER-CARIAS, Allan R. citado por Víctor Bazán en El Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina, Estudios Constitucionales, noviembre año/vol. 4 numero 002, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, Chile, 2006, pág. 37

los tratados respectivos solo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.

4.4.7.4. Ecuador

Según el art. 171 numeral décimo segundo de la Constitución de Ecuador¹⁷⁸ es atribución del Presidente de la República, definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija.

El art. 130 numeral séptimo de la Constitución establece la atribución al Congreso Nacional de aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda.

Los arts. 161 al 163 de la Constitución, tratan lo relativo a los tratados internacionales, pero lo necesario para el tema en cuestión, se encuentra en los dos primeros artículos, los cuales establecen:

Artículo 161.- El Congreso Nacional aprobara o improbara los siguientes tratados y convenios internacionales:

1. Los que se refieran a materia territorial o de límites.
2. Los que establezcan alianzas políticas o militares.
3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.
4. Los que atribuyan a un organismos internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.

¹⁷⁸Constitución Política De La República Del Ecuador (aprobada el 5 de junio de 1998, por la Asamblea Nacional Constituyente) en <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/>

5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Artículo 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente, se solicitara el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.

Finalmente, para tener una somera idea de la forma en la que funciona la aprobación de los tratados internacionales, la función del Tribunal Constitucional de dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previos a su aprobación por el Congreso Nacional, se encuentra el en art. 276 numeral quinto de la Constitución Ecuatoriana.

Al combinar toda la normativa anterior, es válido suponer que el Presidente puede celebrar y ratificar los tratados sin aprobación previa del Congreso Nacional, en caso de no entrar en los supuestos establecidos por el art. 161 de la Constitución.

Caso contrario¹⁷⁹, antes de dar su aprobación, es obligatorio solicitar el dictamen del Tribunal Constitucional y en base a lo anterior, aprobar o denegar el tratado. Si se declara inconstitucional, se tendría que rechazar definitivamente o hacer las reservas necesarias.

¹⁷⁹González Velásquez, José Raúl, Control De Constitucionalidad Técnico Jurídico Con Carácter Previo Para Tratados Internacionales Celebrados Por El Salvador, 2008, pág. 22

4.4.7.5. Colombia

La adopción de un tratado internacional en Colombia se divide en cinco etapas¹⁸⁰:

Negociación: La finalidad de esta etapa es llegar a un acuerdo sobre el texto definitivo del tratado. Según la Constitución Política de 1991 (artículo 189), la función de negociar los tratados internacionales radica en la cabeza del jefe de Estado. Sin embargo esta función puede ser delegada al Ministro de Relaciones Exteriores o a sus agentes diplomáticos, pero es requisito fundamental que después de que estos hayan negociado el instrumento internacional, el Presidente de la República confirme el tratado, convenio o convención según el caso.

Aprobación en el Congreso de la República: Es a este organismo a quien le corresponde aprobar o improbar los tratados internacionales que el gobierno gestione. Así la Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 157 el procedimiento para incorporar a su derecho interno, mediante la expedición de una ley, un tratado internacional.

Haber sido publicada oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva. Ser aprobada en primer debate en la comisión permanente de cada Cámara. Sin embargo, el reglamento del congreso podrá determinar los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de la Cámara. Haber sido aprobado en segundo debate en cada Cámara.

Obtener la sanción Presidencial, una vez sancionada el Gobierno Nacional debe remitirla a la Corte Constitucional.

¹⁸⁰ OLANO GARCIA, Hernán Alejandro, Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia, Estudios Constitucionales, año/vol. 4, número 002, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, Chile, 2006, Pág. 7

Control de la Corte Constitucional: De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, a la Corte Constitucional le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Una vez que el Congreso ha aprobado un tratado para que este forme parte del ordenamiento interno, esta Institución se asegurara que ninguna de las disposiciones del tratado que se va a adoptar sea contrataría a la Constitución Política, pudiendo declararlo exequible o inexecutable, o formulando reservas en el Control que le ha de ser previo, automático o integral.

Ratificación: Estos tratados no se consideran como leyes internas mientras no hayan sido perfeccionados por el gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de instrumentos de ratificación.

Promulgación: Por último, después de haber cumplido las etapas anteriores, es necesario que la ley se publique en el Diario Oficial; para que esta sea de público conocimiento y de obligatorio cumplimiento.

4.4.7.6. Chile

Por imperio del art. 32 núm. 15 de la Constitución Política de Chile¹⁸¹, se reconoce al Presidente de la Republica la atribución especial de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; además, está facultado para concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso.

¹⁸¹Constitución Política de Chile del 11 de Agosto de 1980 en <http://www.resdal.org/Archivo/d000008d.htm>

En concordancia con la imposición constitucional antes señalada, el art. 54, núm. 1º, de la Ley Fundamental dispone como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, aclarándose que la aprobación de un tratado se someterá, en lo pertinente, a los tramites de una ley.

Por su parte el art. 93 de la Constitución Política Chilena, establece las siguientes competencias del Tribunal Constitucional:

“1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación...”.

“3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso...”.

Respecto de tales numerales 1º y 3º la parte final del art.93 constitucional estatuye: “En el caso del número 1º, la Cámara de Origen enviara al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el congreso.”

“En el caso del número 3º solo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

“El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

“El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de este no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del Proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la Republica.”

De la normativa transcrita se deduce la programación de un control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales por el Tribunal Constitucional, el que –como explica Nogueira Alcalá¹⁸²- será obligatorio en el caso de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional, como determina el numeral 1º de dicha disposición, y un control facultativo a iniciativa de ciertos órganos o autoridades del Estado de acuerdo a lo que determina el artículo en su numeral 3º, antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho de dicha comunicación.

4.4.7.7. Bolivia

De acuerdo al artículo 410 de la Constitución política de Bolivia¹⁸³, esta es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de

¹⁸² NOGUEIRA ALCALA, Humberto citado por Víctor Bazán en El Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina, Estudios Constitucionales, noviembre año/vol. 4 número 002, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, Chile, 2006, pág. 24

¹⁸³ Constitución Política de Bolivia en:
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>

Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado
2. Los Tratados Internacionales
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Al igual que en la mayoría de los Estados Latinoamericanos según el artículo 172 numeral 5 de la norma fundamental Boliviana es función de la Presidenta o Presidente del Estado además de las que establece la Constitución y la ley dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales.

De acuerdo al artículo 158 romano I numeral 15 de la Constitución Boliviana es atribución de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina la Constitución y la ley ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por la Constitución.

En relación al control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, según dispone el artículo 202 numeral 9 de la constitución Boliviana, esta es una atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional.

El Tribunal Constitucional Plurinacional es el encargado de velar por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplica como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

CAPITULO V: PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL FRENTE AL PRINCIPIO DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO

Luego de hablar sobre las generalidades del Derecho Internacional, desarrollando un capítulo especial dedicado a los Tratados internacionales, que son el instrumento más utilizado por el primero para hacer valer sus lineamientos, en el capítulo que precede, se desarrolló la forma en la cual los Tratados internacionales son incorporados a nuestra legislación, mediante el proceso que ahí desarrollamos, ahora corresponde hablar sobre un tema que se ha discutido de forma habitual, debido a que el Derecho Internacional ha experimentado un leve posicionamiento a nivel doctrinal.

Fenómenos como la creación y consolidación de la Unión Europea, han aportado enormemente al crecimiento de éste, debido a que el derecho es expansivo, estas circunstancias están siendo homologadas por otras regiones que pretenden de cierta manera, crear las condiciones objetivas para unificar regiones, por ejemplo la constitución de El Salvador se encuentra la frase que el Estado Salvadoreño propiciara la integración Centroamericana, se ve que de una manera endeble, los gobiernos de la región, realizan esfuerzos aislados sobre dicho tema.

Tradicionalmente, se ha sostenido una jerarquización de las normas jurídicas aplicables en un Estado, autores como Hans Kelsen realizaron una obra al respecto, siendo reproducidas, sostenidas y transmitidas de forma ineludible por los juristas, pero, así como se ha sostenido que la Constitución de un Estado, prevalece sobre un Tratados Internacional, existen en menor cantidad, algunos que se atreven a considerar que existe otra tesis; estos sostienen que El Derecho Internacional prevalece sobre el Derecho Interno, es decir que un Tratado tiene preeminencia sobre la Constitución; este

capítulo tratara de dilucidar dicha problemática, pretendemos elaborar una investigación en la cual se logre establecer los aspectos básicos de esta problemática.

5.1. Consideraciones especiales de la problemática

Al abordar este tema, conviene puntualizar que se habla de un derecho internacional y de muchos derechos internos, tantos como Estados agrupe la comunidad internacional.

¿Cuál es la relación entre el uno y los otros? A ese respecto, existen dos posiciones que han sido desarrollados en el capítulo uno de la investigación, para ilustrar este apartado se dice que una que sostiene la separación e independencia del DIP y de los órdenes jurídicos internos (teoría dualista) y otra que afirma que el derecho de gentes y los derechos internos forman un solo orden jurídico (teoría monista).

Asimismo, esta última teoría admite dos variantes: la de los que sostienen la primacía del DI sobre el interno y a la inversa, la de los que creen que el derecho interno prevalece sobre el internacional.

Cada Estado genera con potestad soberana su orden jurídico interno y participa con los demás Estados, en una relación de igualdad jurídica, en la elaboración de normas internacionales. De la coexistencia de estos sistemas jurídicos, el uno internacional y los demás de derecho interno, se derivan problemas atinentes a sus relaciones.

El primero de estos problemas consiste en determinar si el derecho internacional puede ser aplicado directamente en el ámbito interno de los Estados o si necesita para ello una norma del derecho nacional que lo integre a este sistema jurídico; abonado a esto, en el capítulo dos se puede

estudiar las formas mediante las cuales se incorporan los tratados internacionales a un Estado, y el segundo problema se presenta, asumiendo ya por supuesta la integración del derecho internacional en el derecho interno, la dificultad radica en establecer su relación jerárquica con las demás normas del derecho nacional, esto incluye a la misma Constitución. Estas interrogantes han sido encaradas de manera distinta, a través del tiempo, por la doctrina, la práctica internacional y los distintos derechos internos.¹⁸⁴

5.2. Generalidades del Estado

5.2.1. Concepto de Estado

“El Estado es una organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce, en caminado al bien común, en un determinado territorio.”¹⁸⁵

“El Estado es el pueblo que se halla establecido en un territorio bajo su propio gobierno soberano.”¹⁸⁶

Considera el internacionalista Mexicano Francisco A. Ursúa que, un Estado es un agrupamiento humano con comunidad de origen y de tendencia social, que ocupa un determinado territorio permanente, y ha creado un gobierno supremo.¹⁸⁷

En ambos conceptos se nota la ausencia de un importantísimo elemento del Estado: el elemento jurídico.

¹⁸⁴ GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Zavalia, Argentina, 1990, pág. 53.

¹⁸⁵ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 2000.

¹⁸⁶ OPPENHEIM, L. *Tratado de Derecho Internacional Público*, tomo I, vol. I, traducción de H.M. Castro-Rial, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, p. 126.

¹⁸⁷ URSÚA, Francisco A., *Derecho Internacional Público*, Editorial Cultura, México, 1938, p. 74.

Dicho aspecto está debidamente inmerso en el concepto de Estado soberano que proporciona Alfred Verdross: “Un Estado soberano es una comunidad humana perfecta y permanente que se gobierna plenamente a sí misma, está vinculada a un ordenamiento jurídico funcionando regularmente en un determinado territorio y en inmediata conexión con el Derecho Internacional, cuyas normas, en general, respeta.”¹⁸⁸

Si bien del concepto reproducido se deriva el acierto de que alude a los aspectos jurídicos del Estado, no es compartida esa definición en atención a que, el Estado no es una comunidad humana perfecta, a menos que una significación convencional desvirtuamos el natural significado de lo “perfecto”. Si el Estado es creación humana participa de lo falible que es el hombre y dista mucho de la perfección.

Es más aceptable el concepto de Estado que brinda el jurista mexicano Eduardo García Máynez: “la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio”.

Tiene este concepto la virtud de la sencillez aunada al hecho de que destaca lo jurídico dentro del concepto de Estado ya que es la organización jurídica de una sociedad. Tal vez, fuera mejor destacar que es la organización jurídica de un pueblo, para que no se piense en otro tipo de sociedad.¹⁸⁹

En la determinación del tipo de sociedad de que se trata en el Estado, Bluntschli destaca dos aspectos importantes: después de informar que los Estados son personas del Derecho Internacional establece que el Estado “es una asociación de hombres con un territorio y gobierno propios, y que tiene

¹⁸⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 286.

¹⁸⁹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 286.

por objeto realizar los fines de la vida social”.¹⁹⁰ Es verdad que desliga el concepto dado de la aseveración original de que el Estado es una persona de Derecho Internacional pero, tiene la virtud de sugerirnos un aspecto importante del Estado, su carácter de sujeto de la comunidad internacional.

5.2.2. Elementos del Estado

En el concepto que se ha estudiado, se denota que engloba los elementos tradicionales del Estado: la población, el territorio, el gobierno y la soberanía.

Doctrinariamente se considera que:

- a) La población se considera como “elemento humano nacional”, atención a que la población tiene también habitantes extranjeros, pero estos últimos no forman la esencia del Estado. Solo el elemento humano nacional forma la esencia del Estado.¹⁹¹
- b) Al territorio se le conoce como: “elemento geográfico”, en atención a que el territorio alude de suyo a las tierras emergidas pero, el elemento geográfico abarca el espacio terrestre, el espacio marítimo y el espacio aéreo.¹⁹²
- c) Al gobierno se denomina “elemento político”, sobre la base de que es el ente que ejerce el poder dentro del Estado.¹⁹³
- d) La soberanía la denominan “elemento jurídico” pues, este es un elemento de esencia en todo Estado. Tal elemento jurídico es tan importante que es el que coordina todos los demás elementos para darle unidad al Estado. Además, es el que define como se integra el

¹⁹⁰ BLUNTSCHLI, M. *El Derecho Internacional Codificado*, traducción de José Díaz Covarrubias, México, 1871, p. 71.

¹⁹¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 287.

¹⁹² Ídem, pág. 287.

¹⁹³ *Ibidem*, pág. 287.

elemento humano nacional, también determina como se integra el elemento geográfico el que especifica cómo se forma el elemento político.¹⁹⁴ El elemento jurídico del Estado es el que organiza el Estado en todos sus elementos. Tal elemento está conformado con normas jurídicas internacionales y normas jurídicas internas. En efecto, hay normas jurídicas internacionales aplicables a la nacionalidad. Igualmente, hay normas jurídicas internacionales que regulan los límites geográficos en el mar, en el territorio emergido y en el espacio aéreo. También hay normas jurídicas internacionales que se aplican al elemento político pues, el gobierno representa internacionalmente al Estado y además, se requiere, como lo veremos, el reconocimiento de gobiernos.

5.2.3. Clasificación de los Estados

5.2.3.1 Desde el punto de vista de su estructura

La conformación interna de los Estados varía de uno a otro Estado, según la parte orgánica de su Constitución interna, escrita o no escrita. Aunque hay sistemas muy similares u otros muy sui generis, por tanto disímolos estos últimos, es común en los tratadistas del Derecho Internacional Público, clasificar a los Estados desde el punto de vista de su estructura en simples o unitarios, por una parte, y en compuestos, por otra parte.¹⁹⁵

- a) Estados simples o unitarios¹⁹⁶ son aquellos Estados que, en su estructura interna, se presentan como una unidad. No existen

¹⁹⁴ *Ibidem*, pág. 287

¹⁹⁵ Cfr. Manual J. Sierra, op. Cit., pp. 125-126; Y. A. Korovin, op. Cit., pp. 94-95; Charles Rousseau, op. cit., pp. 93-110; Hildebrando Accioly, Tratado de Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958; tomo I, pp. 134-143; Cesar Díaz Cisneros, tomo I, Editorial Tea, Buenos Aires, 1966, pp. 444-449.

¹⁹⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 288.

subdivisiones internas en entidades con facultades creadoras de normas que ejerzan soberanía local sobre una porción de territorio. Estados simples o unitarios se desarrollan en la comunidad de países como una sola entidad soberana. El internacionalista Hildebrando Accioly, cita con atinencia, países organizados como Estados unitarios.¹⁹⁷ En Europa: Portugal, España, Grecia, Finlandia, Suecia, Noruega, Dinamarca; en América: Uruguay, Chile, Paraguay, Perú, Bolivia, Colombia, Cuba, Haití, República Dominicana, las repúblicas centroamericanas; en Asia: Turquía, Irán, Japón, Filipinas.

- b) Los Llamados Estados compuestos¹⁹⁸ son aquellos que integran una pluralidad de Estados. Tal pluralidad, en ocasiones, está integrada por Estados con soberanía internacional y, otras veces, la soberanía internacional solo corresponde a la unión de ellos pero, en lo interno poseen ciertas facultades autónomas. Entre los Estados compuestos existen diversas modalidades, a saber: unión personal, unión real, Confederación, Federación, Comunidad Británica de Naciones y la Ex-Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

5.2.3.2 Desde el punto de vista de su soberanía

En la clasificación de los Estados desde el punto de vista de su soberanía¹⁹⁹ priva el enfoque de los sujetos del Derecho Internacional relativo a la subordinación que puede existir de alguno respecto de otro u otros Estados. El sometimiento de un Estado, total o parcialmente a otro, es contrario a la cualidad soberana que debiera poseer todo miembro de la comunidad internacional.

¹⁹⁷ Ídem, pág. 288

¹⁹⁸ Ídem, pág. 288.

¹⁹⁹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 299.

Una clasificación de los Estados que parte de desigualdades soberanas es, dado el carácter jurídico que le hemos atribuido a la soberanía una afectación a la igualdad soberana o igualdad jurídica de los Estados. Cada Estado ha de ser cuidadoso en velar por que su soberanía no sufra menoscabo pues, un Estado que no conserva incólume su soberanía deja de ser, por lo menos parcialmente, un Estado soberano.

Entre los supuestos de menoscabo a la soberanía de los Estados se analizarán específicamente los siguientes: Estado vasallo, Protectorado, Territorios Internacionalizados, Estados sometidos a Neutralidad Permanente, Cuasi protectorado, Colonias, Mandatos y Fideicomisos.

5.3. La Soberanía

Conocido el esquema de los cuatro elementos que integran el Estado como tal, se ha de abordar el tema de la soberanía, que se adscribe como cualidad o característica de uno de aquellos elementos, que es el poder.

Conviene insistir en que para hablar de soberanía, es menester que exista el poder, y para que exista el poder debe haber un Estado al cual ese poder pertenezca como uno de sus cuatro elementos; decimos esto para comprender que no tiene sentido hablar de soberanía antes de que exista un Estado cuyo poder sea soberano, ni fuera del Estado, porque antes ni fuera hay poder susceptible de caracterizarse con la nota de soberanía.

Por eso, la soberanía no ha de confundirse con el poder constituyente que da origen y organización a un Estado, ni debe definirse como la capacidad de decisión originaria que tiene la comunidad para proveer a su propia organización, porque tal capacidad equivale al poder constituyente, y el poder constituyente no es sinónimo de soberanía ni tiene la cualidad de soberano.

5.3.1. Concepto de Soberanía

El origen etimológico de la palabra soberanía, proviene del latín, y se conforma por las raíces *super* y *omnia* que significa “sobre todo”, y de acuerdo a la traducción “Es el poder que esta sobre los otros poderes y que no admite poder superior a él.”

Al tomar como base la definición anterior, podemos observar que la misma carece de elementos necesarios para poder hacernos una idea de lo que es soberanía, aunque la esta tiene razón en afirmar que es un poder superior, es por ello que en muchas ocasiones se cae en el absurdo de creer que todo acto administrativo que realicen los gobernantes haciendo uso de la fuerza, constituye la soberanía.

Es por ello que a continuación se hace referencia algunas de las más destacadas definiciones que los tratadistas han aportado, para poder resaltar otros elementos importantes mencionar.

La soberanía según Jean J. Rousseau, “Consiste esencialmente en la voluntad general”, pero esta no puede ser enajenada ni puede ser representada más que por si misma:”... el poder puede transmitirse, pero la voluntad no”. El carácter inalienable que Rousseau menciona, se acompaña de la indivisibilidad de la misma, pues se trata de la voluntad general, que es la suma de la voluntad de todos, no de una voluntad parcial o individual. En consecuencia, la soberanía le corresponde a todos y cada uno de los miembros de la comunidad, es una soberanía, cuyo ejercicio se delega en funcionarios investidos, mediante el voto, de un mandato imperativo, el cual puede ser revocado por el soberano, el pueblo, en cualquier momento.”²⁰⁰ A partir de esta definición se puede establecer con mayor claridad algunos aspectos de la soberanía. Es decir podemos afirmar que la soberanía ni cede

²⁰⁰ ROUSSEAU, J.J. *El contrato social*, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1981, pág. 76.

ni se enajena, solo se delega a algunos funcionarios para que la ejerzan, perno que la detenten, ya que el detentados en todo momento será el pueblo.

Para Hermann Heller, la soberanía consiste “en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo, y además de imponer la decisión a todos, no solo a los miembros del Estado, sino en principio, a todos los habitantes del territorio.

La soberanía supone, según eso, un sujeto de derecho capaz, con voluntad y de obrar que se impone regularmente a todos los poderes, organizados o no, que existen en el territorio; lo que significa que tiene que ser un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo. El Estado es la organización normalmente más poderosa dentro de su territorio.²⁰¹

Burgoa Orihuela define la soberanía como la decisión de un pueblo de “darse una organización jurídica y política, creando al Derecho que a su vez da vida al Estado como persona moral”.²⁰² Lo anterior lo consideramos inconcluso, ya que solo abarca un elemento de la soberanía, que es la autodeterminación, olvidando al detentador de la soberanía y al ente que la ejerce.

El maestro Tena Ramírez, define a la soberanía como la “facultad absoluta de auto determinarse, mediante la expedición de la ley suprema, que tiene una nación.”²⁰³, se puede apreciar el autor deposita la soberanía en una ley suprema o Constitución, lo cual genera más detractores que juristas

²⁰¹ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, primera reimpresión de la segunda edición el español, editorial fondo de cultura económica, México D.F., 2000, pág. 310.

²⁰² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, México D.F., 1986.

²⁰³ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigésima séptima edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2005, pág. 19.

apoyando dicha noción, ya que la soberanía se debe depositar en el pueblo y no en la Constitución.

El Jurista García Máynez, considera que “la soberanía es un atributo esencial del poder político. Dicho concepto puede ser caracterizado tanto negativamente como en forma positiva. En su primer aspecto, implica la negación de cualquier poder superior al del Estado, es decir, la ausencia de limitaciones impuestas al mismo por un poder extraño. El poder soberano es, por ende, el más alto o supremo. Es también, un poder independiente. El carácter de independencia revelase, sobre todo, en las relaciones con otras potencias; la nota de supremacía aparece de manera más clara en los vínculos internos del poder con los individuos y colectividades que forman parte del Estado.”²⁰⁴

Para el jurista mexicano Andrés Serra Rojas, “La soberanía no es un poder ilimitado e ilimitable; esta fórmula podría ser una caracterización negativa de la soberanía, pero no nos dice cual es su esencia: la soberanía es la cualidad del Estado de auto-determinarse o de auto-organizarse; el Estado no está subordinado a un derecho natural que no existe, pero tampoco es el Estado un poder que conduzca a la anarquía, por ello es la destrucción del propio Estado; en consecuencia, el Estado tiene que dictar su constitución; puede escoger el contenido de su Constitución, pero no puede dejar de darse una Constitución.”²⁰⁵

Para Rafael de Pina Vara²⁰⁶, en su Diccionario de Derecho, la Soberanía “es la calidad de soberano que se atribuye al Estado como órgano supremo

²⁰⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 52 edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2001, pág. 103

²⁰⁵ SERRA ROJAS, Andrés. *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, México D.F., pág. 342 y 343.

²⁰⁶ DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, vigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1996, pág. 457.

independiente de autoridad, y de acuerdo con la cual es reconocido como institución que dentro de la esfera de su competencia no tiene superior.”

El autor Carlos Arellano García, señala que bajo la perspectiva internacional, a través de la soberanía se excluye cualquier tendencia de reconocer una autoridad superior a la que corresponde a los Estados soberanos.”²⁰⁷

Para Hans Kelsen, ilustre positivista, la soberanía es una propiedad del orden jurídico que se suponga como válida o sea vigente; es decir, la Soberanía debe estudiarse como un problema de relaciones entre dos órdenes normativos, es decir, un orden es supremo o soberano cuando no es subordinado o sujeto a otro orden. Para el maestro Kelsen, la soberanía está en el pueblo, que este nombra un poder llamado constituyente, destinado a crear una Constitución y en consecuencia, una vez creada la Constitución, el poder soberano del pueblo se traslada al orden normativo, cuya cúspide, la constitución, es una expresión de soberanía que se encuentra sobre las leyes, autoridades y órganos de un Estado.

Kelsen, subordina la soberanía a la existencia de una ley suprema vigente y que haya surgido a partir de la voluntad popular, lo anterior es discutible, ya que la soberanía residirá en el pueblo, y no en la Constitución, aunque esta resulta de vital importancia para el adecuado ejercicio de la soberanía por medio de los gobernantes.

Jasone Astola Maradiaga, señala en su obra, “La Unión Europea hacia un Modelo Federal”,²⁰⁸ que la necesidad de aprobar una Constitución para los ciudadanos europeos es de suma importancia, ya que no es tarea fácil decidir qué tipo de Europa desean, pero lo que está claro es que si se quiere

²⁰⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *La Soberanía Nacional y los Tratados Internacionales*, primera edición, Editorial UNAM, México D.F., 2004, pág. 170

²⁰⁸ ASTOLA MARADIAGA, Jasone. *La Unión Europea hacia un Modelo Federal*, www.derechocomunitario.org.esp

tener una voz en los asuntos internacionales, controlar tanto jurídica como democráticamente a los dirigentes que adoptan las decisiones, o proteger sus derechos, necesariamente se tendrá que dar un paso adelante y someter los asuntos que se gestionan en común a los principios del Estado constitucional, tomando la soberanía como base. Como se puede notar el instrumento jurídico utilizado para compartir ese desarrollo competencial ha sido el tratado de Unión, y para su entrada en vigor se necesitaba la ratificación de todos los Estados firmantes.

El autor Jordi Aisa, señala que para el caso de que la Unión Europea se convirtiera en una Federación, la soberanía residiría no en cada pueblo de los Estados sino en el pueblo de la propia Unión Europea (el pueblo de los pueblos) y para poder salir de la Federación habría que obtener el consentimiento de ese mismo pueblo, en tal caso, la decisión podría ser adoptada no por los gobiernos de los Estados miembros, sino por los pueblos.²⁰⁹

Lo anterior confirma, que aun en la unión de Estados más avanzada del mundo, se sigue tomando a la soberanía como un elemento de vital importancia, mismo que reside en el pueblo de manera inequívoca. Tal y como se estableció por los tratadistas señalados anteriormente, coinciden en la formación del concepto de soberanía, en el sentido de su residencia, es decir a quien le corresponde, ya que en todo momento está se posara en el pueblo, quien decidirá el rumbo que debe tomar el Estado.

5.3.2. La soberanía como atributo personal y como cualidad del poder.

A continuación se señala, cual difícil es distinguir el poder de la soberanía, y evitar confundir al lector, como si se tratasen de la misma cosa. Tan difícil

²⁰⁹ AISA, Jordi. *La Unión Europea Hoy*, revista Española de Derecho Comunitario, www.dcomunitario.com

como lograr esa distinción ha sido negar el concepto de soberanía el carácter de cualidad o atributo personales del gobernante. La soberanía ha seguido siendo, teóricamente, la sombra o el reflejo de “el soberano”. Y como se ha sostenido teóricamente que no hay “soberano”, y que la soberanía no es atributo personal del gobernante, sino una cualidad objetiva del poder estatal, afirmamos que es equivocado e inútil buscar o señalar un sujeto titular de la soberanía.

Al contrario, es menester llegar científicamente la soberanía como un concepto que alude a una cualidad del poder, cualidad que no se encarna ni titulariza en ningún sujeto, algunos sostienen que ni en el gobernante, ni en el pueblo, ni en la nación.

Cuando se habla de soberanía “en” el Estado, se hace referencia a aquel gobernante que era el supremo dentro del Estado, esta tesis personaliza a la soberanía en un gobernante o en un órgano del Estado.

Cabe mencionar que los detractores de dicha teoría manifiestan que no existe tal posibilidad, ya que si hablamos de soberanía como cualidad del poder, esta no reside en nadie, no tiene titular, no hay sujeto alguno que sea portador de ella; Bidart Campos cita una frase de Le Fur al respecto: “La soberanía es una cualidad del poder, que no pertenece propiamente a nadie, ni antes de formar la sociedad, ni durante, ni después, como la blancura no pertenece al objeto blanco.

Se superpone al poder ya constituido, para caracterizarlo como el más elevado”,²¹⁰ como se ha sostenido durante la formación del concepto de soberanía, en la actualidad debe de residir única y exclusivamente en el pueblo, que la hace efectiva a través de los gobernantes.

²¹⁰ BIDART CAMPOS, German J. *Lecciones elementales de política*, treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 227-228.

5.3.3. Tesis que niegan la soberanía

No faltan las teorías que niegan la soberanía. Difícilmente es no encontrar teorías de esta clase, ya que hemos visto durante mucho tiempo las que niegan la justificación del Estado, las que nieguen la personalidad del Estado, etc. Se menciona brevemente las que niegan la soberanía. Esta negación puede tener dos alcances:

- a) La tesis que niega el concepto de soberanía, ya que afirmando que la ciencia política debe de expulsarlo por inútil, o por nocivo, o por innecesario, etc.
- b) Los que niegan que la soberanía sea una cualidad con respecto del poder del Estado.

Entre quienes niegan el concepto y quieren desligarse de él, se pueden incluir por ejemplo a los que vinculan ese concepto de soberanía que fue formulado históricamente dentro de las teorías del absolutismo y de la realidad de los Estados absolutos, hay que repudiarlo juntamente con el absolutismo; así como Maritain a cita de Bidart Campos dice al respecto que: “los dos conceptos de soberanía y absolutismo fueron forjados juntos y los dos deben ser pulverizados juntos”. Otros opositores interpretan que si el constitucionalismo moderno pretende, desde fines del siglo XVIII, limitar al Estado y asegurar a los individuos, haciendo prevalecer al derecho sobre el Estado, y buscando las técnicas para que el Estado este sometido al derecho, a lo que ellos consideran que no se puede aceptar este concepto, ya que implica convertir al Estado “legibus solutus”, es decir, desligarlos del derecho, colocarlo al igual que el gobernantes por encima del derecho, eximirlos de control y de responsabilidad.²¹¹

²¹¹ BIDART CAMPOS, German J. *Lecciones elementales de política*, treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 231-232.

5.3.4. Tesis pluralistas de la soberanía

Así como existen quienes niegan a la soberanía, existen otras que no lo hacen así, por el contrario profundizan en su formación doctrinaria, por ejemplo hay quienes hablan de pluralistas, por lo que da idea que hay una multiplicidad de poderes que serían todos igualmente soberanos. Al hablar de soberanía como cualidad del poder del Estado; si hubiera varios poderes sociales con cualidad de soberanía, habría otros poderes distintos al poder del Estado que tendrían la misma característica. La soberanía no sería nota privativa del poder político.

Las doctrinas pluralistas de la soberanía no van a decir que en el universo hay muchos Estados soberanos; eso no sería pluralismo. Pluralismo sería admitir que poderes no estatales fueran también soberanos como el poder del Estado. Las doctrinas pluralistas no dirán, entonces, que hay poderes sociales (no políticos) con cualidad de soberanía; por ejemplo: los sindicatos, las corporaciones, los grupos intermedios, económicos, etc.

Para hacer su afirmación, estas teorías parten de una visión pluralista de la sociedad: entre el hombre y el Estado se interponen grupos y asociaciones. Y esto está bien. Lo que se considera equivocado es atribuir al poder de esas entidades una característica que acompaña solo al poder más alto, al supremo, al totalizador, que es el Estado, porque incluso las teorías pluralistas no dan un concepto ajustado de esta soberanía así desparramada en tan vasta serie de poderes.

Es claro que el propósito de las tesis²¹² que se ha mencionado es loable; aparte de arrancar de una verdadera estructura pluralista de la sociedad, buscan dispersar la soberanía para equilibrar y limitar al poder político con

²¹² BIDART CAMPOS, German J. "Lecciones elementales de política", treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 233-234.

poderes sociales equivalentes, que según ellos exhiben la misma cualidad de soberanos. Y este es el error: extender a poderes no políticos la cualidad que solo puede tener el poder político.

Es importante recalcar que esta iniciativa por parte de sus expositores, ya que lo único que buscan es contener al Estado, afirmando que los poderes sociales son iguales al poder político; la afirmaciones y reivindicaciones del pluralismo social no precisa, ni debe echar mano de un concepto de cierta manera exclusivo para el Estado, por parte de la ciencias políticas. Existen diversas formas para procurar de cierta manera restarle fuerza y avance atrayente al Estado.

5.3.5. Formas de ejercer la soberanía por parte del Estado

Para Friedrich Hegel, la soberanía reside en el pueblo, partiendo de ello podemos decir que es una potestad normativa que se ejerce de manera diferente en lo interno y en lo internacional. La soberanía de un Estado garantiza que no esté subordinado a otra instancia de decisión o jurisdicción externa. Pero estará sometido bajo legislación internacional en la cual el Estado se haya comprometido.

5.3.5.1 Soberanía Interna

La soberanía es la aptitud que tiene el Estado para crear normas jurídicas internas. Hans Kelsen, basándose en su idea de la pirámide jurídica, identifica constitución con soberanía. Esta interpretación se deduce de su afirmación de que: “solo un orden normativo puede ser soberano, es decir, autoridad suprema o ultima razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer”.²¹³

²¹³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 227

La soberanía en el país según el artículo 83 de la carta magna dice al respecto que: “El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución...”.²¹⁴

5.3.5.2. Soberanía Externa

Dentro del ámbito internacional, las normas jurídicas internacionales requiere el consentimiento expreso de los Estados. El aspecto externo significa que “un pueblo independiente y supremo se presenta en el consorcio internacional de naciones, entra en relaciones con sus pares, es el mismo principio que rige la vida interna de la nación, solo que proyectado hacia afuera del Estado”²¹⁵. Tena Ramírez señala que “la noción de supremacía es la nota característica de la soberanía interior, es entonces un superlativo; en cambio, la soberanía exterior es un comparativo de igualdad”.²¹⁶

Desde la perspectiva de derecho internacional la soberanía cede en materia de Derechos Humanos al tratarse del instrumento jurídico internacional por excelencia que busca la igualdad y la dignidad humana, dichos Estados se encuentran obligados internacionalmente a cumplir lo pactado en las declaraciones que fomenten el respecto a los derechos fundamentales del hombre.

5.3.6. Soberanía popular

En las teorías liberales y democráticas de los siglos posteriores al XVI, el origen de la soberanía fue trasladado al pueblo, si bien ésta permanecía en su carácter de poder supremo e irresistible, cualidad vigente para los

²¹⁴ Constitución de la República de El Salvador, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983, art. 83 inciso primero.

²¹⁵ CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 1996, pág. 498.

²¹⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, 17° ed. UNAM, México, 1980, pág. 5.

hombres que conviven en Estado Democrático de Derecho. De ahí la importancia de aquellas revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII: nunca, antes de ellas, se había gestado un movimiento político de igual trascendencia para darle poder al pueblo. Dichas revoluciones, no hicieron distinción alguna entre clases sociales, ni diferencias raciales, pero tampoco concibieron que todo el pueblo tomara decisiones en su conjunto, pues la democracia no era sólo para una localidad o región, sino para la nación entera, por lo que fue preciso crear parlamentos para darle curso a la representación popular e instaurar métodos y procedimientos para elegir a los nuevos representantes.

Esto dio origen a la llamada Democracia Representativa y otorgó a la Soberanía el carácter de Popular, es decir, originada y residente en el pueblo y existente para beneficio de éste, quien, al no poder reunirse en su vasta totalidad para gobernarse, tuvo que elegir a sus mejores hombres para que estos le gobernaran en su nombre, conforme a su voluntad y mandato, por lo que la facultad soberana seguía siendo ejercida por el pueblo, quien en adelante indicaría a sus representantes la manera en que habrían de gobernarlos.

De ahí puede concluirse que la soberanía es la facultad del pueblo para hacer y aplicar sus leyes, y es también su derecho de autodeterminación, o sea, de escoger y modificar libremente la forma en que habrá de ser gobernado.

5.3.7. Soberanía y Derecho Internacional

Se recordara que al formarse los Estados modernos, los monarcas trataron de imponer su supremacía o *summa potestas* sobre los señores feudales de su reino, y de liberarse de la tutela del Papa y del Sacro Imperio. El termino soberanía se empleó, entonces para significar la supremacía del poder real

sobre todos los demás, y la dependencia de dicho poder de las pretensiones de dominio imperial y papal.

Con el tiempo, el término soberanía adquirió otras connotaciones: el de omnipotencia. Paso a concebirse como un poder supremo e irrestricto, de origen casi místico, inherente a todo Estado, que lo capacitaría para actuar al arbitrio en el plano externo.

Según esta concepción, los Estados no tendrían en sus relaciones internacionales otro límite que su propia y libre voluntad; los tratados y otras normas de derecho internacional cederían ante la voluntad suprema del Estado.

Este concepto de soberanía es absolutamente incompatible con la idea misma del derecho internacional, ya que la función primordial de este es hacer posible la coexistencia de los diversos Estados soberanos, estableciendo límites para la acción de cada uno de ellos.

Todo Estado está sujeto a la supremacía del derecho internacional y debe sujetar su soberanía a las exigencias de aquel.²¹⁷ La soberanía cuando se trata en relación al derecho internacional se le atribuye la situación de autonomía e independencia, algunos creen que este, debe de estar bajo la supremacía del derecho de gentes, que caracteriza a los Estados modernos.

Para finalizar, las restricciones a la libertad de acción consentidas por un Estado en un tratado o que le son impuestas por el derecho internacional general, no lo privan de su soberanía o independencia²¹⁸, ya que esta es una potestad que ejerce el pueblo, es decir las personas que integran el núcleo de la sociedad.

²¹⁷ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pág. 89-90

²¹⁸ Ídem, pág. 90.

5.4. Poder Constituyente

5.4.1. Concepto

Conviene recordar que al exponer el tema de lo permanente y lo histórico en el Estado, al inicio de este capítulo, dijimos que el Estado es una organización política necesaria que le es dada al hombre mediante su instinto social y político, pero que el modo y la forma concreta de cada Estado empírico no son dados naturalmente, sino que emergen de lo que en cada circunstancia deciden los hombres con su libertad y su voluntad.

Entonces, se puede afirmar que la decisión a través de la cual se elige e impone una particular organización a cada Estado, es el poder constituyente.

Poder ya se sabe que significa energía, capacidad y aptitud para hacer algo; el adjetivo “constituyente” significa calificar a aquel poder como la energía o capacidad para “constituir” al Estado, para darle constitución, organización, estructura, modo de existencia política.

Ese poder constituyente es el que establece el orden político y jurídico de cada Estado, o sea, la constitución en sentido material, como composición o estructura de la convivencia politizada, y como derecho básico.

Tal poder constituyente crea un derecho constitucional positivo para cada Estado, “pone” en vigor un derecho que da forma o informa al Estado.²¹⁹

A continuación se menciona una serie de definiciones proporcionadas por diversos tratadistas, especialistas en la materia: La palabra “Constituyente” es el poder o la función que se ejerce cuando se dicta una constitución o cuando se reforma una constitución ya dictada.

²¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*, treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 407.

El poder constituyente es la potestad suprema que tiene el pueblo –por sí o por medio de sus representantes- para establecer una constitución, o para modificar una anterior cuando sea necesario o conveniente.²²⁰

“Es la facultad inherente de toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico fundamental, por medio de una constitución, a fin de darle vida al Estado (para organizarlo), o para reformar el ordenamiento constitucional existente”.²²¹

Éste constituyente alcanza la elaboración y promulgación de la constitución formal, su reforma, suspensión e inaplicación y hasta su derogatoria o extinción.

Se califica a esta facultad del pueblo como suprema porque, como expresión de poder, no reconoce otra superior. La puede ejercer el pueblo en forma directa – caso difícil en la actualidad- o en forma indirecta, eligiendo a este fin a sus mandatarios, o combinando ambos procedimientos.

Algunas constituciones disponen que sus modificaciones serán efectuadas por el órgano legislativo ordinario, pero luego el pueblo, mediante el sufragio, deberá pronunciarse por su aceptación o rechazo.

La doctrina constitucional proporciona diversas definiciones del poder constituyente. Por su valor didáctico, una somera referencia a algunas de ellas:

Bidart Campos explica que “si por poder se entiende una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por constituyente como aquel

²²⁰ GABINO ZIULU, Adolfo. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Ediciones Depalma Buenos Aires, 1997, pág. 65.

²²¹ DR. MEJÍA, Henry Alexander. *Guión de clases sobre la elaboración y el cambio constitucional*, Derecho Constitucional I, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales departamento de derecho público, Universidad de El Salvador.

poder que constituye o da una constitución al Estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia o capacidad o energía para constituir o dar una constitución al Estado, es decir, para organizarlo”.²²²

Para Sánchez Viamonte, “el poder constituyente implica la soberanía originaria, suprema y directa, en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua”.²²³

Luis Sánchez Agesta define el poder constituyente como “la voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador. El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior; su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo”.²²⁴

Linares Quintana lo caracteriza como “la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario por medio de una constitución, y a revisar a esta, total o parcialmente cuando sea necesario”.²²⁵

5.4.2. Antecedentes

El primer gran expositor de la teoría del poder constituyente fue el abate Emmanuel Joseph Sieyès, (1748-1836), autor de una difundida obra que lleva por título *¿Qué es el Tercer Estado?* En ella, el religioso y político

²²² BIDART CAMPOS, Germán J. *Filosofía del derecho constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1969, pág. 161.

²²³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, Argentina, 1956, pág. 90.

²²⁴ SÁNCHEZ AGESTA, citado por Gabino Ziulu, Adolfo. *Derecho Constitucional*, Editorial Ediciones Depalma Buenos Aires, Tomo I, 1997, pág. 66.

²²⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo III, 2ª edición, editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 201.

francés efectúa un pormenorizado estudio del llamado “Estado llano”, en el cual plantea la necesidad de superar la organización estamental de la época, en que habitualmente predominan la nobleza y el clero. Sieyés, quien junto a Rousseau y otros pensadores de la época realizó importantes aportes al sustento ideológico de la Revolución Francesa, era, como el escritor ginebrino, un convencido iusnaturalista.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) había definido y difundido su idea del pacto o contrato social. En virtud de éste, cada uno se despojaba de una parte de su libertad, para construir el poder del Estado. Luego este último les garantizaba a todos el goce más seguro del resto de las libertades que había conservado. Esta idea del pacto o contrato iba a servir como fundamento ideológico de la Revolución Francesa de 1789. Si el gobernante (monarca, en este caso) no había cumplido con lo pactado, excediéndose en sus atribuciones, aparecía el derecho de la otra parte de denunciar el contrato y formular uno nuevo.

Sieyés iba a completar este enfoque agregando una noción fundamental: el nuevo pacto o contrato debía ser formulado por escrito y mediante una constitución.

Cabe afirmar que si bien la sanción de la Constitución de los Estados Unidos fue una manifestación evidente y práctica de la existencia del poder constituyente, su explicación doctrinal tiene origen indubitable en el pensamiento de Sieyés. Este clarificó el pensamiento oscuro y complejo de Rousseau, y con su aporte también enriqueció las enseñanzas del liberalismo político, que había tenido como exponentes teóricos más destacados, hasta entonces, a Locke (1632-1704) y Montesquieu (1689-1755).²²⁶

²²⁶ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 66.

5.4.3. Titularidad

Hay coincidencia en la doctrina contemporánea en atribuir al pueblo la titularidad del ejercicio del poder constituyente. Ello es consecuencia insoslayable de la ideología democrática a la cual éste, desde sus orígenes, encarnó.

Sin embargo, Sieyés atribuía dicha titularidad a la nación, entendida como un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por la misma legislatura. En su concepción iusnaturalista, la nación era preexistente y suprema, y de ella debía emanar el poder constituyente.

Solo la nación – decía el abate francés- tiene el derecho de hacer una constitución. Reclamaba, para ello, volver a los principios simples, que suelen ser más poderosos que los esfuerzos de los genios, y comprender a la sociedad, analizando a la nación como maquina ordinaria, a fin de captar los acordes y de oír la armonía general que debe resultar de ellos. En este caso –se comprende-, no se diferenciaba claramente entre los conceptos de “nación” y “pueblo”.²²⁷

Los hombres que constituyen un Estado político, que lo fundan o sustituyen el existente por otro, ejercitan Poder Constituyente. Quienes tienen esa capacidad, dentro de cada comunidad, son los titulares del Poder Constituyente. Los “padres fundadores”, los patricios, los padres de la patria. De manera que no hay titulares innatos ni gratuitos de ese poder, ni titulares abstractos y anónimos, ficticios, como el pueblo, la nación, el soberano.

El Poder Constituyente se manifiesta de manera inmediata y eficaz en el acto constituyente del Estado y, luego, en la normativa constitucional del mismo y sus reformas. Por eso se habla de Poder Constituyente originario y Poder

²²⁷ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 67.

Constituyente derivado. Aunque, si se es riguroso, solo puede haber un Constituyente. A quien decide la Constitución de un Estado o su cambio se le califica de constituyente originario.

La Constitución de La República adoptó el principio según el cual el pueblo es el titular del poder constituyente. En su Preámbulo, al hacer referencia a la autoridad de quien emana la ley fundamental, se expresa: “Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente...”.

El artículo 83 Cn reconoce el “principio de la soberanía del pueblo”, en cuanto a la reforma de la misma, el artículo 248 Cn delega esta facultad exclusivamente a la asamblea legislativa, los “legisladores constituyentes”, consideraron a bien no convocar a una asamblea extraordinaria para evaluar dicha situación.²²⁸

5.4.4. Características del poder constituyente

De lo analizado anteriormente, resulta necesario menester que enunciemos ciertas características que identificamos del poder constituyente, a continuación las mencionaremos:

- a) Es un poder no recibido, no deriva de otro, nace de si mismo, es su propia fuente; porque, precisamente, es del que nacen los demás poderes, además de los poderes constituidos que conforman el Estado, y del que se deriva su legitimidad: es, pues, un poder autogenerado.
- b) Es un poder táctico, político. La decisión constituyente es un hecho, un suceso o un proceso histórico. Es un acto de creación, anterior al Estado y su derecho. Casi siempre es el resultado, en su expresión

²²⁸ Preámbulo, y artículos 83 y 248 de la Constitución de la República.

inicial, de una revolución o de una secesión, de una separación, independencia o descolonización política, por desintegración de una federación o de un imperio.

- c) Por lo mismo, el ejercicio del Poder Constituyente es pre jurídico; no está condicionado por normas, ya que es previo al orden jurídico y a la Constitución del Estado. En razón de lo cual no puede discutirse su validez jurídica, su legalidad, pues él la crea.
- d) El constituyente justifica política e históricamente su decisión; no tiene que legitimarla, porque en él se origina la legitimidad y, a veces, es el fundador de una nueva legitimidad, si obra por vía revolucionaria.
- e) En la respectiva coyuntura política, solo los factores y circunstancias de la realidad determinan el obrar revolucionario. De modo que libre, arbitrariamente, crea el Estado necesario, el que convenga, el que responda al interés del Constituyente.

5.4.5. Clases de Poder Constituyente

Hay dos clases de poder constituyente: el originario y el derivado, a continuación los desarrollaremos por separado:

- a) El poder constituyente originario: también llamado fundacional o genuino, es aquel que se ejerce para hacer la primera constitución.²²⁹ Además es el que le da nacimiento y estructura al Estado mismo.²³⁰
- b) El derivado es el que pone en ejercicio para reformar una constitución preexistente; también se le denomina reformador, constituido o instituido.²³¹

²²⁹ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 68

²³⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 107.

Para Sanchez Viamonte, se trata, en realidad, de dos etapas de un mismo ciclo de poder, que él denomina etapa de primigeneidad y etapa de continuidad, respectivamente.²³²

Se entiende que el fundamento del poder constituyente originario trasciende del orden jurídico positivo, al apoyarse en principios, valores y necesidades históricas que están consustanciados con el derecho natural.

El poder constituyente originario tiene como titular al pueblo o la comunidad, porque es la colectividad toda la que debe proveer a su organización política y jurídica en el momento de crearse el Estado. La noción responde a la búsqueda de la legitimidad en el uso del poder constituyente originario.²³³

Algunos autores han reconocido la existencia de un poder constituyente revolucionario, que sería el que cambia abruptamente la estructura institucional vigente, reemplazándola por otra, sin respetar el orden de los antecedentes.

5.4.6. Límites al poder constituyente

La doctrina clásica sostiene que el poder constituyente originario, por ser supremo, carece de límites. Era también, lo que sostenía Sieyés, para quien el deseo de la nación era suficiente motivo para justificar el ejercicio del poder constituyente.

Se estima que el calificativo de ilimitado con que se pretende encuadrar al poder constituyente originario es demasiado presuntuoso, aun cuando sea efectivamente muy amplio. La libertad no es legítima para hacer el mal, o si es utilizada en contra del bien común.

²³¹ Ídem, ob. cit. pág. 68

²³² SÁNCHEZ VIAMONTE, citado por Gabino Ziulu, Adolfo, ob. cit. pág. 68

²³³ BIDART CAMPOS, ob. cit. Pág. 108.

Hay límites que condicionan al poder constituyente. Bidart Campos los ha resumido muy claramente en tres categorías: a) los límites derivados del derecho natural; b) los límites derivados del derecho internacional público; y c) los límites que provienen del condicionamiento de la realidad social.

Tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado, a los límites del poder constituyente anterior hay que agregar otros dos: a) el proveniente del constituyente anterior, y b) los derivados de las cláusulas pétreas. La primera categoría se refiere a las limitaciones formales o de procedimientos que están establecidas en las constituciones. Estas pueden ser reformadas solo si se sigue el procedimiento previsto en la ley fundamental vigente.²³⁴

5.4.7. Diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido

Uno de los postulados más relevantes del constitucionalismo fue la distinción entre dos potestades: el poder constituyente y los poderes constituidos. Estos últimos se hallan en un grado jerárquico inferior a aquel, y se caracterizan por ser una creación del poder constituyente. Solo tendrán, en consecuencia, aquellas atribuciones que este les haya otorgado por medio de la constitución.²³⁵

En nuestra organización institucional, son poderes constituidos o instituidos el poder legislativo, el poder ejecutivo y el Poder Judicial. Todos ellos están esencialmente limitados, en cuanto se hallan subordinados al poder constituyente, tanto en lo atinente a su creación y modificación como respecto de sus facultades.

El legislador constituyente de 1983, dejó establecido de formar expresa cuales son los poderes que forman parte de la estructura del Estado, es por

²³⁴ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 68

²³⁵ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 70

ello que vemos a los encargados de legislar, crear las normas jurídicas que sirven para normar las conductas de los ciudadanos entre otras cosas, el poder encargado de la dirección del gobierno, quien es el encargado de las políticas implementadas en cualquier sentido en el Estado, y por último el ente responsable de la administración de justicia.

5.4.8. Poder Constituyente y su relación con la soberanía

El poder constituyente no tiene que confundirse con la soberanía. La decisión originaria del pueblo para establecer su propio orden jurídico nada tiene que ver con la soberanía, aunque muchas veces se mezclen indebidamente los conceptos. El poder constituyente originario pertenece al pueblo, que es su titular; en cambio, la soberanía no tiene titular, ni hay soberanía del pueblo, ya que la soberanía es cualidad del poder constituido, y no existe antes de que exista el Estado o el poder del Estado. Lo que ocurre es que cuando el poder constituyente originario organiza a un Estado sin que el orden jurídico que crea se subordine a otro orden jurídico superior, el poder constituido de ese Estado así fundado tendrá la cualidad de soberanía. En tal hipótesis, el poder constituyente originario crea un Estado con poder (constituido) soberano.²³⁶

5.5. Constitución Política de un Estado

5.5.1. Concepto

Todo Estado tiene un orden político, ese orden es también y a la vez un orden jurídico. No se trata de añadir a la política una cobertura jurídica, ni de colocar encima del orden político un revestimiento jurídico, sino de decir que el orden político es simultáneamente jurídico. La organización política, el

²³⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. "Lecciones elementales de política", treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 398.

régimen político, tienen una estructura jurídica. El orden político es al mismo tiempo jurídico, y dentro de ese ámbito de derecho, se expresa en un orden u ordenamiento constitucional.

Esto quiere decir que el Estado, tiene necesariamente un derecho fundamental y básico de organización, un derecho que lo ordena, que lo informa, que le da estructura, que le confiere su singular modo de existencia política. Ese derecho es el derecho constitucional, es la constitución política del Estado. La unidad de orden que articula a la convivencia políticamente organizada se formaliza jurídicamente en el derecho constitucional del Estado. El orden político, la política, el régimen político, están esencialmente juridizados.²³⁷

Durante el desarrollo de las ciencias jurídicas se han creado una diversidad de obras de derecho constitucional, en ellas se han establecido una gran variedad de conceptos atribuidos al término constitución, nuestra intención no es la de compilar las distintas definiciones que puedan encontrarse en las obras de los diversos autores, sin embargo hemos seleccionado aquellos aportes que consideramos a bien mencionar en este apartado.

La palabra “Constitución”, utilizada en el lenguaje cotidiano, alude a la esencia y calidad de una cosa, que la constituye como tal y la diferencia de las demás. Así, decimos que la persona, por ejemplo, tiene buena o mala constitución.

Etimológicamente, deriva de las voces latinas “statuere” o “statutum”, que significan “reglar”, “establecer”, “ordenar”.

En el lenguaje jurídico se utiliza el vocablo “constitución” atribuyéndole parecida significación a la del uso vulgar. Generalmente con esta palabra se

²³⁷ Ídem, pág.

hace referencia a la ley fundamental de un Estado, tanto desde la perspectiva política como de la jurídica.²³⁸

En la antigua Grecia, los filósofos emplearon la palabra “política” con un sentido bastante similar al de “Constitución”, para referirse a la ordenación de la ciudad-Estado de aquella época. Así Aristóteles, en la Constitución de Atenas, muestra la ordenación de sus ciudades-Estados, tal como surgía de sus leyes e instituciones. Cabe aclarar que por aquel entonces no había una ley llamada “Constitución”, ni norma alguna que bajo otra denominación tuviera carácter supremo frente a otras leyes.

Algunos autores consideran que el concepto de “constitución” fue usado por primera vez con un sentido algo similar al actual por Cicerón, en Roma. Sin embargo, fue recién en la etapa del constitucionalismo liberal cuando adquirió amplia difusión y una delimitación más precisa.²³⁹

Carls Schmitt en su obra Teoría de la Constitución,²⁴⁰ distingue los conceptos absoluto, relativo, positivo e ideal de la constitución.

En sentido absoluto, decía la Constitución, es la concreta manera de ser de la unidad política existente. En otros términos, la situación particular y concreta de conjunto de la unidad política y de la ordenación social de un Estado.

En sentido relativo: Es una ley constitucional en particular. En sentido positivo: Es una regulación legal fundamental que adopta el soberano, por sí, o sea, es un sistema de normas supremas y últimas que emana de un poder constituyente.

²³⁸ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 16

²³⁹ Ídem, pág. 16-17.

²⁴⁰ SCHMITT, Carls. “Teoría de la Constitución”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1934, pág. 4.

En sentido ideal, decía Schmitt: Es la carta que establece la protección del ciudadano contra los abusos de poder del Estado.

Hans Kelsen, en su libro *Teoría General del Estado*²⁴¹, señalaba que la función estatal equivale a función jurídica. Es un proceso graduado y jerárquicamente normativo que va desde la norma de normas a las leyes, reglamentos y actos jurídico-individuales, como la sentencia. De tal manera que el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y aplicación, la norma inferior halla su validez en la norma superior. La norma superior lo es la Constitución que formalmente es un documento solemne, el que solo puede ser reformado con seguimiento de las prescripciones especiales. Materialmente, está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas.

Hauriou, en su investigación llevada a cabo de los principios de derecho público y constitucional²⁴², sostuvo que la Constitución de un Estado es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de esta. Estas reglas comprenden las relativas a la organización esencial, es decir, las libertades individuales, y las relativas a la organización política y al funcionamiento del gobierno.

Toda superlegalidad constitucional o toda Constitución escrita rígida es esencialmente una carta establecida por un poder constituyente. Este cambia, ya sea el rey, o el pueblo, pero lo que no cambia es su consideración de ley suprema.

²⁴¹ KELSEN, Hans. "Teoría General del Estado", Editorial Labor, Madrid, España, 1934, pág. 325.

²⁴² POLO BERNAL, Efraín. "Manual de Derecho Constitucional", Editorial Porrúa, México D.F., México, 1985, pág. 9.

García Pelayo, relato en su obra *Derecho constitucional comparado*²⁴³, que la Constitución es una expresión de un orden normativo, que, a la vez, es creadora de ese orden, en ella se despersonaliza la soberanía y se afirma la Constitución como suprema, puesto que todos los poderes de mando emanan de ella.

Es la norma de normas, de manera que toda norma jurídica solo es válida en cuanto derive de la Constitución, lo que viene a significar la eliminación de poder arbitrio, así como la negación de la autoridad que va más allá de lo establecido por ella. Por tanto, es Ley Fundamental si reúne estas dos condiciones: la garantía a los derechos individuales y la división de poderes que sirve a la efectividad de aquellos.

Sánchez Agesta²⁴⁴, manifiesta en su libro *Principios de teoría política*, que entre las leyes y la Constitución debe existir una razón de conveniencia, que hace necesario al legislador el conocimiento de esta a fin de ordenar sus leyes adecuadamente.

Su función es regular y garantizar la libertad, su ejercicio y límites, institucionalizar y legitimar los poderes.

5.5.2. Clasificación de las Constituciones

La clasificación supone el agrupamiento y la sistematización de conceptos conforme a una característica particular común. Es precisamente esta peculiaridad la que se utiliza, por la habitual, para identificar una clasificación. Las clasificaciones tienen una indudable utilidad en el marco de la ciencia política y constitucional. Si bien su excesivo esquematismo es, a menudo,

²⁴³ GARCÍA PELAYO, Manuel. "Derecho Constitucional Comparado", Editorial Revista de Occidente, Madrid, España, 1964, pág. 33.

²⁴⁴ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de teoría política*, Editorial Nacional, Madrid, España, 1966, pág. 259.

incompatible con la diversidad de matices que presenta la realidad, la concentración y sistematización de datos que nos suministran las convierten en instrumento importante para la investigación.

Siguiendo el criterio general de la obra, solo se hará referencia a algunas de las más importantes clasificaciones.

- a) Constitución Formal o escrita o codificada, es el conjunto de normas que se sistematizan en la unidad de un cuerpo o código legal, que se considera superley, porque es suprema y está por encima de todas las otras normas del estado.²⁴⁵

Esta clase de Constitución consigna los principios básicos que regulan la organización y funcionamiento del gobierno, la enunciación de los derechos de los hombres y sus respectivas garantías; siendo su característica la cualidad de fundamental y suprema de la Constitución escrita, a la que deben acomodarse las demás leyes, so pena de la eventual declaración de inconstitucionalidad.²⁴⁶

- b) Constitución no escrita o dispersa, es la que no presenta sus normas en una unidad codificada, sino sueltas, sea a través de varias leyes, o través de la costumbre, etc.²⁴⁷

En la actualidad muy pocos países en el mundo carecen de constituciones de esta clase²⁴⁸, de los ejemplos actuales podemos señalar la Gran Bretaña y Nueva Zelanda, en donde predomina el common law, que tiene su fuente principal la costumbre.

²⁴⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*, treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 402

²⁴⁶ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1985, pág. 12.

²⁴⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*, treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 402

²⁴⁸ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 20

c) Constitución rígida, es la que no se puede reformar mediante una ley común, sino siguiendo un procedimiento especial que es distinto al de las leyes.²⁴⁹

También reciben el nombre de constituciones solidas o cristalizadas²⁵⁰ esta clase de constituciones tiene una mayor precisión y estabilidad frente a las demás, debido a que se fundan en el mayor o menor grado de dificultad para su reforma sea a través del plebiscito, del referéndum, del quórum especial.²⁵¹

d) Constitución flexible, es la que se puede reformar mediante una ley común de acuerdo al procedimiento ordinario de sanción de las leyes.²⁵²

Para su modificación es necesario que la haga el mismo órgano que dicta las leyes ordinarias, su ventaja es que se adaptan a las necesidades existentes, en vista a los factores reales del poder.²⁵³

e) Constituciones originarias, son aquellas cuando sus cláusulas contienen formulaciones realmente novedosas, o ella adopta principios fundacionales absolutamente nuevos. Las constituciones de los Estados Unidos de 1787 y de Weimar de 1919 representan ejemplos de este tipo.²⁵⁴

f) Constituciones derivadas, son aquellas que siguen el modelo de constituciones nacionales o extranjeras, implementado tan solo una adaptación a las necesidades locales²⁵⁵. La constitución de Francia de 1946 y nuestra propia Constitución nacional son ejemplos de esta

²⁴⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*, ob. cit. pág. 402

²⁵⁰ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 21

²⁵¹ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 12

²⁵² BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*, ob. cit. pág. 402

²⁵³ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 12

²⁵⁴ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 22

²⁵⁵ Ídem, pág. 22

categoría. Ello, desde luego, no desmerece la relevante tarea de adecuación a la realidad llevada a cabo por nuestros constituyentes.

- g) Constituciones ideológico-pragmáticas, aquellas que exhiben un claro sesgo ideológico, que están impregnadas de ideología. Las constituciones de los Estados Unidos (1787), Hungría (1948) y Portugal (1933) se ubican en esta categoría.²⁵⁶
- h) Constituciones utilitarias, sin aquellas ideológicamente neutrales. Loewenstein cita como ejemplo la Constitución de Bismarck (Alemania) de 1871, de la cual refiere que su contenido ideológico es similar al de una guía telefónica.²⁵⁷
- i) Constituciones normativas, son aquellas que carecen de realidad existencial.²⁵⁸ Son observadas lealmente por todos los interesados; están plenamente integradas a la sociedad. Sus normas dominan el proceso político, y este se adapta y se somete a sus disposiciones.²⁵⁹ Es un proceso político en donde las normas si dominan.
- j) Constituciones nominales, son aquellas que no están plenamente integradas a la sociedad que pretenden regir. En estos casos, los presupuestos sociales y económicos imperantes en la realidad operan en forma opuesta a una concordancia entre las normas constitucionales y el proceso del poder.²⁶⁰ Su finalidad es más que todo educativa, por carecer de realidad existencial, ya que en la praxis jurídica de los países que conforman la sociedad de naciones, no existe alguno que no tenga constitución escrita, salvo el caso de los anglosajones.

²⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 22

²⁵⁷ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 23

²⁵⁸ *Ídem*, pág. 23

²⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 23

²⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 23

- k) Constituciones semánticas, son aquellas que en vez de servir a la limitación del ejercicio del poder, son instrumentos para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores facticos del poder político.²⁶¹
- l) Constitución materia o real, comúnmente es sinónima de constitución vigente, actual y presente, es el modo de estar ordenado y estructurado el Estado.²⁶²

5.5.3. Las partes de la Constitución

En toda constitución cabe distinguir dos partes: la dogmática y la orgánica.

- a) La dogmática: la parte dogmática de una constitución enuncia los principios que fundamentan el orden constitucional. Allí reside el plexo de valores que dan sentido y orienta a toda la estructura constitucional.²⁶³ Además esta parte contiene un sistema de limitaciones a la acción del poder público frente a los individuos o grupos sociales, son las llamadas garantías individuales y sociales.²⁶⁴
- b) La Orgánica: en esta parte se describe la organización, el funcionamiento y las atribuciones de los poderes constituidos, todo ello en función de la realización de los principios y valores de la parte dogmática.²⁶⁵ Se delimitan las competencias de los poderes, a fin de que vivan y actúen siempre dentro de un régimen de derecho.²⁶⁶

La Constitución política de El Salvador de 1983, vigente hasta la fecha, la parte dogmática recibe el nombre de “LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA”, comprende tres capítulos; el primero

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 23

²⁶² BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*, ob. cit. pág. 402

²⁶³ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 31-32

²⁶⁴ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 11

²⁶⁵ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 32

²⁶⁶ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 11

llamado “derechos individuales” (arts. 2 a 28), y el segundo titulado “Derecho Sociales” (arts. 32 a 70) y por último el capítulo concerniente a los “los ciudadanos, sus derechos y deberes políticos y el cuerpo electoral” (arts. 71 a 82).

La parte orgánica lleva el nombre de “órganos del gobierno, atribuciones y competencias”, ubicada en el título VI, comprende cinco capítulos relacionados con la organización del Estado Salvadoreño: “Órgano Legislativo” (arts. 121 a 132), “Órgano Ejecutivo” (150 a 171), “Órgano Judicial” (172 a 190) el ministerio público (191 a 194).

5.5.4. Principios Fundamentales de la Constitución Salvadoreña

Conforme a la ideología adoptada por la Constitución de la República de El Salvador, se puede observar fácilmente los principios fundamentales de: la libertad y la dignidad del hombre, la soberanía popular, el garantismo, la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad, la legalidad, la división de poderes, la representación política, la igualdad, el respeto a la libre asociación, la identidad nacional, la justicia social, el pluralismo, la participación política, etc.

Además comienza a insinuarse en el texto constitucional en el apartado de salud y asistencia pública, una preocupación por la protección del medio ambiente, que pueda afectar la salud de las personas, y así poder garantizar una mejor condición de vida para las generaciones futuras.

5.5.5. Ideología de la Constitución Salvadoreña

La ideología es la concepción sobre la naturaleza del hombre y de la sociedad. Implica una referencia a la filosofía jurídica, caracterizada por la organización de los valores, el predominio de creencias y principios.

La constitución política de 1983, desde sus propios orígenes, tiene una ideología liberal de corte progresista, se nota que en ella tiene gran preeminencia la libertad del individuo en todas sus manifestaciones, los principios de soberanía popular, el principio de legalidad, la división de poderes y la representación política, entre otros aspectos capitales.

También se puede identificar en cierta manera una influencia de la doctrina católica, y los aportes realizados por algunos exponentes de nuestro derecho constitucional, aunque cabe decirlo, que nuestra constitución es un híbrido de muchas otras, al respecto de los derechos naturales del hombre y el reconocimiento de su dignidad, en la preeminencia de los valores sustanciales, también la regulación de las relaciones entre el Estado y la Iglesia.

5.6. Doctrina de la Supremacía Constitucional

En el constitucionalismo moderno se ha elaborado la doctrina de la supremacía de la constitución, referida especialmente al caso del estado que tiene una constitución escrita y rígida. Según los exponentes de esta doctrina a esa Constitución se le considera suprema, o sea, fundamental, y se la ubica en la cúspide de una pirámide (si la imagen se mira de arriba para abajo) o en la base (si se la mira de abajo para arriba).

Cualquiera sea la perspectiva, la constitución encabeza y preside todo el orden jurídico y político del Estado, haciendo derivar de ella las demás normas y los demás actos que integran aquel orden jurídico.

De este modo, se logra un orden coherente, jerárquico y graduado, en el que las normas y los actos se emiten, en su forma y en su contenido, de acuerdo con la constitución. Hay así, un orden de prelación y prioridad, a cuya cabeza o en cuya base está la constitución. El principio de supremacía puede recibir

también el rotulo de superlegalidad, porque la constitución es la súper-ley o ley máxima, que está por encima de las demás y tiene superioridad sobre ellas.

Una vez que se ha situado a la constitución del modo señalado, el principio procede a enunciar que todo el orden jurídico y político del Estado debe estar de acuerdo con la constitución y que no debe violarla, por ejemplo las leyes, decretos, reglamentos, actos administrativos, sentencias, etc. así como también la actividad privada de los particulares, han de conformarse con la constitución y no la deben conculcar. Si la violación se produce, y aparece una norma o un acto infractorios de la constitución. Hay un defecto o vicio que se llama inconstitucionalidad, y que priva de validez a la norma o al acto lesivo de la constitución.

5.7. Orígenes de la Supremacía constitucional

El principio de la supremacía constitucional surgió en la época del constitucionalismo liberal, es decir, con las primeras constituciones.²⁶⁷

Es por eso que no podemos hablar del principio de supremacía de la constitución, antes del constitucionalismo moderno, esto no impide manifestar que antes de estos acontecimientos, hubo, diversos precedentes históricos que contribuyeron en cierto modo a delinear esta importante garantía para la libertad de los pueblos, con diversos matices que a la luz de lo que hoy significa el principio como tal no encaja en el pensamiento jurídico moderno, lo que si se puede afirmar es que el origen de la supremacía de la constitución tal y como se conoce en la actualidad, tiene sus orígenes en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica, y los casos más emblemáticos o de mayor trascendencia son: El Caso de “Thomas Bonhan” y el caso de “Marbury contra Madison”; es de mencionar que en el primer caso

²⁶⁷ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 99

se habla de la contradicción del “common law”, o derecho común, en este no existe constitución escrita a la cual se deba de considerar como suprema, sino que lo que manifiesta es que el derecho común debe de regir las actuaciones de los pobladores en los cuales tienen un sistema anglosajón, sin embargo tiene enorme trascendencia analizarlos a continuación:

El comienzo de la doctrina moderna se encuentra en varios fallos de jueces ingleses, entre los cuales sobresale el del caso del Dr. Bonham (1610). Este médico inglés, ejercía la profesión en Londres, había sido sancionado con arresto y multa por el Real Colegio de Médicos, por no tener autorización de este. Bonham recurrió ante el Juez Coke, sosteniendo que la sanción que se le había aplicado violaba un postulado fundamental del common law: precisamente el que establece que nadie puede ser al mismo tiempo juez y parte. Basaba su argumentación en que el destino de una porción de la multa que le había aplicado el Colegio de Médicos quedaba en poder de este. El colegio, por su lado, argumento la existencia de disposiciones legales que lo facultaban para reglamentar el ejercicio profesional, y castigar con prisión y multa las infracción.²⁶⁸

En la sentencia pronunciada por los jueces del Common Pleas, el juez inglés Sir. Edward Coke aplicando principios del derecho natural, manifestó que “cuando una ley del parlamento es contraria al common law y a la razón o repugnante o de imposible aplicación, el common law prevalece e impone la invalidez de aquella”.²⁶⁹

Puede decirse, en conclusión, que Coke elaboro una teoría que, si bien basada en antecedentes medievales (principalmente del Siglo XIV),

²⁶⁸ Conf. BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco, Bs. As., 1992. Pag. 55

²⁶⁹ BIDEGAIN, Carlos María. *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Tercera edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, pág. 88.

implicaba una nueva formulación jurídica que Inglaterra y su Constitución no estaban preparados para recibir. En cambio, esa doctrina tuvo favorable recepción y se afianzo paulatinamente en las colonias inglesas de América del norte, en buena medida por razones políticas, ya que suministraba el fundamento para desconocer la validez de las leyes del Parlamento que, a juicio de aquellas, desconocían sus derechos establecidos en las leyes fundamentales.²⁷⁰

Y el segundo caso emblemático es el conocido como “Marbury contra Madison”, problemática suscitada en el año de 1803 en los Estados Unidos de América, a raíz de la decisión del juez Marshall considerada como el punto de partida del principio de supremacía constitucional, el control de constitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad. El caso tuvo origen en una confusa situación que comenzó a generarse en las postrimerías del año 1796, durante el último tramo de la presidencia de John Adams.

Este, postulado para la reelección por el Partido Federalista, perdió estrepitosamente la votación, al ser superado por dos candidatos del Partido Republicano: Thomas Jefferson, a quien le iba a corresponder la presidencia, y Aaron Burr, que ocuparía la vicepresidencia. Ante la inminencia del cambio de gobierno, Adams se apresuró a promover diversas designaciones de jueces.

En algunos casos, esos nombramientos fueron notificados a los interesados, pero no así en otros. En tales circunstancias asumió la presidencia Jefferson, quien le ordeno a su secretario de Estado, James Madison, que no efectuara las comunicaciones pendientes, a los efectos de no perfeccionar los nombramientos. Ante esa situación, cuatro de los afectados entre ellos

²⁷⁰ BIDEGAIN, Carlos María. *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 88.

William Marbury era uno de ellos, se presentaron a la Corte Suprema pidiendo que intimara al gobierno a notificarles la designación, conforme surgía de la Judiciary Act de 1789. El fallo de la Corte desestimo la pretensión de Marbury, considerando que la Judiciary Act, al ampliar sus atribuciones originarias previstas en la Constitución, era inconstitucional. Por medio de un brillante voto de su presidente, John Marshall, estableció que si un acto legislativo está en conflicto con la Constitución, es deber del tribunal rehusarse a aplicarlo, porque si así no lo hace se destruye el fundamento básico del constitucionalismo²⁷¹

Como se observa, el derecho anglosajón, es el principal precursor del principio de supremacía constitucional, si bien existieron otros sistemas en los cuales de forma emperica, intentaron en su momento impulsar mecanismos mediante los cuales se protegiera a la carta magna, y que se lograra establecer que esta es el génesis de todo ordenamiento jurídico moderno, por lo cual se debe de proteger y promover su permanencia en el tiempo a fin de consolidar la soberanía que tiene cada pueblo.

5.8. Explicaciones sobre el principio de la supremacía constitucional

El jurista colombiano Pablo J. Cáceres Corrales²⁷² señala que “desde el campo de la metodología jurídica, los franceses dan tres explicaciones sobre el principio de la supremacía constitucional:

- a) Orgánica: La Constitución es un instrumento jurídico superior, puesto que procede de un órgano superior al legislador y a todos los demás poderes que expiden normas jurídicas. Bien se trate del pueblo (nación) o de una asamblea que reciba un mandato de la nación soberana (congreso o

²⁷¹ GABINO ZIULU, Adolfo, “Derecho Constitucional”, ob. cit. pág. 100-101

²⁷² CÁCERES CORRALES, Pablo J. *Crítica constitucional del estado liberal a la crisis del estado providencia*, Santa fe de Bogotá, Banco de la República, Colombia, 1989. Pág. 308.

parlamento, asamblea constituyente o especial, etc.) su nivel es por definición mayor que el legislativo ordinario o el administrativo, instituidos y regulados según el querer de esos cuerpos constituyentes.

- b) Institucional: básicamente en los Estados Federales, “la Constitución fija la “regla del juego” de las más altas autoridades del Estado, determinando ante todo su modo de designación, las reglas esenciales de su funcionamiento y sus competencias respectivas: ninguna de estas autoridades tiene la potestad de menoscabarla”. La distribución de competencias es de gran importancia en el federalismo pues en su complejidad está el fundamento del régimen.

Sin embargo, esta observación es aplicable a otras formas de Estado, puesto que la no confusión de poderes, el señalamiento de las responsabilidades en las distintas ramas del poder, etc., es el estatuto que permite ser operativo al aparato estatal y calificar la legitimidad de sus órdenes.

- c) Fundamentada en la idea de pacto social o de derecho natural: En la Constitución se definen los principios de los cuales se precisa que el objeto de los poderes es el de asegurar la realización de los derechos individuales y sociales de los individuos, de la misma manera que los derechos políticos que resulten de la organización democrática de las instituciones. Tal explicación se apoya en el famoso artículo 16 de la declaración de 1789 “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene una Constitución”. Se resalta, pues, el concepto de la autoridad creada para garantizar la consagración, el ejercicio y la efectividad de los derechos y libertades del individuo, razón de ser del Estado y del derecho en las concepciones revolucionarias francesas del siglo XVIII.”

5.9. Concepto de Supremacía Constitucional.

El jurista Argentino Adolfo Gabino Ziulu²⁷³ manifiesta que “La supremacía de la constitución es uno de los principios básicos en que se asienta el orden constitucional. En su expresión más generalizada, implica reconocer a la constitución como norma fundamental de un Estado, o sea, adjudicarle la calidad de norma superior.”

La constitución es la ley fundamental del Estado, en cuanto representa la base o cimiento sobre el cual se asienta toda la estructura política y jurídica del; y es suprema, además, porque ella está por encima de todas las demás normas jurídicas que constituyen el ordenamiento del Estado.

La supremacía de la Constitución es principio generador de la legalidad y seguridad jurídica. En una organización dominada por un solo hombre o grupo de poder, no hay lugar para los mismos principios de legalidad y de seguridad jurídica, ya que suponen lo arbitrario en un hipotético gobierno.²⁷⁴

El tratadista argentino Humberto Quiroga Lavie²⁷⁵ define la Supremacía Constitucional como “la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado.”

Desde Colombia²⁷⁶ se aporta un extracto de una sentencia pronunciada por los magistrados de la Corte Constitucional de dicho país, en el mismo expreso que “en virtud del principio de supremacía de la Constitución... las

²⁷³ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 97.

²⁷⁴ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1985, pág. 16.

²⁷⁵ QUIROGA LAVIE, Humberto. *Curso de derecho constitucional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 15

²⁷⁶ Sentencia No. C-003 de 14 de Enero de 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, Proceso Acumulado No. D-099, D-125 y D-127.

demás normas deberán desarrollar su contenido y materialmente no podrán contravenir a sus preceptos...”

También encontramos una pequeña definición que brinda el jurista Ermo Quisbert al decir que la supremacía es una “Garantía de relación supra y subordinación de todo el ordenamiento jurídico determinado a la Constitución positiva.”²⁷⁷

5.10. Supremacía Material y Formal

Tradicionalmente se ha sostenido que la supremacía de la constitución tiene dos sentidos fundamentales, la material y la formal esto debido a estar ligada a la ya clásica distinción entre la constitución material y la constitución formal:

a) Supremacía Material: esta hace referencia al contenido, es decir a la materia que las normas respectivas regulan, independientemente de que la forma o los tramites llenados para emitir la ley respectiva, sea más complicada o igual que la de las leyes ordinarias o secundarias; tampoco interesa que la fuente de ese derecho sea la ley o la costumbre.²⁷⁸

En ese mismo sentido se sostiene que la supremacía material es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico-político de un Estado.²⁷⁹

Como se ha desarrollado al inicio de este capítulo, la constitución vista desde el concepto material es aquel conjunto de normas jurídicas que sientan las bases y los fundamentos del Estado; es decir, su forma y tipo de gobierno, y

²⁷⁷ Definición obtenida del sitio web www.ermoquisbert.tripod.com, del libro de Quisbert, Ermo. *Apuntes de los principios constitucionales*, 2006, pág. 32.

²⁷⁸ UZQUIANO, María Antonieta. *Medios de Defensa del Orden Constitucional*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1987, pág. 7.

²⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. *Compendio de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 23.

su régimen político. Como el derecho es de característica evolutiva, en la parte occidental de Europa se considera también materialmente constitucional, el régimen de garantías individuales, al grado que una corriente muy grande de pensamiento afirma que el fin de la constitución política de un Estado es el aseguramiento de la libertad, los que exponen lo anterior consideran que sin garantías individuales no hay constitución alguna, esto a nuestro criterio es un claro postulado a la teoría liberal del derecho, y es por eso que cuando explicamos el origen de este principio nos enfocamos únicamente en el surgimiento del Estado liberal de derecho y su constitucionalismo moderno.

b) Supremacía Formal: se señala que por estar revestida de superlegalidad y supremacía, la constitución impone como “deber ser” que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la viole ni le reste efectividad funcional y aplicativa.²⁸⁰ Esto debido a que la constitución formal como la considera Hans Kelsen es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la reforma de tales normas.²⁸¹

En razón de ello deriva básicamente de los procedimientos especiales que se observan para su emisión y para su reforma, lo que conduce al tema de la rigidez de la constitución, que puede ser absoluta o relativa, según que la reforma sea imposible, requiera trámites especiales, más complicados que los necesarios para emitir una ley secundaria.

El constitucionalismo moderno utiliza la noción de supremacía constitucional, para referirse únicamente a la noción de constitución formal, aquella

²⁸⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. Compendio de Derecho Constitucional, ob. cit. pág. 23.

²⁸¹ García Máynez, Eduardo. *Algunos aspectos de la doctrina Kelsiana*, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1978, pág. 148.

revestida de superlegalidad, la que obliga a las normas jurídicas consideradas de menor rango y todo aquel acto estatal y privado a ajustarse obligatoriamente a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser: todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal.²⁸² Es entonces que a la constitución formal que se inviste de la calidad de suprema.²⁸³

Esta supremacía formal de la Constitución o superlegalidad constitucional ha originado la distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles según contemple o no formalidades especiales en relación a las exigidas para la dictación de las leyes para ser reformadas²⁸⁴

Es por ello que se sostiene, tradicionalmente, que la supremacía constitucional es patrimonio solo de aquellos Estados que tienen constituciones escritas o codificadas, caracterizadas por su rigidez. En principio, tal aseveración parecería tener sólidos fundamentos: si las constituciones flexibles pueden ser modificadas por leyes ordinarias posteriores, la supremacía de aquellas deviene notoriamente diluida.

Se piensa, empero, que aun en estos casos es dable la referencia al principio de supremacía, porque incluso en los Estados con esas características siempre son distinguibles los principios y las normas fundamentales de aquellas que no lo son; y cuando se trata de modificar los primeros, hay una conciencia social y política que percibe que se está alterando un contenido esencial.²⁸⁵

²⁸² BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Argentino, ob. cit. pág. 77.

²⁸³ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 37.

²⁸⁴ CANTOR, Ernesto Rey. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Departamento de publicaciones de la Universidad libre de Cali, Colombia, 1994, pág. 13

²⁸⁵ GABINO ZIULU, Adolfo, ob. cit. pág. 98.

En razón de lo anterior se puede decir, que no importa que la constitución este formalmente consagrada, la supremacía constitucional ampara tanto los contenidos materiales como los formales de la constitución, recuerdese que en la actualidad, el constitucionalismo moderno ha establecido las formas por las cuales se puede modificar la constitución, es decir, esta se puede mutar a través de las leyes ordinarias, lo que reviste por su propia materia esa superioridad, puesto que sus normas son propias del Poder Constituyente, que es el poder originario y supremo del pueblo, por medio del cual el Estado se organiza en sus bases fundamentales.

5.11. La supremacía en el ordenamiento Jurídico

La doctrina moderna de la supremacía presupone que el orden jurídico no es caótico ni desordenado, sino que su ramificación se integra en una gradación jerárquica y escalonada que conoce planos subordinantes y subordinados, por lo que este principio es el rector del ordenamiento jurídico.

Por este se entiende aquel conjunto de normas jurídicas expedidas por los órganos del Estado facultados por el Constituyente o el legislador para ello. Se entiende por normas jurídicas las leyes, los decretos del ejecutivo con o sin fuerza de ley, las ordenanzas municipales, sentencias judiciales. Esto es a groso modo el orden jerárquico de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico Salvadoreño.

El conjunto normativo que integra el ordenamiento jurídico está subordinado a la normatividad constitucional, lo que implica que la norma inferior debe de estar subordinada y guardar enorme armonía con la norma suprema, la Constitución de la República de El Salvador, por encontrarse sometida a esta. Cabe mencionar que la supremacía conlleva a la distinción de dos tipos de normas jurídicas.

Sostiene Alejandro E. Ghigliani²⁸⁶ que el problema del “control de constitucionalidad se plantea dentro de un orden jurídico en que pueden distinguirse dos categorías de normas positivas:

- a) Una de jerarquía superior, las llamadas “normas constitucionales”, que instituyen los órganos creadores del derecho con su respectiva competencia, establecen las reglas básicas que rigen el funcionamiento del Estado y reconocen, a la vez, los derechos esenciales de los individuos.
- b) Y las de jerarquía inferior, conocidas también como “normas ordinarias”, que actuando dentro de su respectiva competencia producen los órganos creados, como se ha dicho, por las normas constitucionales.

En el ordenamiento jurídico constitucional Salvadoreño se distinguen dos categorías de normas jurídicas:

- 1) Normas especiales o de mayor jerarquía son las llamadas normas constitucionales.
- 2) Normas ordinarias o de menor jerarquía: leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos municipales.

Según Hans Kelsen²⁸⁷ “la norma superior es aquella que constituye el fundamento de otra: es superior con respecto a esta otra, que aparece entonces como inferior a ella”.

5.12. Supremacía en la Jerarquización de las normas jurídicas.

La Supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos.

²⁸⁶ GHIGLIANI, Alejandro E. “Control jurisdiccional de constitucionalidad”, Editorial Roque Depalma Editor, 1952, pag. 1.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Dalloz, Paris, Francia, 1962, pág. 255

Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto, que llamamos “inconstitucionalidad o “anti-constitucionalidad”.²⁸⁸ Si en el caso del Estado Salvadoreño tuviese la misma jerarquía y, por ende, el mismo valor todas las normas jurídicas: Constitución, leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, etc.

Ello, además de ser utópico, de existir, traería una terrible anarquía, inseguridad y confusión, mayor si se tratara de un Estado Federal, en el que hay ordenamientos de carácter federal y ordenamientos de carácter local. Surge así la imperiosa necesidad de la gradación jerárquica de las distintas especies de normas que imponen el principio de unificación y de fundamentación del orden jurídico nacional.²⁸⁹

Hans Kelsen expone en su obra denominada Teoría pura del Derecho que “el sistema jurídico no es un sistema de normas jurídicas situadas todas al mismo nivel, sino un edificio de varios pisos superpuestos, una pirámide o jerarquía formada de un cierto número de pisos o capas de normas jurídicas.”²⁹⁰ En otras palabras, las normas jurídicas no están mezcladas indistintas unas con otras, ni ubicadas en un mismo plano jerárquico, sino que se encuentran ubicadas en una escala de jerarquías, la cual indica la forma en que serán tratados en un ordenamiento jurídico.

Además dice el mismo Kelsen²⁹¹ que el derecho regula su propia creación, en cuanto a que una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma.

²⁸⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ob. cit. pág. 78.

²⁸⁹ POLO BERNAL, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*, ob. cit. pág. 13.

²⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit. pág. 299

²⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit. pág. 109

La unidad de todo sistema jurídico lo constituye, precisamente, la norma de más alto grado, la norma básica o fundamental, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico de una nación y la legitimidad de la autoridad.

Es la constitución, el nivel más alto dentro del derecho nacional, la premisa mayor de la que las demás normas jurídicas derivan sus conclusiones, fuente en donde las leyes corren por su cauce. Ley fundamental cuya función consiste en regular los órganos y el procedimiento de la propia producción jurídica general, la cual, en algunos casos, prescribe su contenido.

Por tanto, la Constitución está en la cúspide del orden jurídico nacional y esa supremacía de la Constitución en el Estado confiere a esta la cualidad de medida y sustento superior de la regularidad jurídica.

Es por ello que utilizando la figura geométrica piramidal Kelseniana en el ordenamiento jurídico salvadoreño, observamos que las normas se encuentran jerarquizadas y escalonadas de la siguiente forma.

a) Normas de Orden Jurídico Superior

Las normas de orden jurídico superior son por definición supremas y se hallan consagradas en la Constitución. La norma suprema se aplica en todo el territorio nacional y está por encima de la legislación ordinaria.

b) Norma de Orden Jurídico Inferior

Las normas de orden jurídico inferior son todas las normas ordinarias: Leyes decretos, ordenanzas y acuerdo.

Mención especial merecen los Tratados internacionales, firmados y ratificados por El Estado Salvadoreño, nuestra constitución no establece la jerarquía que poseen los mismos en nuestro ordenamiento jurídico, sin

embargo establece que en caso de conflicto entre la ley y el Tratado, prevalece este último, de que no es que un tratado tenga primacía sobre la ley ordinaria, pero se le reconoce cierta superioridad al momento de interpretar una posible contradicción entre ambos, y que en virtud de los compromisos adquiridos por el Estado ante la comunidad internacional, se debe de honrar lo convenido en el tratado objeto de contradicción con la norma secundaria, pero el problema es que la constitución de forma indirecta se declara inviolable al manifestar que ninguna disposición se puede aprobar si esta violenta a la misma constitución.

5.13. La supremacía en relación con la rigidez de la constitución

La doctrina de la supremacía, que funciona tan intercomunicada con las constituciones escritas, se vincula además con las rígidas. La constitución rígida – normalmente codificada – resume o agrupa sus normaciones rodeándolas de una garantía de permanencia, en cuanto remite su modificación o reforma a un mecanismo distinto al de las leyes ordinarias.

Se advierte que el texto constitucional rígido asegura de esta manera su supremacía, sustrayendo su enmienda a las leyes comunes y, por supuesto, a cualquiera otra vía distinta de la arbitrada por la propia constitución para su revisión.

Cualquier desviación que signifique ruptura con la constitución implica una actividad inconstitucional, que nulifica el contenido y la forma de esa actividad, sea legislativa o de cualquier otra índole²⁹². En verdad, en la afirmación de la supremacía y en el rechazo de las violaciones a la constitución palpita la noción que, cuando la constitución es vulnerada, lo que en rigor y en verdad está ocurriendo es una modificación indebida de

²⁹² BIDART CAMPOS, Germán J. *La Interpretación y el control constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 46

ella. Si los actos inconstitucionales valieran, se frustraría el sentido de la constitución suprema y rígida.

5.14. Supremacía constitucional como necesidad jurídica histórica

Durante el desarrollo de la investigación que se ha realizado, surgen diversos escenarios a los cuales pretendemos brindar mejores herramientas para que el lector comprenda de la situación actual de la supremacía de la constitución, es por ello que resulta necesario explicar el verdadero motivo por el cual se debe considerar a la constitución como suprema.

Explica Bidart Campos y Carnota que la primera cuestión se despeja si se tiene en cuenta que la constitución codifica los principios rectores del sistema político considerado, incluyendo, claro está, los derechos básicos de la persona y el diseño del plan de gobierno. Y que ello traduce una idea de ingeniería política que redundaba en beneficio de los destinatarios del poder político. Para el constitucionalismo clásico, sin dudas, la directiva que debía respetar la carta constitucional era la libertad del hombre.

A modo de ejemplo y sin mutar su naturaleza pero con un significativo cambio de enfoque, el constitucionalismo social sobreviniente a México y a Weimar entendió que la libertad con solidaridad era el eje vertebral por el cual debía pasar en el futuro todo emprendimiento constitucional. Así el derecho constitucional Marxista interpreto que otros eran los pilares sobre los que descansaría la matriz constitucional: la igualdad económica.²⁹³

Debe mencionarse que no existe en el derecho constitucional comparado un único modelo de supremacía constitucional, por la sencilla razón de que existe pluralidad de esquemas ideológicos que la sostienen.

²⁹³ BIDART CAMPOS, Germán y Carnota, Walter F. *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Ediar, Tomo I, Bs As, Argentina, 2001, pág. 97.

5.15. Supremacía Constitucional y el Derecho internacional publico

Ante el avance del derecho internacional público y la práctica de organismos internacionales de celebrar convenciones universales (y no meramente multilaterales) se plantea el problema de la relación entre el derecho internacional y el constitucional con una intensidad y unas características muy peculiares. Ahora solo se va a enfocar el caso de las constituciones rígidas que, revestidas de supremacía, no toleran una primacía del derecho internacional.

No cabe duda que, a menos que la constitución prevea de algún modo la prelación del derecho internacional, su supremacía vinculada con la rigidez descarta la prioridad del derecho internacional público. Por ahora, y mientras la constitución formal no habilite su subordinación a tal derecho, parece que no es compatible anteponerla a la constitución, porque la doctrina de la supremacía es indeclinable.

Doctrinariamente, y de lege refrenda, nos agrada auspiciar que, sin abdicar de la supremacía, sean las propias constituciones las que antepongan a ella el derecho internacional público, contractual o no.²⁹⁴

En el sistema jurídico Salvadoreño, a falta de una norma constitucional que ceda el rango prioritario al derecho internacional, se ha de mencionar que la supremacía de la constitución rígida obliga a situar a ese derecho por debajo de ella, además no se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales por lo que los tratados deben estar de conformidad con los principios de derecho público de la constitución, es decir no pueden enervar su supremacía.

²⁹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. ob. Cit. pág. 61.

5.16. Reconocimiento de la Supremacía Constitucional en El Salvador

Prácticamente en todas las constituciones latinoamericanas aparece una declaración expresa que legitima el principio de la supremacía constitucional. En nuestra ley fundamental, carta magna o norma primaria, de cualquier forma en que se desee llamar, esa declaración esta diseminada en diversos artículos de la Constitución Salvadoreña, que a través de una interpretación amplia de la misma se puede llegar a la conclusión del reconocimiento de la supremacía constitucional por parte del legislador constituyente de 1983, manifestada en la constitución de la misma fecha, partiendo de lo anterior se puede mencionar los artículos siguientes:

El artículo 144 de la Cn. que establece que: *“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.... La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”*

De la lectura de la disposición constitucional se puede constatar que le otorga el rango jerárquico de norma ordinaria con ciertas particularidades, al decir que constituye ley de la república, se refiere a que es de carácter obligatorio para todos los habitantes que se encuentren en el territorio de la República, no es que el tratado pase por el proceso de formación de ley que reconoce nuestra constitución, si no que estos, pasan por un proceso especial de recepción del tratado, tal y como se explicó en el capítulo dos de esta investigación, cuando se habla de los sistemas de recepción de los tratados, que en El Salvador se aplica el sistema de transformación en la recepción del tratado. El artículo 145 Cn dispone que: *“No se podrán ratificar*

los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes.... Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República.”

Este artículo en su inciso primero es el que garantiza en gran medida la supremacía de la constitución frente a cualquier instrumento jurídico internacional que se pretenda celebrar con nuestro país, este artículo es tajante al expresar que por ningún motivo se debe de ratificar un tratado que violente lo estipulado en nuestra constitución, claro, es de traer a mención el caso de los convenios 87 y 97 de la OIT, como se ha explicado en reiteradas ocasiones estos fueron declarados inconstitucionales por Sala de lo constitucional en el año 2007, y esto derivó en las presiones de gobiernos de la Unión Europea, hacia el gobierno Salvadoreño de turno, al final todo se resolvió por medio de una reforma constitucional realizada por la asamblea legislativa en su momento.

Siempre en la misma lógica el artículo 149 Cn señala que: *“La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.... La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.”*

Con el fin de proteger el contenido constitucional, el legislador constituyente considero a bien dejar despejada cualquier duda que pudiese surgir en razón de dicha problemática, al otorgarle facultades a los diversos jueces que componen el aparato de administración de justicia Salvadoreña, de en las causas de su conocimiento considerar si una disposición producto de un tratado internacional es contraria a la constitución este, se encuentra en la

obligación de no aplicarla en razón de la protección a la constitución nacional. Y por último el artículo 246 Cn consagra lo siguiente: *“Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.... La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado.”*

Luego del análisis sobre las disposiciones anteriores, resulta fácil, decir que la Constitución de El Salvador reconoce la supremacía constitucional frente a cualquier otro instrumento jurídico que pretenda poner en problemas a la misma constitución, el artículo anterior menciona que La constitución prevalece sobre todas las leyes, cualquier persona podría decir que no menciona a los tratados internacionales, pero, luego de haber integrado a las disposiciones constitucionales anteriores se puede decir en base a la hermenéutica jurídica como principal herramienta interpretativa que es en este último artículo en comento, en que se incluye a los tratados internacionales, porque ya con anterioridad se dijo que los tratados al entrar en vigencia en el país, se convierten en leyes de la República, por lo tanto, la Constitución le otorga un rango inferior y de subordinación a la primera con el fin de organizar el sistema jurídico Salvadoreño.

5.17. Principios conexos con la supremacía constitucional

Bidart Campos²⁹⁵ considera que aunque algunos de estos principios emergen diluidos, conviene sistematizarlos. Estos principios son:

- a) El orden jurídico-político es un sistema de unidad coherente, y jerárquicamente escalonado, que impone la compatibilidad vertical y horizontal de las diferentes normas.

²⁹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, ob. Cit. pág. 77.

- b) La constitución suprema es rígida
- c) El poder constituyente tanto originario como derivado, se distingue formalmente del poder constituido.
- d) La supremacía constitucional envuelve, primordialmente, el sentido de una garantía a favor de los individuos frente al Estado.
- e) Las competencias que atribuye la constitución a los órganos de poder se han de ejercer dentro del marco de la constitución.
- f) Los derechos y garantías reconocidos por la constitución no pueden ser alterados por ningún acto de poder.
- g) El contenido de los actos de poder cumplidos en ejercicio de las competencias y la reglamentación de los derechos y garantías deben ser razonables.
- h) La constitución no puede ser alterada por acuerdo de partes.
- i) Se hace necesario un sistema de revisión o de control para asegurar la supremacía y nulificar la infracción a la constitución.
- j) En la estructura jurídica-política salvadoreña se da una prelación de la constitución sobre todo el ordenamiento (Leyes, reglamentos, ordenanzas, decretos, tratados, etc.).
- k) El derecho internacional público no prevalece sobre la constitución, debido al artículo expuesto en el punto anterior, en razón de la rigidez de nuestra constitución.

5.18. Estado de derecho y el control de la constitucionalidad

La supremacía constitucional sería un principio meramente retórico o declarativo si no estuviera acompañado de un instrumento con eficacia suficiente para resguardarla de los posibles ataques que pudiera sufrir. Esta tutela puede ser conseguida mediante el control de constitucionalidad, que es el régimen con el cual se asegura la supremacía constitucional. En virtud de su aplicación, las leyes y actos contrarios a la ley fundamental se

convertirían en ineficaces o inválidos, por ser inconstitucionales o anticonstitucionales.

El jurista Venezolano Allan R. Brewer-Carias²⁹⁶ dice que “entre las consecuencias fundamentales de esta supremacía constitucional debe destacarse el de la necesaria sujeción de todos los actos dictados por órganos públicos a los preceptos constitucionales. Ello implica, para que el Estado de Derecho tenga sentido y coherencia, la nulidad de todo el acto del Estado dictado en contravención de las disposiciones del texto fundamental. Por ello, el Estado de Derecho no estaría completamente estructurado, si el ordenamiento jurídico no estableciera diversos mecanismos para asegurarle a los ciudadanos la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los actos estatales. En el establecimiento de estos controles esta una de las garantías constitucionales de los derechos del hombre”.

En una de las características del Estado de derecho el que esté reconocido jurídicamente el control constitucional que constituye una limitación más al ejercicio del poder político, en aras de la protección de los derechos humanos, principalmente. Los sistemas de control de constitucionalidad ofrecen múltiples variantes, según el órgano que lo lleve a cabo, el modo de promoverlo y los alcances o efectos de la eventual declaración de inconstitucionalidad, este tema será desarrollado con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

5.19. La Constitución y los Tratados Internacionales

Un punto especialmente delicado es el de la constitucionalidad de los tratados y más instrumentos internacionales. En primer término, es obvio que

²⁹⁶ BREWER-CARIAS, Allan R. *El control de la constitucionalidad de los actos Estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1977, pag. 17.

su negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigencia, tienen que seguir las normas constitucionales, pues de otro modo serían formalmente inconstitucionales.

Por otra parte, lo mismo que las leyes internas, deben guardar conformidad con las disposiciones materiales de la Carta Política, no oponerse a ellas, pues si se produjere esa anomalía serían materialmente inconstitucionales.

Ahora bien, una vez ratificado un tratado y canjeados los instrumentos de ratificación, en el orden internacional el tratado tiene plena validez, y se sustrae a la simple declaración de cualquier autoridad o poder interno de un país, en lo relativo a su validez. Luego, si hay una causa de inconstitucionalidad, sea formal o material, este es un problema que debe resolverse no solo atendiendo a las normas internas del Estado, sino respetando los principios y disposiciones del derecho internacional.

El Estado que llegare a la conclusión de que un tratado válidamente celebrado y ratificado resulta inconstitucional, deberá o bien revisar y reformar su derecho interno o acudir a los procedimientos aceptados por el derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo, ejemplo claro que se puede apreciar, fue la declaratoria de inconstitucionalidad de los convenios de 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo,²⁹⁷ cuyas consecuencias fueron de carácter económicas, a lo cual los gobernantes de turno, llámense a estos Presidente del Órgano ejecutivo, diputados de la Asamblea Legislativa e incluso magistrados de la Corte suprema de justicia, tuvieron que “ponerse de acuerdo”, para evitar perder privilegios concedidos por la Unión Europea a

²⁹⁷ Sala de lo Constitucional, sentencia declarando inconstitucionales los convenios de la OIT n° 87 y 98.

aquellas exportaciones de los países fuera de la unión, a lo cual en el dos mil nueve se reformó la constitución para así poder darle paso a lo pactado en los convenios.

En principio, las declaraciones de la supremacía constitucional llevan a pensar que la derogación es absoluta, total y sin reservas; pero si se medita mejor las cosas hay que distinguir algunos casos especiales en los que la regla de la derogación automática no puede funcionar.

Concretamente, hay reglas constitucionales de carácter muy genérico o programático, que requieren de una nueva actividad legislativa que las especifique para llegar a tener pleno vigor.

No hay mayor dificultad teórica en la aplicación del principio de la superioridad jerárquica de la Constitución respecto de las demás leyes del país, pero si se han hecho reparos sobre la relación de la Ley Suprema con los tratados internacionales.

Efectivamente, el ejercicio de la soberanía del Estado parece exigir que siempre prevalezca la Constitución, incluso sobre los convenios o tratados internacionales. Muchos autores, no admitían que de ninguna manera pudiera imponerse una norma no emanada del parlamento, una regla ajena al sistema jurídico interno.

Pero, bien observado el problema, los tratados implican el mismo ejercicio de la soberanía que las leyes internas. La soberanía consiste en el poder de decidir en última instancia, y existen dos vertientes de aquel poder soberano: la ley ordena las relaciones internas y el tratado se refiere a las relaciones internacionales.²⁹⁸

²⁹⁸ LARREA HOLGUÍN, Juan. *Supremacía de la Constitución y los tratados internacionales*, revista de derecho UASB-Ecuador /ICEN, Quito, 2003, pág. 245.

5.20. La Supremacía constitucional frente a la problemática que se genera entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

La relación entre ambos sistemas jurídicos sigue constituyendo un problema central del Derecho internacional. Pero desde un punto de vista metodológico debería serlo también para el Derecho interno estatal, en especial para el constitucional.

El estudio de esas relaciones puede hacerse de una doble vertiente: una teórica y abstracta, que necesariamente presenta conexiones con la Filosofía del Derecho. Otra de Derecho positivo que se preocupa por las conexiones posibles entre esos diferentes sistemas que, a su vez, permite dos vías. La primera y más importante estudia la recepción o incorporación de las normas internacionales en los distintos sistemas jurídicos estatales, y necesariamente ha de hacerse sobre una cierta base de Derecho comparado. La segunda estudia la consideración que para el Derecho internacional público, merecen las normas de los ordenamientos jurídicos estatales.

Los aspectos teóricos de esta relación ocuparon en la doctrina del Derecho internacional una parte importante, que parece desmesurada. Esa especulación doctrinal contribuyó a embrollar las soluciones prácticas adoptadas por los sistemas positivos de los diferentes Estados. No obstante, conserva su valor puesto que el conocimiento esquemático de esas especulaciones doctrinales proporciona un armazón de conceptos útiles para entender los matices de esa relación entre sistemas jurídicos.

La relevancia normativa de las reglas jurídico internacionales dentro de los diferentes sistemas jurídico estatales depende de factores varios, pero no es el menor la idea que el legislador constitucional u ordinario se hace de la significación e importancia del Derecho internacional.

Desde el punto de vista de la historia de las ideas iusinternacionales debemos atribuir esta cuestión al positivismo jurídico. Fue este quien se planteó por primera vez los problemas de creación normativa, validez y concatenación de estas normas, así como sus relaciones con las de otros sistemas jurídicos.

En el capítulo primero de la presente investigación, se ha desarrollado con mayor amplitud esta temática, sin embargo se considera a bien mencionar su relación específica con la supremacía constitucional, lo cual se desarrollara de forma somera, en primer lugar, el análisis de las teorías que fundan el Derecho Internacional en el Derecho interno de los Estados (monismo con primacía del Derecho interno). Después se trata de superar de este por el denominado dualismo, y terminar analizando al realizar el examen de algunas manifestaciones doctrinales de la concepción monista que se apoya en la primacía del Derecho internacional sobre el interno.

Toda esta especulación teórica ha sido conocida como el problema de la fundamentación del Derecho internacional. Las distintas tesis doctrinales buscan un fundamento a la validez y, por tanto, de la existencia del orden jurídico internacional.

- a) Monismo con primacía del derecho interno: Es una posición propia del positivismo del pasado siglo que identifico regla jurídica y Derecho con voluntad del Estado, el monismo con primacía del Derecho interno es la consecuencia de la teoría de la soberanía estatal absoluta, que lleva a la negación del Derecho internacional público como verdadero Derecho. La raíz filosófica de esta posición hay que buscarla en el sistema hegeliano. Para Hegel el Estado es la suprema realización de la idea ética, la encarnación del absoluto y, necesariamente, este absoluto tiene que reconocerse como un poder ilimitado sin admitir

recorte alguno a su libertad. Este no es otra cosa que un Derecho estatal externo, que descansa en voluntades soberanas distintas. Ahora bien, tal Derecho estatal externo, que es una parcela del sistema jurídico total de cada Estado y sobre el que este conserva un libérrimo poder de disposición, ataca de raíz la esencia misma del Derecho internacional como sistema jurídico vinculante, limitativo de la libertad originaria de los Estado.

Las consecuencias de esta posición doctrinal es evidente: a tesis monista con primacía del Derecho interno fractura, en primer lugar, la misma noción del Derecho internacional como sistema jurídico unitario con identidad propia. Habría así no uno sino muchos Derechos internacionales, en función de la noción nacionalista que cada Estado se hiciera del Derecho internacional. En última instancia esta posición lleva a la negación misma del Derecho internacional.

- b) El Dualismo explica que el Derecho internacional público y el derecho interno son sistemas lógicamente separados: Esta teoría menciona que el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas jurídicos diferentes, independientes y separados. De acuerdo con el Derecho Internacional y el interno se menciona que no son solo ramas distintas, sino también sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos en íntimo contacto pero no se superpone jamás puesto que ambos derechos no están destinados a reglamentar las mismas situaciones, es imposible que haya una concurrencia entre las fuentes de los dos sistemas jurídicos.
- c) Monismo con primacía del Derecho Internacional: Esta posición considera que el Derecho internacional es un orden superior y que de él dependen los sistemas jurídicos de los Estados. En cierto sentido la

potestad normativa de estos actuaría por delegación del orden jurídico internacional y en los ámbitos competenciales fijados por el.

5.21. Principio de Primacía del Derecho Internacional

Enrique Pecourt García observa, con indudable acierto, que la gran dificultad y, al mismo tiempo, el mayor atractivo que el derecho internacional presenta a sus precursores y defensores, vienen dados por su absoluta problemática.²⁹⁹

Y ello es así, porque a ninguna otra rama del derecho se le plantea normalmente, como requisito, previo a su estudio, el tener que explicar: el problema de su exigencia como ordenamiento jurídico y el problema de su fundamentación u obligatoriedad jurídica.

Estas dos cuestiones son, normalmente, objeto de la filosofía del derecho, y por ello no son estudiadas dentro de otras ramas del derecho, como el civil o laboral. Sin embargo, el derecho internacional constituye una excepción, pues esta problemática es, habitualmente, en referencia obligada para los tratadistas de esta materia.

Junto a los temas indicados, y previo el reconocimiento del carácter jurídico del derecho internacional, se plantea la cuestión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Lo que se pretende aportar, son las herramientas que puedan contribuir al debate de este tema que se desarrolla a pesar de las limitantes doctrinarias que existen en el medio, ya que en virtud de la constitución se considera que el debate sobre la problemática está cerrado, sin embargo es necesario realizar nuevos aportes, que ayuden a generar un nuevo pensamiento

²⁹⁹ PECOURT GARCÍA, Enrique. *Tendencias actuales de la doctrina italiana de derecho internacional público*, Valencia, Instituto Alfonso El Magnífico, 1965, pág. 19.

jurídico Salvadoreño al respecto, fácilmente pudimos desarrollar la supremacía constitucional sin plantear o darle oportunidad a su “contraparte”, de explicar por qué se debe contribuir como futuros profesionales a generar debate sobre este problema de índole jurídico, es por ello que decimos que el llamado Principio de la Primacía del Derecho Internacional, que se ubica dentro de la problemática general de las relaciones entre los ordenamientos internacional e interno, igualmente, dentro el considerar que algunos internacionalistas dicen que el derecho internacional en particular un tratado internacional, tiene prelación sobre el derecho interno, durante el desarrollo de esta temática estableceremos ciertos criterios por los cuales es necesario su estudio amplificado.

Existen serias dificultades doctrinaria para poder brindar un concepto de lo que es el principio de primacía del derecho internacional, por lo que se entiende como aquel principio que rige la aplicación del derecho internacional en los tribunales internaciones y, debe, en igual forma, presidir su aplicación por los órganos internos del Estado, sean judiciales o administrativos, porque, no solo es una norma de derecho internacional consuetudinario sino, también convencional, siempre tomando como base su preeminencia sobre las normas de derecho interno, garantizando así su efectiva aplicación.

La jurisprudencia internacional ha sostenido el postulado de la primacía del Derecho internacional, dicha primacía no se sustenta en la Constitución de los Estados miembros sino en la naturaleza y caracteres específicos del propio Derecho Internacional y de la Comunidad Internacional. Todo Estado, independientemente de los preceptos constitucionales, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en la época de la Sociedad de las Naciones, y el actual Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas han mantenido de forma constante que el

derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado según el Derecho internacional consuetudinario ni sobre sus obligaciones, según el Derecho internacional convencional y en consecuencia un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le impone el Derecho internacional o los tratados en vigor.

La primacía de los Tratados internacionales jamás ha sido justificada por la jurisdicción internacional en las Constituciones estatales. Los propios Estados han corroborado este principio general del Derecho relativo a la no invocación del derecho interno frente al tratado internacional, ligado íntimamente al principio *pacta sunt servanda*.

5.22. Acepciones del principio de primacía del Derecho internacional

La primacía del derecho internacional, tiene dos acepciones fundamentales: a) el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales y b) la prevalencia del ordenamiento internacional sobre el interno.

a) Adecuación de la legislación interna: esta acepción del principio de primacía del derecho internacional, tiene enorme relación con el principio de responsabilidad internacional que tienen los Estados partes de la convención de Viena, así como los instrumentos internacionales que estos suscriban con otros Estados u organismos internacionales.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, para el tema de la responsabilidad internacional del Estado, manifiesta que uno de los principios más firmemente reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia y la practica internacionales es el de que un Estado no puede prevalerse de las deficiencias de su organización interna para

sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por ello, si el Estado se abstiene de observarlas incurre en responsabilidad internacional.

Para el cumplimiento de algunas de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, este no puede utilizar sino medios específicamente determinados obligaciones de comportamiento o de medios; para otras, en cambio, el Estado puede elegir entre una pluralidad de medios-obligaciones de resultado.

La responsabilidad al Estado por el hecho internacionalmente ilícito se le atribuye como consecuencia del comportamiento de cualquiera de sus órganos, determinados por su derecho interno, siempre que hayan actuado irrespetando lo pactado en el instrumento internacional. De allí la gran importancia que tiene el que los Estados encargados de la aplicación de los tratados internacional tengan conocimiento de las obligaciones del Estado, y, muy especialmente, del principio de la primacía del derecho internacional, pues, en muchas oportunidades su desconocimiento puede llevar al Estado a una situación de responsabilidad internacional.

Los Estados, por ser, en principios, jueces y ejecutores del ordenamiento internacional, reclaman directamente la debida aplicación del derecho internacional, el reconocimiento de un derecho del Estado reclamante o la reparación del hecho internacionalmente ilícito. Para ello disponen de los medios diplomáticos – reclamación ante el otro Estado-, o bien, de los medios de auto tutela, es decir cuando el Estado reclamante incrementa su nivel de presión sobre el Estado perjudicante mediante la utilización de medidas lícitas, pero extremadas, o incluso, de medidas ilícitas que

resultan condonadas por la existencia de un hecho ilícito, previo, por parte de otro Estado”.

- b) **Prelación del Derecho:** El principio de la primacía del derecho internacional, en su segunda acepción, indica que las normas del ordenamiento interno no pueden prevalecer, es decir tener cierto grado de superioridad sobre las normas del derecho internacional. Sin adentrarse al análisis de las normas internacionales, cuyo cumplimiento imperativo ha sido aceptado por la comunidad internacional, se constató y reitero en el artículo 53 de la convención de Viena de 1969.³⁰⁰ El precepto de la prelación, es, indudablemente, el fundamento de la jurisprudencia internacional y de la práctica de la mayoría de los Estados, con el fin de asegurar la preeminencia del derecho internacional.

5.23. Argumentos a favor de la supremacía de los Tratados

Según el moderno derecho internacional cada Estado genera con potestad soberana su orden jurídico interno y participa con los demás Estados, en una relación de igualdad jurídica, en la elaboración del tratado de integración. De la coexistencia de estos sistemas jurídicos, el uno internacional y los demás de derecho interno, se derivan problemas atinentes a sus relaciones.

El primero de estos problemas consiste en determinar si los tratados internacionales de integración son de aplicación directa en el ámbito interno de los Estados o si es necesaria una norma del derecho nacional que lo integre a este sistema jurídico.

³⁰⁰ Convención de Viena, sobre derecho de los tratados, 1969, artículo 53: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

El segundo problema -dada ya por supuesta la integración del tratado respectivo en el derecho interno- radica en establecer su relación jerárquica con las normas del derecho nacional. Ambos interrogantes, aplicación directa o no y jerarquía han sido encarados de manera distinta, a través del tiempo, por la doctrina, la práctica internacional y los distintos derechos internos.

La práctica internacional revela que el derecho internacional no regula en forma directa lo atinente a la manera en que sus normas se integran en los distintos derechos internos. El derecho consuetudinario internacional establece que el método por el cual un Estado pone en vigencia los derechos y obligaciones internacionales dentro de su ámbito es materia reglada por el derecho interno de cada Estado.

Desde el enfoque interno, los Estados pueden disponer la directa aplicación de las normas internacional o bien, establecer que las normas internacionales deben ser incorporadas a través de disposiciones de derecho interno que operen la transformación de las normas internacionales en normas internas.

Igual diversidad de criterios se manifiesta también en lo que respecta a la jerarquía que se les asigna a las normas de derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales. Si éstos, en general, afirman la prevalencia de los principios constitucionales con relación a las normas internacionales, difieren las soluciones cuando se trata de determinar la prelación o jerarquía entre éstas y las leyes internas.

Con el pasar de los años el principio de primacía de derecho internacional ha ido ganando terreno, por ejemplo vemos el caso de la Unión Europea, con su derecho "comunitario", este, no es más que una derivación lógica del derecho internacional, ya que los Europeos, consideran que no pueden tratar sus necesidades bajo la figura del derecho internacional, sino que, resulta

necesario la creación de una nueva corriente internacionalista, que logre diferenciarlos del resto de los integrantes de la comunidad internacional, por lo que nosotros afirmamos que por más que se trate de desmarcar del derecho internacional, el derecho comunitario es una expresión de la integración internacionalista de los Estados, y no dudamos que en nuestra región pueda surgir un enfoque diferente al que hemos estado sosteniendo durante muchos años.

Incluso en la propia constitución en su artículo 89 Cn,³⁰¹ se exclama que el Estado Salvadoreño debe de propiciar la reconstrucción total o parcial de la República Federal Centroamericana, si partimos de esta idea, es de reconocer que al darse esta posibilidad, en razón a las reglas y principios que rigen el derecho comunitario, el Estado Salvadoreño estaría cediendo ciertas atribuciones soberanas a la hipotética Unión Centroamérica, en este aspecto la constitución tiene un corte internacionalista e integracionista, ganando enorme apoyo el derecho internacional, a pesar de que la constitución Salvadoreña es de corte rígida, no deja cerrada la posibilidad de que el derecho internacional pueda en cierta medida llegar a tener un mayor protagonismo en el ordenamiento jurídico, si le exige el respeto a ciertas garantías y principios que se consagran en la misma constitución, resulta necesario realizar una revisión técnica jurídica de la postura frente al derecho internacional, porque tarde o temprano se dejara de vanagloriarse de que en el país prevalece la constitución; es de recordar que el derecho tiene la característica que es cambiante, y no cabe dudas que en algunos años

³⁰¹ Constitución de la República de El Salvador, 1983, artículo 89 inc 2° “*El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismo con funciones supranacionales.....También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes.... El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular.*”

habrán nuevas posturas que propongan un cambio de actitud frente al derecho internacional.

5.24. Convenio de Viena refuerza la superioridad de un Tratado frente al derecho interno

Cabe mencionar que a manera de estudios los artículos 26 y 46 de la Convención no permiten que, en general, los Estado excusen su incumplimiento de un tratado aduciendo falta de conformidad del derecho interno. Luego, alguno rápidamente concluyen que el tratado esta por ello encima de cualquier norma interna, incluida, por supuesto, la Constitución. Al respecto vale puntualiza:

- a) El convenio de Viena, también llamado El tratado de los tratados, fue firmada por El Salvador y por otros países, sin embargo hasta la fecha no la ha ratificado.³⁰² Por lo que, su jerarquía es la que determine la Constitución de 1983, y no la prevista en el mismo Convenio, ya que esto solo rige para aquellos países que le han otorgado este nivel a los tratados internacionales.
- b) El mismo convenio contempla un caso en que el derecho interno está por sobre el tratado: cuando la norma nacional muestra de *forma manifiesta* la falta de *competencia* para la suscripción de un tratado, tal suscripción se tendrá por invalidad.³⁰³ Por ello, Oliver ha manifestado que la convención importa una suerte de transacción entre posturas monistas y dualista,³⁰⁴ doctrina que acoge Sagües, para quien “es notorio pues que entre una tendencia cumplidora de los tratados, y otra evasora (so pretexto de su

³⁰² ORDOÑEZ REYNA, Aylin Brizeida, “Régimen Constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica”, *Tesis Doctoral*, Barcelona, España, 2010. pág. 395.

³⁰³ Cf. Convención de Viena de 1969, artículo 46.

³⁰⁴ COVERY, Thomas Oliver: “The Enforcement of Treaties by a Federal State”, en *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, La Haya, 1976, t.159, V-357 y 370.

invalidez desde el punto de vista del derecho constitucional de un Estado), la Convención siguió una ruta intermedia [...]”.³⁰⁵

- c) Los principios fundamentales del Convenio forman parte de los principios generales del derecho, y han sido reconocidos por la comunidad internacional desde antes de la aparición del Convenio de Viena, que data de 1969. Por ejemplo, en 1932 el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso del trato a los súbditos polacos en Dantzig, fallo que “un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor”.³⁰⁶ Así el convenio no cambio el principio establecido desde antiguo en el derecho internacional.

Es cuando más necesario resulta para el derecho internacional, fortalecer a los principios de *pacta sunt servanda* y el de *bona fide*, para poder asegurar su preeminencia frente al derecho interno, lo difícil para este, es que aun existen muchos países que no han ratificado este convenio de Viena, lo cual hace que no se aplique tal cual fue soñado por sus impulsores y creadores.

5.25. El efectivo respecto al principio de Pacta Sund Servanda puede reformar la Constitución

Uno de los primeros principios generales del derecho dispone que quien suscribe un acuerdo debe cumplirlo. Otro principio añade que nadie puede alegar su propia falta, omisión o dolo, en su beneficio. Y un tercer principio dispone que las partes estén obligadas a actuar de buena fe. Así, si un

³⁰⁵ Sagüés, Néstor. “Teoría de la Constitución”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, pág. 399.

³⁰⁶ Citado por BOFFI BOGGIERO, Luis María: “La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva”, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 1978, pág. 11.

Estado suscribe un convenio contrario a su ordenamiento interno, por estos principios está obligado a adecuar su ordenamiento a lo acordado.

Obsérvese que el acuerdo se configura dentro de una relación jurídica de coordinación, en la que intervienen sujetos internacionales (ej. Los Estados), y que genera derechos y obligaciones para los Estados. Los monistas sostienen que ese mismo convenio internacional es a la vez, sin necesidad de ningún procedimiento interno, norma interna aplicable dentro de la nación: no hay, pues, dicotomía entre derecho externo y derecho interno, porque son lo mismo.

Una posición extrema de la teoría monismo nos llevaría a concluir que ningún Estado podría incumplir los tratados, por cuanto al suscribirlos ya ha adecuado automáticamente, siempre y en todo caso, su normativa interna según lo acordado. Mas, por el contrario, la experiencia muestra que los Estados no siempre son buenos cumplidores. Por eso, la doctrina entiende que el tratado genera principalmente derechos y obligaciones *inter partes*, partes que son los Estados (hasta hace poco estos eran los únicos sujetos posibles del derecho internacional); una de esas obligaciones es la de adecuar la normativa interna.

Otro ejemplo en el que el Estado también se desenvuelve en una relación de coordinación: las contrataciones públicas. Cuando un Estado concede un servicio público a una empresa privada, ambos quedan obligados a cumplir el contrato de buena fe, pero el Estado puede no cumplirlo, como lastimosamente sucede en no pocas ocasiones. La doctrina administrativista española y alemana habla incluso de un *ius variandi*, de un derecho del Estado a cambiar las reglas de juego, a infringir el contrato en aras del bien común; en la generalidad de los países, la autoridad tiene la potestad de reformar las leyes (leyes que se entienden incorporadas a todo contrato

publico al momento de su firma). Consecuentemente, es dado al Estado ejercer su *ius variandi* en cualquier tiempo y lugar, pero no de forma irresponsable; si pasa por encima de los derechos adquiridos de terceros, deberá indemnizarlos (doctrina española) o compensarlos (doctrina alemana). Algo similar sucedería con los tratados internacionales, que no son sino convenios negociados *bis a bis*, suscritos dentro de una relación jurídica de coordinación.

5.26. Primacía del Derecho Internacional sobre la Política

Como orden normativo, el derecho internacional vincula a los Estados y a otros sujetos del derecho internacional. En su eficaz directriz de la conducta, las reglas del derecho internacional canalizan las decisiones políticas y excluyen determinadas opciones de actuación por considerarlas violatorias del derecho. Ese primado del derecho internacional sobre la política no es tan banal como parece serlo a primera vista. Así, por ejemplo, la doctrina del derecho internacional de la ex Unión Soviética, en la fase final del régimen comunista a finales de los años ochenta, reconoció el sometimiento incondicional de las decisiones de la política exterior al derecho internacional. Adicionalmente, los principios del derecho internacional influyen también en el ámbito de adecuación política de los Estado.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el derecho internacional actual es el resultado de una larga lucha para concretar los principios existentes y el desarrollo de las reglas del derecho internacional al servicio de determinados valores. Los modernos estándares de derechos humanos, en especial, le deben a los Estados de derecho democráticos de orientación occidental el haberles dado un impulso decisivo.

La concepción del derecho internacional como proceso implica por si misma que la conducta por valorar de los Estados o de las organización

internacionales y la reacción de la misma comunidad de Estado, pueden influir en la apreciación legal de la conducta. Piénsese, por ejemplo, en el empleo del poder militar para la protección de vidas humanas (como por ejemplo, en el caso de la liberación violenta del avión de Air France, que había sido secuestrado por Israel en Entebbe) o para asegurar las estructuras democráticas.

Por otro lado, al cualificar las normas del derecho internacional como determinantes de los procesos de decisión política, se corre el peligro de convertirlas en simples factores de ponderación. En lo concerniente a la necesidad de concretar algunos principios del derecho internacional en muchos ámbitos (tratados sobre derechos humanos regionales, convenciones en el marco de la organización mundial del comercio) ha alcanzado un grado de profundidad normativa y de precisión, que se asemeja a un sistema legal nacional altamente desarrollado.

La discusión sobre la intervención militar de la OTAN para la protección de la población civil de Kosovo, en la primavera de 1999, parece darle la razón a la perspectiva procesal del derecho internacional. Hasta ahora la doctrina que ha prevalecido en el derecho internacional condiciona una intervención militar de esta clase, a que exista una autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU).

Por el contrario, una minoría importante en la doctrina del derecho internacional admite desde hace algún tiempo la posibilidad de una intervención militar “como intervención humanitaria” en el caso de situaciones de genocidio (y en forma similar, de graves violaciones de los derechos humanos). El que los países de la OTAN invocaran los actos de genocidio cometidos bajo la responsabilidad del régimen serbio de Milosevic, le dio un fuerte impulso a la justificación de una intervención de carácter humanitario.

La relación de una posición digna de ser tenida en cuenta en la doctrina del derecho internacional (aunque se trate de una minoría), con un importante segmento de la comunidad de Estados actúa aquí como catalizador de una revaloración fundamental de las relaciones contrapuestas entre la soberanía estatal (prohibición del uso de la fuerza) y la protección de los derechos humanos más elementales.

5.27. Aplicación de los Tratados internacionales, en virtud del Principio de primacía del Derecho Internacional

En el capítulo tres de la investigación se menciona el proceso de recepción del derecho internacional, en relación a los tratados internacionales, en este apartado se orientara específicamente a la aplicación jurídica de un tratado internacional que entre en vigencia en un determinado ordenamiento jurídico.

Santiago Benadava,³⁰⁷ considera que algunas normas de derecho internacional deben aplicarse dentro del Estado. Por ejemplo, las normas consuetudinarias que reconocen privilegios e inmunidades a los agentes diplomáticos extranjeros deben ser aplicadas por los tribunales y las autoridades administrativas de un Estado a los diplomáticos que ante él se encuentran acreditados; un tratado en que el Estado sea parte y que otorgue derechos comerciales o aduaneros a ciudadanos de otro país debe también ser aplicado por los tribunales y las autoridades administrativas de ese Estado.

Ahora bien, para facilitar la aplicación de las normas jurídicas internacionales en el plano interno puede ser conveniente que ellas sean introducidas, en alguna forma, en el ordenamiento jurídico interno; más aún, en algunos casos es el propio derecho nacional el que exige esta introducción.

³⁰⁷ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público ob. Cit. pág. 67

El derecho internacional no impone a los Estados una modalidad determinada para introducir sus normas en el plano interno; solo les impone la obligación de asegurar el cumplimiento de las reglas de derecho internacional. Corresponde, pues, a cada Estado establecer las modalidades de recepción en su Constitución, en su legislación o en su práctica judicial y administrativa.

Para estudiar las modalidades de recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno hay que distinguir entre la recepción o introducción de las normas de derecho internacional consuetudinario y la de los tratados internacionales.

5.28. Predominio del Derecho internacional Público en caso de colisión con el derecho interno, prevalencia de la norma internacional sobre la norma interna

El derecho internacional establece su estructura, los mecanismos de validez de sus normas y de responsabilidad en caso de incumplimiento, pero el paso para vincular a los individuos o hacer válida la normatividad en la esfera de la soberanía de los Estados es algo que está ajeno al derecho internacional. Corresponde a los Estados determinarlo, y de esta manera, podrían existir tantos sistemas de recepción del derecho internacional como Estados existen. Pero, ¿Qué sucede en el caso de colisión de normas del derecho internacional con las del derecho interno? La norma general reconocida por la jurisprudencia internacional es que en caso de conflictos entre las obligaciones internacionales y el derecho nacional, el primero prevalece. Así lo establece, por ejemplo el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.³⁰⁸ Las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deben de cumplirse de buena fe, pero en una

³⁰⁸ Cf. Convención de Viena de 1969, artículo 27.

actitud de respeto del ámbito interno, ya que no pueden declarar invalidas a las leyes internas. Esta obligación también se encuentra en el Proyecto de Declaración sobre los Derecho y Obligaciones de los Estados preparada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en una formula bastante amplia, porque no se refiere solo a los tratados, el artículo 13 establece “Todo Estado tiene la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones derivadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su Constitución o sus leyes como una excusa del incumplimiento de sus deberes”.

Esta fórmula, bastante conocida en la doctrina, fue considerada como “una contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su codificación”, por la Resolución de la Asamblea General del año de 1949.

En realidad, no existe ningún conflicto, si toma en cuenta que el derecho internacional es un sistema jurídico específico que tiene sus propios sujetos se notara que ambos sistemas en lugar de contraponerse se complementan.

El derecho internacional obliga a sus sujetos y ocasionalmente a los individuos a través de los Estados o de las organizaciones internacionales. Generalmente para que una norma jurídica internacional tenga aplicación en el derecho interno, por ejemplo, una norma derivada de un tratado, se necesita que una norma interna de recepción la reconozca. Hay casos como el Mexicano³⁰⁹, que tiene una apertura distinta a la que poseen los países centroamericanos, al respecto de los tratados internacionales que no es muy usual entre los Estado, pero por otra parte, es muy estrecha en cuanto se refiere a otro tipo de fuentes. Siendo el derecho internacional un sistema

³⁰⁹ TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, *Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional*, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, Cámara de Diputados de México, México, 2006, pág. 7.

descentralizado, requiere del concurso de los sujetos para la aplicación de su normatividad.

Por otra parte, en virtud de la soberanía de los Estados, las normas de recepciones varían de Estado a Estado, lo que causa que en algunos casos el camino que viene desde la creación hasta el cumplimiento en lo interno de los Estados, se vea trunco, sobre todo cuando el Estado en cuestión no posee normas de recepción idónea del derecho internacional. Es aquí donde el trabajo de los constitucionalistas se inicia. Entonces, si se pretende determinar los sistemas de recepción de los diferentes Estados, un punto de partida es analizar sus normas constitucionales, en el entendido que si bien el marco jurídico que proporcionan es muy importante, no es suficiente porque sería necesario conocer sus leyes internas.

En suma, se está hablando de dos sistemas jurídicos con sus propias categorías independientes pero con una relación de interdependencia y comunicación constante. Cada uno de estos sistemas tiene su propio ámbito de validez, lo cual no es nuevo, ni extraordinario, es totalmente normal en los sistemas jurídicos, podemos ver por ejemplo que una norma de derecho civil no se aplica a un asunto criminal y en cambio si el derecho penal.

5.29. Jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho interno

La jerarquía que posea el derecho internacional, en particular un tratado internacional en el ámbito interno será definida, también dentro del régimen constitucional que cada Estado otorgue a los tratados, presentándose cuatro posturas básicas, siendo estas: a) derecho internacional de los derechos humanos que puede modificar la Constitución (supraconstitucional); b) derecho internacional de los derechos humanos equiparado a la Constitución (constitucional); c) derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes nacionales,

(supralegal); d) derecho internacional de los derechos humanos equiparado a las leyes nacionales, (legal)³¹⁰.

De ahí que al analizar el tema en relación al derecho internacional con las Constituciones y las leyes internas de un Estado, así como la vigencia de estas teorías en los diferentes Estados.

Si bien cierto que reviste vital importancia determinar el procedimiento para la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno y las etapas que habrán de seguirse para adoptar un tratado internacional, es necesario puntualizar que cada Estado establecerá su particular sistema, adaptándose en términos generales a etapas internacionalmente aceptadas, dentro de las cuales pueden mencionarse la aceptación, ratificación y adhesión. Sin embargo, se hace necesario determinar que jerarquía establece cada régimen constitucional ara el derecho internacional.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, puede afirmarse que los Estados, con base en su soberanía, no pueden ser obligados a aceptar normas internacionales, sino que será a través de la voluntad de estos que el derecho internacional resulte aplicable dentro de su territorio. Asimismo, el valor de estos se encontrara condicionado a lo que establezca la norma suprema dentro de cada derecho estatal.

Al respecto no puede establecerse una posición uniforme, ya que la diversidad de entes estatales ha generado diversidad de soluciones jurídicas en lo que a este punto respecta. Mencionaremos algunos Estados en los cuales se les otorga distintos nivel jerárquico y sobre las cuatro modalidades que existen para dilucidar dicha problemática:

³¹⁰ HENDERSON, H. *Los tratados Internacionales de derechos humanos en el ámbito interno: la importancia del principio pro homine*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Volumen 39 enero-junio 2004, San José, Costa Rica, 2004., pág. 76.

- a) Siendo la primera la que sitúa el derecho internacional en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas. Según Brewer-Carias, “en estos sistemas en consecuencia, los tratados son parte de la legislación del país, teniendo entonces el mismo rango que las leyes. Están sujetos a la Constitución, y en su aplicación en relación con las leyes se rigen por los principios de la ley posterior y de la ley especial a los efectos de su prevalencia o efectos derogatorios”.³¹¹ Continúa afirmando el citado autor que dentro de los Estados que encuadran dentro de este sistema se encuentra Estados Unidos, Uruguay, República Dominicana.³¹²
- b) Se presentan además los sistemas que establecen superioridad del tratado respecto de la ley. Al respecto puede citarse siguiendo a Nogueira Alcalá a la Constitución Francesa de 1958, la cual prevé en su artículo 55 que “los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte”... La Constitución de Costa Rica en su artículo 7 prevé que “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes”.

La constitución de Alemania en su artículo 25 señala la primacía de las normas generales del derecho internacional sobre las leyes, pudiendo los jueces internos rechazar las normas que no estén en armonía con el

³¹¹ BREWER-CARIAS, A. *La aplicación de los Tratados Internacionales obre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano*, Revista Iberoamericana de derecho procesal Constitucional, edición nº6, Editorial Porrúa, Mexico D.F., 2006, pág. 64

³¹² Vid. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Jurisprudencia nacional de América Latina de Derechos Humanos en Iudicium et Vita*, San José, Costa Rica, 1997, pág. 72.

derecho internacional, decisión que es controlada por la Corte Constitucional Federal de Karlsruhe (artículo 100 inciso 2°).

- c) Respecto de los sistemas que otorgan a los tratados un rango constitucional. Es decir que el mismo texto constitucional, se menciona que clases de tratados podrán gozar de este privilegio dentro del ordenamiento jurídico estatal, en este nivel podemos mencionar a la Constitución de Perú de 1979 en cuyo artículo 105 establecía que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derecho humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”³¹³.

Además en Argentina la Constitución que impera, otorga a los tratados internacionales, específicamente en materia de derechos humanos que es a los cuales se les reconoce un rango constitucional, y a los cuales se prevé la posibilidad que sigan siendo reconocidos con este rango pues se considera que al ser aprobados, se requerirá el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Es necesario señalar también que se ha extendido la aplicación de los tratados no solo a la consideración del rango que constitucionalmente se les atribuye sino también a considerar en ese tema como parámetro de constitucionalidad las normas de esos tratados.

- d) Por último se puede mencionar a los sistemas que dan a los tratados rango supranacional, es decir que esta sobre todo el derecho interno incluida la misma constitución³¹⁴, como ejemplo se puede señalar La Constitución de Holanda de 1953 reformada en 1966, la cual establece

³¹³ Texto tomado de la versión de la Constitución de Perú de 1979, publicado en el Congreso de la República de Perú, ubicado en: www.congreso.gob.pe

³¹⁴ BIDART CAMPOS Y CARNOTA, Walter. *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit. pág. 108.

que: las leyes en vigor en el territorio del Reino no serán aplicables si fueran incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes según dispone el artículo 66. A ello debemos agregar la norma del artículo 63, que estipula: Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un tratado podrá dejar sin efecto las disposiciones de la constitución³¹⁵.

Puede incluirse la Constitución de Guatemala dentro de este rango a decir de muchos estudiosos del derecho, lo cual es lógico, pues el texto del artículo 46 constitucional expresamente, le confiere rango superior al ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional de dicho país, situó a nivel constitucional a todo tratado internacional relacionado a los Derechos humanos, dicha interpretación podría considerarse limitativa de la finalidad prevista por el precitado artículo 46, ya que si se aplica el método gramatical para interpretar dicho artículo, podríamos decir que un tratado internacional prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico del país vecino.

Se establece un precepto similar en la Constitución colombiana de 1991, el cual establece en su artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Muy similar al caso de Guatemala, en Colombia los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre el orden

³¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 2000, pág. 243.

interno, incluyendo la Constitución y, por lo tanto, los tratados internacionales son superiores a ella en esta materia. En este mismo orden de ideas la jurisprudencia de ese país ha realizado una interpretación bastante amplia en cuanto al derecho interno, lo que establece a juicio de Brewer-Carias, “al rango supra constitucional de los tratados en materia de derecho humanos, lo que implica la obligación del Estado de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos con fundamento en los artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.³¹⁶

5.30. Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional

Después de los acontecimientos catastróficos acontecidos durante la Primera y Segunda Guerras Mundiales en las cuales se produjo la pérdida de la vida de miles de personas, surge el Derecho Internacional Humanitario, el cual trata de proteger los derechos humanos dentro de los conflictos armados, tanto internos como internacionales. Posteriormente, este reconocimiento a los derechos humanos se extiende a todas las personas, estableciendo a través de diferentes declaraciones, tratados y convenciones tanto a nivel universal como regional.

De esta manera se produce el establecimiento de los derechos fundamentales de las personas a través de los tratados internacionales, el cual viene a variar el concepto de soberanía que hasta ese momento se manejaba en el cual cada Estado, de conformidad con su derecho interno, establecía los mecanismos para la protección de esta, surgiendo así la tutela en el ámbito internacionales frente a los Estados mismos, a través de los tribunales y Cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los Estados partes, variando así el principio clásico de no intervención en los

³¹⁶ BREWER-CARIAS, A. *La aplicación de los tratados internacionales*, op. cit, pág. 45

asuntos de la exclusiva jurisdicción local de otros Estados, el cual se relativiza por la posibilidad de intervención colectiva de la Comunidad internacional organizada, llámese la ONU, o cualquier otra organización de derecho internacional.

De ahí que en materia de derechos humanos, los Estados poseen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional, constituyendo estos derechos una obligación erga omnes respecto de todos los Estados. Evidentemente, el problema radica en que algunas de estas son obligaciones de carácter abstracto y no puede fijarse con precisión cuales son los derechos humanos de protección absoluta y aquellos que pueden variar en su protección, tales como los derechos sociales, cuya ejecución efectiva dependerá en gran medida de las posibilidades económicas y de desarrollo de un Estado, y en los cuales no podría establecerse un parámetro de comparación entre un Estado altamente industrializado y un Estado de los denominados en vías de desarrollo.

A este respecto, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido revestido de un valor superior al resto de las normas que lo componen, otorgándoseles un carácter de normas de ius cogens a las disposiciones que lo componen, y por ello se han impuesto a los Estados obligaciones por vía consuetudinaria, cuando se trata de aplicar normas tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención contra el delito de Genocidio; Convención contra la discriminación racial; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes entre otras.

Es decir, la evolución del derecho internacional en el campo de la protección y reconocimiento de derechos humanos es más amplia que en otras

materias, precisamente por las experiencias devastadoras de las que la humanidad ha sido objeto; a pesar de que no existe un conjunto de derechos humanos que han de protegerse erga omnes y que son de carácter ius cogens, si puede estimarse el derecho internacional de los derechos humanos como normas de imperativo cumplimiento puesto que protegen aspectos fundamentales de la persona humana.³¹⁷

En consecuencia, una gran mayoría de Estados a nivel interno, se reconoce la posición de conferir carácter de norma suprema al derecho internacional de los derechos humanos fundamentales y al derecho internacional humanitario sobre los ordenamientos jurídicos internos, para proteger de manera eficaz a la persona. Este reconocimiento internacional se ha ido plasmando paulatinamente en las Constituciones latinoamericanas. Algunas sitúan las normas internacionales en materia de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad, el cual se conforma además del texto de la Constitución por las normas que, estando fuera de esta, se erigen por decisión del constituyente a un nivel supraconstitucional o a un nivel constitucional, y conforman con esta la fuente suprema del ordenamiento jurídico.

Puede señalarse: “así cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se erigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, lleva a plantearse necesariamente la doctrina del bloque de constitucionalidad en el cual se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la

³¹⁷ VILLALOBOS UMAÑA, J. *El valor jurídico de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos en el Sistema Constitucional Costarricense*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Fundación Konrad Adenaur Stiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 2000, pág. 261

Constitución, lo que significa, como señala Bidart Campos, que por imperio de la propia constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido”.³¹⁸

De ahí que al confrontarse el resto del ordenamiento jurídico con las normas que integran el bloque de constitucionalidad para realizar el control de constitucionalidad, y así aplicar o desaplicar las normas infraconstitucionales, se reconoce una especial jerarquía al derecho internacional en esta materia que ha pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad en muchos Estados, estimándose que ello se debe a que se trata por medio de este de brindar una protección más amplia a la personas humana como sujeto y fin del orden social establecido en un Estado.

La Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia de El Salvador, mediante criterios jurisprudenciales ha llenado vacíos legales que no se completaron en la constitución, ya que en nuestro país no se aprecia, más bien, no se reconoce un valor preferente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pues se ha dicho que no constituyen parámetro de constitucionalidad e incluso que la denuncia de violación no debería hacerse ante esa Sala. Lo anterior se aprecia en el fallo de día veintitrés de diciembre de dos mil tres, en el cual señalo que: *“los instrumentos internacionales vigentes –con independencia de la materia sobre la que versen- son leyes de la República, tal como dispone el artículo 144 de la constitución, eso sin embargo, no significa que por el hecho de estar mencionados como ley en el precepto constitucional el contenido de dichos instrumentos constituya por sí mismo una norma constitucional. Tal*

³¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos*, op. cit. pág. 189.

afirmación se traduce en la premisa para poder afirmar que siendo el proceso de amparo un mecanismo de protección reforzada de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no resulta atendible en esta sede cualquier confrontación entre el acto de omisión que constituye la base del reclamo y un parámetro de conocimiento distinto a las normas constitucionales. No obstante lo anterior, y tal como ha sostenido esta Sala en pretéritas oportunidades resulta innegable que los instrumentos internacionales que consagran derechos humanos – igual que otras disposiciones jurídicas que tiene una estrecha vinculación material con contenido de la Constitución – pueden estimarse como desarrollo o complemento de los alcances de los preceptos constitucionales, pero ello, debe reiterarse, no les convierte en parte del texto constitucional, pues la Constitución se ha atribuido a sí misma, solamente el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, artículo 246 inciso 2° de la Constitución, subordinando así bajo su fuerza normativa a tratados, leyes, reglamentos y restantes disposiciones jurídicas. En ese orden de ideas y partiendo del carácter abierto y concentrado que evidencia las disposiciones constitucionales valido es señalar que las categorías jurídicas en ella contenidas requieren de una concreción o regulación normativa para una mejor determinación de sus alcances y manifestaciones y en lo que atañe a derechos humanos tal labor habrá de lograrse por medio de instrumentos internacionales que tiene por finalidad directa el reconocimiento y protección de aquellos. Esa función permite que tales instrumentos puedan ser utilizados por esta Sala para una mejor configuración de las manifestaciones y cualidades de los derechos fundamentales reconocidos de manera explícita o implícita en la Constitución.”

Lo anterior permite apreciar cómo ni se estima a los tratados internacionales como leyes constitucionales, sino que es expreso el criterio de la Sala al

estimar que es la Constitución quien a si misma se ha dado el carácter de norma suprema, de esa cuenta que es la única ante la que se debe verificar la constitucionalidad de actos y normas.

Asimismo, si bien es necesario mencionar que a pesar de no habérselos reconocido un rango preferente, si es cierto que se indica que por medio de ellos se pueda producir una mejor configuración de los derechos reconocidos en el Estado.

También pueden citarse casos anteriores, como el desarrollado en el expediente 105-2000, de fecha 28 de febrero de 2000, en el cual una persona reclamaba derechos laborales, lesionados por su patrono, y representaba la denuncia de violación a diversas normas internacionales.³¹⁹

Este criterio se reafirmó en el expediente 106-2000 de fecha 28 de febrero de 2000. Puede apreciarse en la interpretación transcrita que no existe ninguna jerarquía especial para los tratados internacionales en materia de derechos humanos; asimismo, se señala claramente su carácter de normas infraconstitucionales, además de indicarse expresamente que no constituyen parámetro de constitucionalidad, encontrándose este únicamente conformado por la constitución.

En este mismo orden puede señalarse que se presentó un amparo por parte de una persona infectada con el síndrome de inmuno-deficiencia Adquirida-SIDA- reclamando contra el Director del Seguro Social por negarse este último a brindarle el tratamiento requerido. En su fundamento alego violaciones a normas constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos. Similar criterio fue adoptado por la sala en el expediente de fecha 4 de abril de 2001 en el expediente 348-99.

³¹⁹ Sala de lo Constitucional de El Salvador, Jurisprudencia, expediente 105-2000, de fecha 28 de febrero de 2000. www.csj.gob.sv

Este criterio fue sostenido y reiteró por la Sala de lo Constitucional, en los diversos expedientes acumulados 24-97 y 21-98 de 26 de septiembre de 2000, en el sentido de que únicamente puede servir de parámetro para la denuncia de violaciones constitucionales, la ley fundamental. Con base, en las sentencias citadas, se puede determinar la jerarquía infra constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como la imposibilidad de denuncia su vicio a través de acciones constitucionales, salvo que el mismo lesiones la norma suprema.

5.31. Análisis Jurisprudencial de las sentencias proferidas por Sala de Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre la jerarquía de los Tratados internacionales

Para la obtención de la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional se consultó la página electrónica de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, así como los textos editados que recopilan las líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional.

El artículo 144 de la Constitución, señala que: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

Al respecto, la Sala ha interpretado lo siguiente:

“Es evidente que la Constitución no indico expresamente que los tratados estén posicionados en un plano jerárquico superior a la ley secundaria, sino que se limitó exclusivamente a precisar dos criterios hermenéuticos para solución de conflictos entre normas: en primer lugar, que la ley secundaria no

podrá modificar o derogar lo estipulado en un tratado; en segundo lugar, que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el tratado. No se trata, pues, en el caso del art. 144 Cn., de una norma que establezca jerarquización entre dos normas jurídicas –tratado y ley-, sino una norma que determina instrumentos de solución de conflictos entre normas. Si se entiende que tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico, la solución en nuestro sistema procesal constitucional a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino que única y exclusivamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida por supuesto esta Sala. Aún más, si no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley – supuesto que, como antes se expuso, esta Sala no comparte-. El enfrentamiento entre tales normas no significaría per se una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por si una violación a la Constitución. (Sentencia de 14-02-97, Inc. 15-96.)³²⁰

Véase que la Sala de lo Constitucional no apreció una jerarquía entre normas, de manera que el tratado se ubique sobre la ley, sino señala que el precitado artículo establece una fórmula de resolver conflictos, interpretando el párrafo final de la norma. Puede apreciarse entonces, que no se consideró en esta apreciación, que la oración antecedente señalaba que una ley no puede modificar ni derogar lo acordado en un tratado vigente, lo cual permite refrendar la teoría de ubicar a los tratados en una escala jerárquica superior a la norma ordinaria.

Este criterio de cierta manera fue sostenido en la sentencia dictada en los expedientes acumulados 24-97/21-98; sin embargo, en ello se adiciono una

³²⁰ Sala de lo Constitucional de El Salvador, Jurisprudencia, sentencia 24-97/21-98. Vid. www.csj.gob.sv

explicación, que reconoce cierta jerarquía al primer supuesto del artículo 144, así puede observarse, que la Sala señaló: “el inciso primero de dicha disposición constitucional coloca a los tratados internacionales vigentes en el país en el mismo rango jerárquico que las leyes de la República, entendido estas como leyes secundarias. En consecuencia, no existe jerarquía entre los tratados y las leyes secundarias de origen interno. Ahora bien, de la lectura del segundo inciso se desprenden dos ideas; la primera consiste en darle fuerza pasiva a los tratados internacionales frente a las leyes secundarias de derecho interno, es decir que el tratado internacional no puede ser modificado o derogado por las leyes internas, lo cual implica que estas últimas están dotadas de fuerza jurídica o normativa inferior. Ello significa que, si bien el tratado internacional y las leyes internas forman parte de la categoría “leyes secundarias de la República”, dicha categoría contiene una subescala jerárquica dentro de la cual el tratado internacional goza de un rango superior al de las leyes de derecho interno. Por otra parte, la segunda idea que se deduce del inciso en referencia, y que es consecuencia de la primera, consiste en señalar la prevalencia del tratado internacional sobre la ley interna, lo cual lleva al denominado principio criterio de prevalencia”.³²¹

De lo anterior, puede apreciarse, un giro jurisprudencial, al reconocer algunos de los principios de derecho internacional, tales como los contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados en sus artículos 26 y 27, los cuales imponen al Estado la obligación de cumplir un tratado de buena fe, y sin oponer las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Se establece la jerarquía del derecho internacional frente al derecho interno (en cuanto a tratados frente a leyes ordinarias), señalándose claramente la prevalencia de uno frente al otro.

³²¹ Op. cit.

Continúo señalando la Sala de lo Constitucional:

“en el inciso segundo del art. 144 Cn., se ha señalado dos criterios para resolver las antinomias que se susciten entre el tratado internacional y la ley secundaria de derecho interno; en primer lugar, se hace referencia al criterio de jerarquía –criterio que opera en el momento de creación del Derecho-, pero también se quiso proporcionar al aplicador del derecho un criterio adicional, recurriendo al criterio de prevalencia – el cual opera en el momento de la aplicación del derecho”.

Obsérvese como, por vía jurisprudencial, se ha superado el conflicto surgido del texto del artículo 144 de la Constitución. Esta sentencia se emitió a consecuencia de una acción de Inconstitucionalidad promovida contra el decreto legislativo 486, de veinte de marzo de 1993, que contiene la ley de Amnistía General para la consolidación de la Paz, y prevé la misma, en forma amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con estos y en delitos comunes. Asimismo, es establecen las consecuencias de esta y sujetos a quienes se aplica. Con base en los criterios relacionados se desestimó la acción.

Por último en cuanto a la jerarquía puede citarse el contenido del fallo de cinco de septiembre de dos mil uno que dice: “es innegable que los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos – igual que otras disposiciones jurídicas tiene una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución-, pueden estimarse como un desarrollo o complementación de los alcances de los preceptos constitucionales, ello no les convierte en parte integrante de la ley suprema, lo cual se concluye con base en las siguientes razones: (i) la constitución se ha atribuido a si misma solamente en el artículo 246 inciso 2. El rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico subordinado así bajo su fuerza normativa a

tratados, -artículos 145 y 149 Cn.- leyes reglamentos y demás disposiciones jurídicas-. (ii) según el considerando I de la ley Procedimientos Constitucionales, los res proceso regulados en ella tienen como finalidad garantizar la fuerza de la constitucionalidad, vale decir la adecuación o conformidad a la Constitución de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional. En tal sentido pues la diferencia expresada por este tribunal implica que si bien la protección de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos debe tener mayor presencia en la actividad de los Organismos del Estado, ello no es suficiente para alcanzar a convertirse en parámetro de control de constitucionalidad y así gozar de la protección reforzada inherente a la Constitución puesto que carecen de la supremacía propia de las normas constitucionales, y su salvaguarda es ajena a la finalidad reservada para los procesos cuyo conocimiento corresponde a este tribunal”.³²²

En este fallo se establecen puntos que precisan que no existe un reconocimiento con carácter de norma constitucional a los tratados internacionales, aun los de derechos humanos, pues se indica que estos no pueden convertirse en parámetro de constitucionalidad, y además de ello que su salvaguarda es ajena a la finalidad reservada a los procesos que la misma conoce. Esta última frase presenta una interpretación bastante restrictiva, pues si dentro del Estado de El Salvador se reconoce la fuerza normativa los tratados internacionales, el incumplimiento de ello podría implicar lesión a la norma constitucional que así lo prevé. Sin embargo, el texto del fallo precisa los parámetros antes indicados.

³²² Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de cinco de septiembre de dos mil uno, dictada dentro del expediente 18-2001.

CAPITULO VI: MECANISMOS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCION.

El principio o doctrina de la supremacía constitucional no tendría ningún sentido o no serviría de nada, sino existieran los mecanismos adecuados para su preservación o defensa. Es por eso que en este capítulo se abordara el tema del control de constitucionalidad como uno de los mecanismos de defensa de la constitución.

6.1. Defensa de la Constitución.

Dentro de un régimen constitucional, existen diversos mecanismos destinados a asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Constitución. Uno de esos mecanismos es el control jurisdiccional o judicial, que es el que da la palabra final, la última interpretación del sistema constitucional en funcionamiento. Pero no se puede negar que dentro del régimen constitucional también existen otros mecanismos que podrían estar incluidos dentro de un rubro de “defensa de la constitución”³²³.

Tratando del concepto de defensa constitucional el destacado iuspublicista mexicano Fix- Zamudio, expresa que ella “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales”³²⁴.

La defensa de la constitución, no solo desde el punto de vista estático (conservación de la ley fundamental), sino dinámico (evolución y compenetración con la realidad política = mutación Constitucional) puede

³²³ A. VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, S.Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 99

³²⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Citado por Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña en *Justicia Constitucional*, 1ºed. Editorial CORELESAL, San Salvador, 1999. pág. 15

dividirse de acuerdo a Fix-Zamudio, en dos sectores: protección constitucional y garantías constitucionales. El primero está integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica canalizada a través de normas constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr el consentimiento de los titulares de estos al marco constitucional. Las garantías constitucionales (stricto sensu) son los medios jurídicos, predominantes de carácter procesal, dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando este ha sido desconocido o violado.

Es importante señalar, que en la doctrina se habla de la defensa de la constitución, como equivalente o sinónimo del control de constitucionalidad. Si de un sentido muy lato se pasa a otro técnicamente más ceñido, debe distinguirse la “defensa” del “control”, porque en la primera caben muchos más medios distintos del segundo. El control –o la revisión- cobra todo su colorido (aunque no lo agota) cuando se redirige a una desembocadura que es el pronunciamiento o la declaración de que una norma o un acto violan o no violan la constitución.

El control es, seguramente, la defensa técnicamente más pulida y común, pero no es la única. El control es una forma de defensa, pero la defensa constitucional cubre espacios más vastos que el control³²⁵.

6.2. Control constitucional

Cuando la constitución que no debe ser violada lo es, se torna menester recuperar la supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad, y nulificar a esta mediante algún sistema. El mecanismo y el sistema a que se está aludiendo implica lo que se denomina el control de constitucionalidad, o la revisión constitucional, o la defensa constitucional, o la jurisdicción

³²⁵ BIDART CAMPOS, German J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. S.Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 123.

constitucional. Bajo cualquier nombre, se trata de una verificación o fiscalización que tiende a detectar si la constitución ha sido transgredida, y a emitir un pronunciamiento afirmativo o negativo³²⁶.

En la doctrina se encuentran las siguientes denominaciones de control de constitucionalidad:

Es el examen que se hace sobre normas y actos de un ordenamiento jurídico para compararlos con la constitución y verificar si están o no de acuerdo con ella; y por supuesto, para lograr algún efecto anulatorio en el caso de comprobar la infracción y la incompatibilidad³²⁷.

Fix Zamudio define lo que él prefiere mentar como justicia constitucional, diciendo que es el conjunto de procedimientos de carácter procesal por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones que para su actividad se establecen en la misma carta fundamental³²⁸.

El Control de constitucionalidad consiste en el conjunto de mecanismos o procedimientos mediante los cuales se comparan normas o actos de gobierno estatales o de particulares con la constitución suprema para constatar si están o no de acuerdo con ella, y para conseguir una decisión sobre el punto que surta determinados efectos a través de los cuales se mantenga o resguarde la supremacía de la misma constitución³²⁹, y de esta manera garantizar pues la supremacía en comento.

³²⁶ BIDART CAMPOS, German J. *Op. Cit.* pág. 119

³²⁷ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA. *Derecho Constitucional Comparado: Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 111

³²⁸ Fix Zamudio Héctor, citado por BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA en: *Derecho Constitucional Comparado: Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, pág. 112

³²⁹ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA. *Op. Cit.* pág. 112

El control de constitucionalidad es el régimen con el cual se asegura la supremacía constitucional. En virtud de su aplicación, las leyes, y actos contrarios a la ley fundamental se convertirán en ineficaces o inválidos, por ser inconstitucionales o anticonstitucionales³³⁰.

6.3. Naturaleza del control

Tomando en cuenta la pluralidad de sistemas de control que conocen la doctrina y el derecho comparado, resulta difícil determinar cual es la naturaleza del control de constitucionalidad, pero a pesar de las diferencias existentes entre los diversos sistemas, quizá haya una base común a todas las modalidades del control.

En una aproximación inicial lo común radicaría³³¹, seguramente en la proyección del principio de supremacía constitucional para defensa de la constitución, en orden a frustrar –con cualquier alcance que sea según el sistema que se compute- la aplicación de una norma o un acto inconstitucionales.

Habría, pues, en primer plano, inaplicabilidad, aun cuando el control se adelantara a la vigencia de la norma (impidiendo, por ej., que la ley se promulgara), y aun también cuando, ya vigente, cupiera decir que, por la abrogación de la norma general, más que de inaplicación (a un caso) se trataría de retirar por derogación su vigencia nomológica del orden normativo (para todos los casos).

Tal vez, volviendo a sinonimias privatistas, esa misma inaplicabilidad equivaldría a una nulificación o invalidación (de nuevo, con efectos variables: inter-partes, o erga omnes). Que en todo ello haya interpretación, aplicación,

³³⁰ GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional tomo I*, S.Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 105

³³¹ BIDART CAMPOS, German J. *Op. Cit.* pág. 121.

integración, etc., es otra cuestión, y es verdad; pero toda la gama de posibilidades que hace a la legitimación para provocar el control, a las vías procesales, a los efectos de la declaración, etc., no alcanzan a cambiar o alterar la naturaleza común de todo tipo de control, aclarando otra vez que esto lo circunscribimos especialmente al control jurisdiccional de constitucionalidad.

Quizá la cuestión algo difiera de enfocarse el control por órgano político, que puede asumir naturaleza consultiva en algunos casos; y también de abarcarse la jurisdicción constitucional cuando toma a su cargo el juzgamiento de crímenes contra la constitución cometidos por los gobernantes, o el enjuiciamiento político de los últimos.

Sobre el control como interpretación judicial. Todo control jurisdiccional requiere siempre interpretación constitucional, y toda interpretación constitucional cumple siempre un rol de control; pero se minimizaría la naturaleza del control jurisdiccional si se la limitara a una identidad con la mera interpretación. Más bien, aunque sea difícil encontrar las palabras exactas, se dice que el control tiene siempre una naturaleza defensiva de la supremacía constitucional, que bien admite su inclusión entre las garantías que la protegen.

Hasta aquí se ha procurado develar una naturaleza defensiva del control para inaplicar normas y actos que ofenden la constitución. Pero no todo control ni toda interpretación constitucional concluyen en la aludida inaplicación, ósea, no siempre tienen como resultado final una declaración de inconstitucionalidad. Hay control e interpretación que, a la inversa, salvan la constitucionalidad de una norma o un acto que parecían colisionar con la constitución. Si es así, esta segunda situación³³² o este “segundo plano”,

³³² BIDART CAMPOS, German J. *Op. Cit.* pág.121

parecen desmentir la naturaleza defensiva que busca y logra la inaplicación, ya que si no se declara la inconstitucionalidad no hay desapplicación. ¿En que se queda?

En que hay que incorporar esta nueva perspectiva a la naturaleza del control, para que también quepa en el control y participe de su naturaleza esta clase de control que, lejos de desembocar en la inaplicación, armoniza y compatibiliza con la constitución aquello que prima facie se suponía contrario a ella. ¿Hay aquí por lo menos y también, defensa de la constitución aunque no haya inaplicación? Seguramente si, porque cuando la jurisdicción constitucional le asigna objetivamente su sentido a la constitución, la preserva precisamente con ese sentido genuino que tal jurisdicción esta llamada a atribuirle, pero como no hay inaplicación de una norma o de un acto, aquella defensa que ya no conduce a fulminar desviaciones mediante la inaplicación impide reconocer que la mentada inaplicación será imprescindible para configurar la naturaleza del control: puede haber control también cuando no hay inaplicación de una norma que se declare inconstitucional.

Entonces, hay que recomponer tal esquema, y tal vez reducirlo a la defensa de la constitución, tanto cuando esa defensa se consigue inaplicando normas o actos que se declaran inconstitucionales, cuando en el caso en que no alcanza ese resultado porque se efectúa una interpretación conciliadora; en los dos hay interpretación constitucional simultánea, y en los dos hay salvaguarda de la supremacía de la constitución y del principio de jerarquía escalonada del orden jurídico³³³.

Se propone, pues, que la naturaleza jurídica del control constitucional a cargo de la jurisdicción constitucional consista en la defensa de la

³³³ BIDART CAMPOS, German J. *Op. Cit.* pág. 122

constitución y su supremacía, mediante la asignación, por interpretación constitucional, de un sentido objetivo a la misma constitución, y/o al orden infraconstitucional que se confronta con ella dentro de un sistema jerárquicamente escalonado. Y ello tanto si se llega a la inaplicación por descalificación de inconstitucionalidad como si no se llega a ese resultado.

6.4 Ámbito del control

Interesa en este apartado que materias y que actos son susceptibles de ser controlados por los mecanismos de inspección constitucional. Podría comenzarse el tema diciendo, en líneas generales, que todo el derecho infraconstitucional siempre debería de ser pasible de contralor constitucional, so pena de crear “islas” o “compartimentos estancos” que quedarían de esa manera detraídos de la revisión³³⁴.

Cuando los Estados son Federales, son revisables las Constituciones provinciales o estatales, en virtud del principio de supraordinación y subordinación que existe dentro del federalismo.

Las leyes y los tratados internacionales que no tengan jerarquía idéntica o superior a la constitución son controlables, y así lo recepta el derecho comparado con la excepción británica, en donde se verifica el principio de supremacía parlamentaria y se desdibuja por completo el contralor constitucional.

Francia también es reacia al contralor constitucional de las leyes, una vez promulgadas, ni ante el Consejo Constitucional ni frente a otra jurisdicción, herencia de la premisa rousseauiana en el sentido de que la ley es expresión de la voluntad general y de que esta última es infalible, por considerarlo el principio base de los Estados Modernos.

³³⁴ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA. *Op. Cit.* pág. 132-133.

No hay duda de que los actos administrativos, sean estos de carácter general (usualmente llamados “reglamentos”) o de alcance individual son materia revisable.

La temática se complejiza con los llamados actos de gobierno, actos políticos, actos institucionales o “cuestiones políticas no justiciables”. Una férrea y a la vez errónea lectura del principio divisorio de las funciones del poder ha hecho que en muchos sistemas, desde Francia hasta los Estados Unidos y Argentina, se sustraigan estos rubros del control, cuando no existe un fundamento objetivo que legitime esa línea de acción.

Resulta interesante analizar si el control constitucional puede recaer sobre las sentencias judiciales. En el derecho español funciona el contralor por conducto del recurso de amparo respecto de actos u omisiones de los órganos judiciales que hayan ocasionado la violación de un derecho o libertad fundamental³³⁵, lo cual imperfectamente operaría en Argentina con la doctrina de arbitrariedad de sentencias y pese a una prohibición legal sin sustento constitucional. También se debe computar en el mapa de contralor constitucional a la actividad de los particulares.

Un rubro que interesa mucho al derecho comparado de los últimos tiempos es el contralor que puede hacerse en relación con la inconstitucionalidad por omisión. Así como se visualiza con facilidad que la constitución es vulnerada cuando se realiza un acto que ella prohíbe, no es menos cierto que el plexo constitucional también padece cuando un órgano de poder o hasta un particular omite hacer lo que la norma de base manda. Allí también hay transgresión a la constitución, y las tendencias más actuales en el derecho constitucional comparado la han receptado.

³³⁵ Gimeno Sendra, Vicente citado por BIDART CAMPOS, German J. en: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. S.Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 133

El examen de la omisión inconstitucional siempre es histórico y concreto, ya que debe ponderarse si el constituyente ha deparado cierto margen al despliegue infraconstitucional en cuando a la exigibilidad inmediata, condicionada, diferida o discrecional de la actividad incumplida.

6.5. Panorama del control³³⁶

a) El control puede ser amplio en cuanto a las materias o a los ámbitos sobre los cuales recae, o limitarse a algunos solamente; por amplio que sea, si se acoge la teoría de las cuestiones políticas no controlables no llega a ser total: hay infracciones constitucionales que evaden el control.

b) La legitimidad para provocar el control puede ser reconocida a cualquier persona aunque no sufra daño personal por la violación (caso de la llamada acción popular); o a los órganos de poder que la constitución habilita (por ej., el presidente de la república, el primer ministro, etc.); o la parte interesada que padece daño por la violación (sea que pueda promover acción, o que solo disponga vía indirecta); o reconocerse a los jueces la facultad de llevar a cabo el control de oficio (sin petición de parte) en las causas que deben resolver, o el deber de elevar la causa al órgano encargado del control; o a terceros que no sufren daño por la violación, pero que están obligados a cumplir la norma o el acto que se atacan de inconstitucionalidad; o al ministerio público.

c) El control puede llevarse a cabo con posterioridad al acto o la norma controlados, o sea, cuando el acto o la norma ya estén incorporados formalmente al ordenamiento jurídico (por ej., sobre la ley en vigencia); o en forma preventiva, para evitar la aplicación (por ej., ante amenazas ciertas de violación, o contra leyes en vigor pero aun no aplicadas al sujeto que impetra

³³⁶ Bidart Campos, German J. *op. Cit.* pág. 123-124

el control); o adelantarse a la formación definitiva del acto o la norma (por ej., sobre proyectos de ley); o intercalarse entre la aprobación o sanción de la ley, y su promulgación.

d) El pronunciamiento que descalifica una norma general por inconstitucionalidad puede producir efectos solo en el caso en que se emite, inaplicandola pero dejándola con vigencia nomológica; o puede tener efecto general produciendo la derogación de la misma.

e) En un sentido muy amplio, y solo analógico con el control en sentido estricto, se interpreta a veces que son formas de control las que ejercen la opinión pública, los factores de presión, el electorado, los medios de comunicación social, el poder ejecutivo en ocasión de promulgar o vetar una ley, llevar a cabo por ejemplo referéndum mediante los cuales se les someta a conocimiento de la población diferentes asuntos de interés nacional, y que por consecuencia deban de ser divulgados a la colectividad, etc.

f) Como toda aplicación de una norma de graduación superior implica en el estrato inferior una adecuación de esa norma a un caso más concreto, y como ese mecanismo de subsunción de dicho caso en la norma es a la vez una creación de derecho dentro de la subsunción, puede decirse ampliamente que toda aplicación de una norma –que envuelve necesariamente una interpretación de ella- debe hacerse sin violentar la constitución, ni directamente ni indirectamente, por lo cual quien efectúa la aplicación de la norma superior a un caso, al estar obligado a cuidar y preservar la supremacía de la constitución lleva a cabo, de cierta manera, un control de esa supremacía a efectos de que la creación de derecho que surge de la aplicación normativa resulte congruente con la graduación jerárquica del orden jurídico y con su ápice constitucional, de no ser así, el resultado lógico sería la declaratoria de inconstitucionalidad del instrumento.

6.6. Sistemas de control

El encuadramiento de los diferentes mecanismos de control de constitucionalidad puede realizarse desde distintos ángulos.

6.6.1. En función de su admisión o rechazo.

Es decir, según permitan o no el control de constitucionalidad, los regímenes son positivos (admisores) o negativos. Los positivos a su vez, son completos o incompletos, y expresos o implícitos³³⁷.

El punto de partida para sistematizar los tipos de control de constitucionalidad consiste en averiguar si el derecho positivo en vigor posibilita o no tal control³³⁸.

Sistema Positivo: Es el que auspicia el control de constitucionalidad, y esta configurado por el grueso de los Estados, que de una manera u otra han programado algún mecanismo al respecto.

Si el régimen admitido satisface la existencia de una constitución total o parcialmente rígida, un órgano de control separado o autónomo de los órganos controlados, facultades decisorias del órgano de control, derecho de los particulares a impugnar las normas inconstitucionales, y sometimiento de todo el aparato normativo a ese control, el sistema positivo es completo o pleno.

En cambio, si hay supremacía constitucional y órgano de control, pero falta alguno o algunos de los demás recaudos puntualizados, el sistema positivo es incompleto. Casi todos los países tienen un régimen de este último tipo, tal y como se ha estudiado en el desarrollo de la investigación.

³³⁷ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Teoría de la constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. Pág. 439.

³³⁸ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. Cit.* Pág. 441.

El sistema positivo de control de constitucionalidad es constitucionalmente expreso cuando la ley suprema lo programa de tal forma, es decir, explícitamente; o implícito, si la constitución no lo menciona, pero surge tacita o indirectamente de ella, según la decisión de sus operadores.

Sistema Negativo. Ciertos países han sido o son sumamente avaros en la planificación de sistemas de control de constitucionalidad. Por ejemplo, Inglaterra, debido a la libertad del parlamento para modificar por el mismo tramite cualquier ley, así como la carencia de facultades judiciales para reputar inconstitucional una norma; o las leyes fundamentales del Estado de la Ciudad del Vaticano, que otorgan al sumo pontífice “la plenitud de los poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial” (art. 1º, ley del 7 de junio de 1929), tornan casi impensable programar una acción de inconstitucionalidad contra las normas sancionadas por el papa. No hay, por los demás, supremacía constitucional que efectivamente limite las atribuciones legisferantes del pontífice.

Si cabria conjeturar una especie de control de constitucionalidad, en cambio, respecto de las normas emitidas por órganos legisferantes subordinados al papa, como la Comisión de Cardenales prevista por ley del 21 de junio de 1929, que actúa por delegación de aquel.

6.6.2. En función del órgano de control.

La doctrina usualmente distingue los regímenes de control de constitucionalidad, en razón del órgano de control, en políticos y judiciales (o jurisdiccionales), ubicando entre los segundos a aquellos que se insertan en el poder judicial, y entre los primeros a los situados en otras áreas del poder. Sin embargo, tal criterio resulta incorrecto. Si un órgano jurisdiccional puede vigilar la constitucionalidad de las normas, está desarrollando una notoria

actividad política (en el sentido de tarea de gobierno, de poder moderador o poder control de los demás poderes). En resumen, las cortes judiciales o los entes jurisdiccionales que actúan como órganos de control constitucional son, también, órganos políticos³³⁹. Este tema será retomado más adelante.

6.6.3. En función del procedimiento de control.

El trámite del proceso de control puede dar lugar a modalidades bien disimiles. Se detectan aquí cuatro áreas de sistematización: según el momento, el modo de articularlo, la forma de diligenciarlo y los sujetos que están autorizados a promoverlo³⁴⁰.

SEGÚN EL MOMENTO. Con relación al tiempo en que una norma puede impugnarse por inconstitucional, es factible distinguir tres variantes³⁴¹.

- 1) Preventivo. El control preventivo de constitucionalidad de la norma tiende a eliminarla antes de que ella sea promulgada.
- 2) Reparador. Por su parte, el control reparador de las normas inconstitucionales neutraliza sus efectos después de promulgadas, sea para el caso concreto sometido a decisión, o con efectos generales derogatorios.
- 3) Mixto. El control mixto se presenta cuando por razones de inconstitucionalidad una norma puede ser cuestionada antes o después de su promulgación.

SEGÚN EL MODO DE ARTICULAR LA PRETENSIÓN DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. En esta materia es factible clasificar los mecanismos de control de constitucionalidad en tres clases³⁴²:

³³⁹ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. Cit.* Pág. 442

³⁴⁰ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. Cit.* Pág. 474.

³⁴¹ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. Cit.* Pág. 474.

³⁴² SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. cit.* Pág. 476

1) Control por vía de acción. En el derecho alemán se llama *abstrakte Normenkontrolle* (control abstracto); y en el resto de derecho comparado es usual denominarla control por vía de acción directa. El planteamiento de inconstitucionalidad es formulado aquí como pretensión principal, por vía de demanda, y cuando se radica en sede judicial da lugar a la acción declarativa “pura” de inconstitucionalidad.

Sin necesidad de haber sido demandado, el interesado en discutir la constitucionalidad de un precepto plantea tal petición, que es para él lo fundamental de ese proceso, como demandante.

2) Control por vía de excepción. Rotulado *Konkrete Normenkontrolle* – control concreto- en el derecho germánico, es de carácter incidental, y significa una defensa procesal, en un caso particular. Es viable “en el curso y con ocasión de un *case or controversy*, o sea de un concreto proceso común (civil o penal o de otra naturaleza) y solo en cuanto la ley, cuya inconstitucionalidad se discute, sea relevante para la decisión de aquel caso concreto”.

Lo común es que lo plantee un demandado afectado por una norma inconstitucional, que argumenta esa inconstitucionalidad para impedir que se le aplique tal regla jurídica. También puede articularla el acto, si para el éxito de su pretensión de fondo tiene que impugnar como inconstitucional –por ejemplo- a una ley que limita o cercena algún derecho suyo.

Tal clasificación esquemática merece tal vez algunas aclaraciones y replanteos. El control abstracto, que genera un proceso constitucional autónomo, se da cuando quien lo promueve no está necesariamente vinculado por ninguna relación jurídica específica en la que intervenga la norma que reputa inconstitucional, y eso se da en ciertas acciones puras directas de inconstitucionalidad que según algunas constituciones pueden

promover determinados funcionarios o magistrados (titulares del poder ejecutivo, legisladores, fiscales o tribunales superiores, etc.)

A su turno, el control concreto alude a una situación jurídica específica (una causa), en donde alguien está involucrado o afectado, y puede instrumentarse tanto por acción directa de inconstitucionalidad o por medio de excepción o defensa (demandado que arguye la inconstitucionalidad de la norma en la que funda su pretensión el demandante o actor que reclama algo que una ley a la que reputa inconstitucional se lo deniega).

3) Control automático. Así rotula Naranjo Mesa al control programado por el artículo 241 de la Const. De Colombia, según el cual los decretos legislativos expedidos por el gobierno en casos de estados de excepción, deben ser remitidos a la Corte Constitucional para que ella se expida sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no los remite, la Corte toma de oficio y por sí su conocimiento.

SEGÚN LA HABILITACION DEL TRAMITE DE CONTROL. Cabe diferenciar en este punto dos tipos principales: el condicionado y el incondicionado³⁴³.

1) Condicionado. Esporádicamente el control de constitucionalidad ha sido subordinado a una especie de preexamen, practicado por un sujeto distinto del que debe pronunciar el juicio definitivo de inconstitucionalidad. El objeto de este engranaje condicionante es el de no abarrotar al órgano del control definitivo con solicitudes, recursos o acciones improcedentes o de escasa significación.

2) Incondicionado. Puede denominarse así a aquel que no exige un examen preliminar sobre su procedencia, por un ente diferente al del órgano control de la supremacía constitucional. Por supuesto, cabe aclarar que

³⁴³ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. Cit.* Pág. 477

en la mayor parte de los regímenes vigentes se requiere con frecuencia la satisfacción de algunos recaudos formales; pero ellos no atañen generalmente al fondo de la cuestión constitucional debatida, y, por ende, no implican un preexamen de constitucionalidad en si mismo, sino una fiscalización de los requisitos procedimentales de admisibilidad.

SEGÚN LOS SUJETOS AUTORIZADOS A IMPULSAR EL TRAMITE. Es posible clasificar en tres grupos los sistemas de control de constitucionalidad, en cuanto la legitimación activa para promoverlo³⁴⁴.

- 1) Control restringido. En este subtipo de mecanismo, el número de entes autorizados es limitado, y no comprende a los particulares afectados por la prescripción o acto reputado inconstitucional. El control restringido es frecuente dentro del llamado “sistema preventivo” de control de constitucionalidad (antes de que la norma sea promulgada). Pero también hay control restringido de tipo “reparador”.
- 2) Control amplio. En una segunda postura están los países que permiten a los particulares agraviados a recurrir por si mismos a los órganos de la jurisdicción constitucional. El sistema amplio es usual en los países que siguen el modelo estadounidense, el cual como se sabe, no es preventivo, sino reparador.
- 3) Control amplísimo. Este subtipo de control acaece cuando cualquier persona puede reclamar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, aunque no estuviera lesionado por ella (acción popular).

El grado máximo de amplitud se da cuando, además de existir acción popular, el órgano control puede declarar de oficio, es decir por si mismo y sin mediar petición de parte, la inconstitucionalidad de una prescripción normativa.

³⁴⁴ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. cit.* Pág. 482

6.6.4. En función del radio de acción. El sistema de control es total o parcial; por actos, omisiones o mixto.

La cobertura de un aparato de control de constitucionalidad no es siempre la misma. Hay Estados donde tiende a abarcar a casi todas las normas en vigor; y otros, donde el sistema se repliega sensiblemente. En la mayoría de los países abarca preferentemente actos normativos, mientras que esporádicamente comprende también omisiones normativas³⁴⁵.

TOTAL O PARCIAL. En un mecanismo total de control de constitucionalidad, cualquier norma o acto u omisión estatal puede verse sometido a su evaluación de constitucionalidad, por los órganos pertinentes de la jurisdicción constitucional.

Ello casi nunca ocurre, la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad son de carácter parcial. En el régimen estadounidense, por ejemplo, las normas relativas a political questions (cuestiones políticas) no son, habitualmente justiciables. En otros países, el extrañamiento del análisis de constitucionalidad afecta a diversos tipos de normas.

CONTROL POR ACTOS INCONSTITUCIONALES O POR OMISIONES INCONSTITUCIONALES. Hasta el momento se ha hablado aquí de regímenes de control de constitucionalidad de normas estatales.

Pero el Estado puede pecar de inconstitucionalidad no solamente dictando normas inconstitucionales, sino también no dictando aquellas normas generales que la constitución le manda promulgar; o al no reglamentar el poder ejecutivo la ley dictada por el congreso, cuando así debe hacerlo.

Cabe añadir que en diversos Estados se controla la inconstitucionalidad de la inacción estatal referida a la inejecución de ciertos actos gubernativos.

³⁴⁵ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Teoría de la constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. Pág. 483.

6.6.5. En función del efecto. Los sistemas son no decisorios o decisorios (y aquí, con proyección al caso concreto, o erga omnes), y con resultados retroactivos o no retroactivos.

Otro punto de vista para sistematizar los regímenes de control es el de atender los resultados del acto de control. En este sentido, cabe distinguir los sistemas no decisorios de los decisorios; y desde el ángulo cronológico, los retroactivos y no retroactivos³⁴⁶.

SISTEMAS NO DECISORIOS. Contemplando la eficacia del acto de control, en los sistemas no decisorios el acuse de inconstitucionalidad y su recepción afirmativa por el órgano de control tiene por meta nada más que provocar en el órgano legisferante un acto de reflexión sobre la constitucionalidad de la norma impugnada. Por ello, y no sin razón, se observa que en tal hipótesis el órgano de control de constitucionalidad opera más bien como un auxiliar del órgano legislativo sin efectos vinculantes³⁴⁷.

SISTEMAS DECISORIOS. Al contrario, lo común en el derecho comparado es que el pronunciamiento del órgano de control de constitucionalidad tenga efectos vinculantes y obligatorios para el resto de los poderes del Estado, bien que con diferentes alternativas³⁴⁸.

1) Efectos para el caso concreto. Esta función es típica característica inicial del sistema estadounidense, donde el fallo definitivo que decide la inconstitucionalidad de una norma circunscribe esa decisión para el caso sentenciado, sin obligar a otros tribunales y sin incluso atar al mismo tribunal para otro caso similar. La norma inconstitucional, pues, no es aquí derogada: solamente queda inaplicada en la Litis concreta.

³⁴⁶ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op cit.* Pág. 484.

³⁴⁷ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Teoría de la constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. Pág. 485.

³⁴⁸ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Teoría de la constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. Pág. 485.

De vez en cuando algún texto constitucional ha aclarado expresamente que la sentencia de inconstitucionalidad se reduce al expediente sentenciado. Sin embargo, se debe advertir que en algunas veces, por vía de derecho jurisprudencial, ciertos sistemas han derivado a una clase de eficacia vinculante.

2) Efectos “Erga Omnes”. La otra opción consiste en otorgar al fallo que dispone declarar inconstitucional a una norma efectos generales, derogatorios de la regla jurídica reputada violatoria de la ley suprema.

Es el mecanismo tradicional de los regímenes de jurisdicción constitucional especializada y concentrada en un único órgano básico del régimen de control de constitucionalidad. El sistema puede operar en los casos de vigilancia preventiva de manera más fácil.

3) Sistemas intermedios. Frente a los dos posibles caminos que se presentan para los sistemas de control de constitucionalidad con efectos decisorios, aparecen algunas alternativas intermedias.

SISTEMAS RETROACTIVOS Y NO RETROACTIVOS. Con referencia a la proyección en el tiempo de la decisión del órgano de control es posible diferenciar dos regímenes principales y uno ocasional³⁴⁹.

1) De efectos no retroactivos. Es el más habitual en el derecho comparado: la norma reputada inconstitucional produce efectos hasta el pronunciamiento de inconstitucionalidad por el órgano pertinente (en algunos casos, hasta la publicación del fallo).

2) De efectos retroactivos. Esta posibilidad es por la legislación de la República Federal de Alemania, según detalla Fix Zamudio: “En principio, el fallo de inconstitucionalidad es declarativo y en forma diversa de lo que ocurre en Austria, produce efectos retroactivos (ex tunc)”. Sin embargo, el mismo

³⁴⁹ SAGÜEZ, Néstor Pedro. *Op. Cit.* Pág. 492

autor alerta que en la práctica el tribunal constitucional federal modera tales resultados, circunscribiendo, por ejemplo, el efecto retroactivo a situaciones jurídicas no consumadas.

- 3) De efectos flexibles. Ocasionalmente pueden adoptarse soluciones materiales, en atención a las peculiaridades del caso. Así, con referencia al resultado de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, la ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica dispone que tendrán efecto retroactivo a la fecha de vigencia de la norma, “sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe”.

Pero también añade que en la sentencia constitucional de anulación “podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictara las reglas necesarias para evitar que este produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales” (art. 91). Se trata de una prescripción no frecuente, que confiere papeles materialmente legislativos a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de aquel país, en aras de hallar respuestas jurídicas prudentes y prácticas, y que muestra, además, un fuerte voto de confianza en la judicatura constitucional.

6.7. Control político y control jurisdiccional.

6.7.1. El control político.

Se entiende por tal el que realiza un órgano que no ostenta categoría de tribunal. Al margen de ejemplos históricos (como los del Soviet Supremo en el ámbito de la ex U.R.S.S. o el Consejo de la Revolución en Portugal entre los años de 1976 y 1982), suele ubicarse en Francia como ejemplo de esta modalidad³⁵⁰.

³⁵⁰ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit*, pág. 126.

Es el modelo francés por excelencia, ya que este país, en virtud de su vieja tradición parlamentaria y su elaborada doctrina sobre la soberanía popular, se ha manifestado siempre especialmente receloso sobre cualquier control que escape al canal por el que se manifiesta la voluntad popular³⁵¹.

El control puede ser ejercido por una de las Cámaras parlamentarias. De esta forma, por ejemplo, la constitución francesa del año VIII (1799), que establecía un parlamento plurilateral, compuesto por cuatro cámaras (Consejo de Estado, Cuerpo Legislativo, Tribunado y Senado) entregaba a una de ellas el control de la constitucionalidad de las leyes. Efectivamente, la constitución no asignaba al Senado funciones legislativas, sino que por el contrario actuaba como elector, mediante mecanismos de cooptación, de los miembros del llamado Cuerpo Legislativo, del Tribunado, de los jueces de casación y de sus propios miembros. Pero entre todas sus funciones destacaba la de actuar como conservador de la constitución.

En otras ocasiones los textos constitucionales entregan el control de la constitucionalidad de las leyes a órganos creados a tal efecto. Así, por ejemplo, en Francia dicho control esta atribuido al llamado Consejo Constitucional, recogido en el Título VII de la Constitución de 1958. Este Consejo Constitucional esta compuesto por nueve miembros, de los cuales tres son elegidos por el presidente de la Republica, tres por el Presidente de la Asamblea y otros tres por Senado. Su mandato es de nueve años, renovándose por tercios cada tres años, no siendo posible la reelección. Los expresidentes de la Republica también forman parte del Consejo de forma vitalicia. Las atribuciones del consejo son de diferente índole, en algunas ocasiones actúa como garante de los procesos electorales: vela por la regularidad de la elección del Jefe del Estado y proclama los resultados del

³⁵¹ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *El Estado y la Constitución Salvadoreña*. 1º ed. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000. Pág. 69

escrutinio (art. 58), falla, en caso de impugnación, sobre la invalidez de las elecciones de diputados y senadores (art. 59) y, finalmente, vela por la regularidad y proclama los resultados de los referéndums (art. 60). Junto a estas atribuciones, el Consejo debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentos de las Asambleas; pudiéndole también ser remitidas las leyes ordinarias antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras o sesenta diputados o sesenta senadores (art. 61).

Sus decisiones no son susceptibles de recurso alguno y obligan a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y judiciales. De tal forma que una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni aplicarse.

Hay que destacar el hecho de que este órgano ha sido uno de los órganos más discutidos del texto constitucional de 1958, por considerar que solo se trataba de un instrumento más que contaba el Ejecutivo para controlar la actividad del parlamento, y otros que se trataba de un órgano demasiado influido políticamente, especialmente en lo que se refiere al modo de designación de sus miembros³⁵².

El carácter de este organismo también ha dado lugar a interminables debates y discusiones. Así, hay autores que defienden la naturaleza jurisdiccional del sistema y afirman que sus miembros son “jueces constitucionales” al igual que los de Alemania, España o Italia. Por el contrario, otros remarcan la índole excepcional de este órgano y la intención de los autores de la Constitución de 1958, además de su peculiar composición³⁵³.

³⁵² NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 71

³⁵³ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit.*, pág. 127

Para Bidart Campos y Carnota, el control francés es, sin duda, político pese a que algunos comentaristas lo reputen jurisdiccional³⁵⁴.

Dentro del sistema francés, hay dos clases de controles: uno “ex ante” o preventivo, y otro “ex post” o “a posteriori”. En el primero de los casos, hay supuestos obligatorios, como el de las leyes orgánicas, que junto con los reglamentos parlamentarios deben necesariamente ser sometidos a la consideración del Consejo (art. 61, primera parte). Además, facultativamente podrán ser elevadas al Consejo las leyes ordinarias.

Con anterioridad, quienes podrían provocar esta inspección eran el presidente de la república, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional o el presidente del Senado. A partir de una importantísima reforma llevado a cabo en 1974, se extendió tal legitimación activa a sesenta diputados o sesenta senadores (art. 61, segunda parte, en su redacción por ley constitucional 74-904 del 29 de octubre de 1974). Estas mismas personas pueden incitar al Consejo Constitucional a que revise un acuerdo internacional antes de su ratificación o aprobación (conf. Art. 54 con ulterior modificación incluida).

En cuanto al control a posteriori, es muy puntual; el mismo puede darse en función del juego armónico de los arts. 34 (zona de reserva de la legislación) y 37 (zona de reserva del reglamento). Si el parlamento ha invadido la esfera de acción reglamentaria, puede dictarse un decreto que enderece la cuestión, previa comprobación del Consejo Constitucional (conf. Art. 37, segunda parte). Este procedimiento es conocido como “deslegalización”.

También el Consejo Constitucional tiene funciones en materia del contencioso electoral (arts. 58 a 60), lo cual acentúa su matiz de órgano político.

³⁵⁴ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit.*, pág. 127

En Portugal el primitivo texto constitucional de 1976 establecía, de forma similar al Consejo Constitucional francés, el llamado Consejo de la Revolución. Este era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes. En su composición el Presidente de la República, que lo preside, el Jefe del Estado Mayor de las FFAA, los tres jefes de los tres ejércitos que componen las FAS, el Primer Ministro si fuera militar y catorce oficiales designados por los respectivos ejércitos de las FFAA. Este Consejo no solo era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes sino que también se alzaba como el garante de la fidelidad al “espíritu” de la Revolución de los claveles.

Entre otras misiones que tenía comisionadas estaban las de pronunciarse sobre el nombramiento y destitución del Primer Ministro, también tenía competencias legislativas de forma exclusiva en lo referente a las FFAA, incluidos los actos internacionales de naturaleza militar (primitivos arts. 283 y 284)³⁵⁵.

Hay controles políticos más difíciles de detectar. En Suiza, las constituciones de los cantones son revisadas por la Asamblea Federal antes de entrar en vigencia para verificar su ajuste a la constitución federal antes de entrar en vigencia para verificar su ajuste a la constitución federal. Un sistema equivalente rigió en Argentina entre 1853 y 1860 por imperio del texto de la constitución originaria de 1853, que obligaba al congreso federal a examinar las constituciones provinciales antes de su aprobación y vigencia³⁵⁶.

Existen argumentos a favor de que el control de constitucionalidad de las leyes se le encarguen a un órgano político y no a un órgano jurisdiccional, esto estriba en el principio, de que quien juzga las leyes, se encuentra en

³⁵⁵ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 71

³⁵⁶ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit.*, pág. 128

una posición de cierta superioridad sobre las leyes, y esto no puede recaer en los jueces, que están preparados para juzgar de acuerdo con las leyes, pero no a las leyes mismas. Por otra parte, este órgano debe responder a un principio de legitimidad popular, consecuencia del ejercicio del principio de la soberanía nacional y la participación política y no a un poder³⁵⁷.

Por su parte, los argumentos en contra de un órgano político que se han esgrimido se refieren a los componentes de este órgano así, si están legitimados por la elección popular, como indica Duguit, estarán sujetos a los procesos de discusión política y partidismo, y su funcionamiento estará condicionado por los mismos; por otra parte, ¿Qué sentido tendría crear un órgano del Estado que se basa en los mismos principios y procedimientos que el Poder Legislativo?, para ello, valdría con encargar tal función a una Cámara del Parlamento.

Si los miembros de este órgano no deben su existencia a un proceso electivo, sino que son designados por los poderes del Estado, tales como gobierno y Parlamento, ¿Qué independencia tendrían entonces de su actuación?³⁵⁸

6.7.2. El control jurisdiccional.

Se denomina así porque se trata de una función propia de los jueces: el examen de constitucionalidad incumbe a los tribunales en su función de administrar justicia. Este sistema jurisdiccional, judicial o judicial se desdobra, en dos: a) cuando todos los jueces están habilitados para ejercer el control en la medida que dentro de un proceso judicial deban aplicar, para dictar sentencia, una norma o un acto que se reputan inconstitucionales, el sistema es jurisdiccional difuso o descentralizado; difuso porque,

³⁵⁷ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *op. Cit* Pág. 71

³⁵⁸ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 72.

precisamente, esta disperso en la competencia de todos y de cada uno de los magistrados; b) cuando se establece un solo órgano o tribunal con competencia exclusiva, por manera que ningún otro juez puede controlar la constitucionalidad, en cuyo caso el sistema es jurisdiccional concentrado; concentrado porque se centraliza y unifica esa función en la competencia de un órgano especialmente habilitado, ante el cual se plantean exclusiva y directamente las cuestiones de constitucionalidad, o al cual son elevados los procesos judiciales donde se suscitan.

No puede obviarse que el derecho constitucional comparado reconoce en el esquema contralor jurisdiccional la posibilidad de sistemas mixtos, en tanto y cuanto un tribunal constitucional como a su vez los jueces ordinarios tienen competencia para ejercer el control activado por diversas vías procesales, como es el caso de Perú y de Colombia³⁵⁹.

En el sistema jurisdiccional cobra realce y propiedad el término de jurisdicción o justicia constitucional con que se alude a la revisión o control de constitucionalidad. Es decir, se radica este operativo de resguardo de la Constitución en sede de la administración de justicia.

Cuando el control judicial se halla diseminado en una jurisdicción dispersa del tipo norteamericano y argentino, algunos autores opinan que no existe en sentido estricto una jurisdicción constitucional, la que en rigor solo se configuraría en los supuestos de existencia de un organismo que, al estilo de la constitución de Austria de 1920, y de las actuales que hemos enumerado, monopoliza la competencia para pronunciarse en cuestiones de constitucionalidad. Sin embargo, creemos que la circunstancia de adherirse la revisión constitucional a los procesos judiciales comunes como una cuestión incidental o “prejudicial” respecto de la controversia principal, no

³⁵⁹ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit.*, pág. 118

destruye la naturaleza jurisdiccional del control que, por versar sobre la constitucionalidad, le merece al sistema la denominación de jurisdicción constitucional. No obstante, es evidente que dicha jurisdicción se hace más patente en la categoría autónoma con control que Calamandrei ha llamado concentrado, principal, general y constitutivo.

6.7.2.1. El control jurisdiccional difuso o descentralizado.

El control jurisdicción difuso o descentralizado es un subtipo del control que llevan a cabo todos los jueces; lo pueden realizar todos los jueces, de todas las instancias y de todos los fueros; que puede desembocar en la Corte Suprema que como interprete final de la Constitución decidirá en definitiva sobre el punto en cuestión; que en el marco es una contienda común u ordinaria donde incidentalmente se plantea la problemática constitucional³⁶⁰.

Dentro de los modelos de control difuso cabe destacar al modelo anglosajón. De forma específica se puede hacer referencia al caso de EE.UU. La constitución norteamericana no hace referencia alguna a los mecanismos a emplear en la Defensa de la Constitución; tan solo el art. 6 hace una ligera referencia al establecer que la “Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgare y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en los códigos de los Estados”³⁶¹.

No obstante fue la sentencia del juez Marshall, en el caso Marbury contra Madison, dictada en 1803, quien en relación al tema de la jurisdicción constitucional planteaba la siguiente alternativa. “O la Constitución es

³⁶⁰ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit.*, pág. 119

³⁶¹ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 72

superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el poder legislativo puede modificar la constitución con una ley ordinaria. No existe una solución intermedia entre esta done alternativa: o la Constitución es una ley superior no modificable por el procedimiento ordinario, o se halla en el mismo plano que los actos legislativos ordinarios y, como ellos, es siempre modificable por la legislatura”.

Si la primera parte de la alternativa es cierta, un acto contrario a la Constitución no es ley; en cambio, si la segunda parte es cierta, la Constitución escrita habrá de ser considerada como una alternativa absurda del pueblo para limitar un poder que, por naturaleza, es ilimitable. Ciertamente todos aquellos que han intervenido en la elaboración de las constituciones escritas las contemplaron como ley fundamental en que se funde todo Gobierno organizado en base a una constitución en que un acto de la legislatura no conforme con la Constitución es ineficaz.

El contenido de la sentencia ha sido sintetizado en los siguientes términos³⁶²:

- a) La Constitución es una ley superior, y por consiguiente, un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley.
- b) Es siempre deber del Tribunal decidir entre dos leyes en conflicto.
- c) Si un acto legislativo esta en conflicto con una ley superior –la Constitución- es claro deber del tribunal rehusar aplicar el acto legislativo.
- d) Si el Tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, se destruye el fundamento de todas las constituciones escritas.

Como consecuencia lógica de la mencionada sentencia, se debe entender que todos los jueces tienen la obligación de aplicar la ley, en caso de conflicto de leyes se deberá aplicar siempre la ley de mayor rango.

³⁶² NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *op. Cit.* Pág. 73

Cuando el conflicto se dé entre una norma inferior y la norma constitucional los jueces estarán en la obligación de dar primacía a esta última, por ser precisamente la norma de más alto rango.

No obstante, hay que matizar que la decisión que tomen los jueces, si deciden la no aplicación de la ley ordinaria, no implica la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley.

Los efectos de tal declaración se circunscriben solo al caso concreto que se esté juzgando, y a través de la jurisprudencia a aquellos otros que no planten iguales características y planteamientos.

La ley no obstante seguirá vigente hasta que el parlamento decida lo contrario, o hasta que el Tribunal Supremo Federal, cuando le llegue el caso, decida la no aplicación de esa ley en caso alguno, aunque tampoco en este caso ello implica la extinción de la ley, sino su no aplicación.

En estos sistemas, entonces, por creación del derecho judicial, los tribunales judiciales son competentes para controlar la constitucionalidad de las normas inferiores.

El llamado “modelo americano” ha tenido recepción además de otras partes de América Latina, en Escandinavia y en Japón.

El modelo de control difuso se aplica también en Canadá, Constitución de 1867, Australia, constitución de 1900, Brasil, Constitución de 1946³⁶³.

Por lo demás, en algunos sistemas que podrían catalogarse desde cierta perspectiva como “concentrados” subsiste en algunos supuestos la jurisdicción difusa³⁶⁴.

³⁶³ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 74

6.7.2.2. El control jurisdiccional concentrado.

Frente al modelo de jurisdicción difusa, existente en EE.UU., y por el cual cualquier tribunal puede entender sobre la contradicción entre leyes ordinarias y constitución, se alza el modelo de jurisdicción concentrada, expuesto y defendido por Hans Kelsen, mediante el cual se atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano especial creado al efecto³⁶⁵.

También a este modelo se lo denomina europeo por su ámbito de inicio y primigenio de irradiación; en efecto, se origina en Europa Central (Checoslovaquia y Austria) en el año 1920, resultando su inspirador, en el segundo de los países referidos, Hans Kelsen, quien era profesor de derecho público y de filosofía del derecho en la Universidad de Viena³⁶⁶.

Este sistema de control de la constitucionalidad se caracteriza por cuatro elementos principales³⁶⁷:

1° Un tribunal especial único, justificado por la consideración de que el examen de la constitucionalidad es materia delicada y especial que exige una composición numérica limitada, un sistema de designación que asegure la independencia de sus miembros respecto de los poderes públicos; que sus componentes sean personas conocedoras de la Ciencia del Derecho, y que se mantenga alejada de la política para el cumplimiento adecuado de sus funciones.

2° La posibilidad de acudir ante el mismo por vía de acción, aunque limitando la legitimación para acudir ante el Tribunal, evitando el establecimiento de una especie de acción popular que abriese el camino a acciones números y arbitrarias.

³⁶⁴ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. Cit.* pág. 123

³⁶⁵ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 74

³⁶⁶ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. Cit.* pág. 123

³⁶⁷ NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. Cit.* Pág. 74

3° La nulidad absoluta de la ley declarada inconstitucional. En el caso de que el órgano declarase la inconstitucionalidad de la ley, la consecuencia es su nulidad absoluta, nulidad que puede ser total, si se declara la inconstitucionalidad de la ley en todas sus partes, o parcial, en el caso de que afectara solo a una parte de ella, quedando, en este segundo supuesto subsistente los preceptos no declarados inconstitucionales.

4° La eficacia erga omnes que tiene la declaración de inconstitucionalidad.

Se contrapone, en la literatura comparada, a este esquema, el sistema americano, proveniente del seguimiento que tuvo la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Marbury v. Madison”³⁶⁸.

¿Cómo se diferencia un modelo del otro? Louis Favoreu explica que: “En el sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue de hecho de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones.

La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios, y no precisa de un tratamiento específico: a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional... El modelo europeo es enteramente distinto.

Lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un tribunal especialmente creado con este fin, el cual puede resolver, sin que puede hablarse con propiedad de litigios, por recurso directo de autoridades públicas o jurisdiccionales, o incluso, de particulares, y sus fallos tienen efecto de cosa juzgada³⁶⁹.” Concorre

³⁶⁸ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. Cit.* pág. 123

³⁶⁹ Favoreu, Louis, citado por Bidart Campos, German J. y Walter F. CARNOTA en *Derecho Constitucional Comparado: Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, pág. 124.

Hermann Schwartz al expresar: “Por oposición al sistema difuso americano, el enfoque europeo se basa en concentrar el poder de revisar la constitucionalidad de la legislación en un tribunal especial que no es parte de la magistratura ordinaria y que no resuelve litigios convencionales, una función reservada a los tribunales ordinarios. De esa manera las reglas constitucionales concernientes a los tribunales constitucionales no aparecen usualmente en la sección judicial de las constituciones europeas sino en una sección aparte, luego de los artículos sobre la estructura del gobierno nacional³⁷⁰.”

Es dable remarcar el contexto socio-político en que se da el modelo concentrado o europeo, que es el de la primera post-guerra. Las experiencias históricas parecen demostrar que luego de grandes flagelos políticos-militares y de gobiernos dictatoriales, emergen con toda su fuerza los llamados “tribunales o cortes constitucionales”. Y ello es así –en la primera y en la segunda postguerra europea, en la democratización del Sur de Europa en la década de los setenta, en el postcomunismo- en la medida en que ya no se confía en la capacidad de los jueces ordinarios por refrenar o contener al poder.

Ha sido el profesor Mauro Cappelletti quien magistralmente describió esta falencia del juez ordinario europeo. “Los jueces de Europa continental –dice Cappelletti- son habitualmente magistrados de ‘carrera’ poco aptos para asumir una tarea de control de la leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho mas lejos de su función tradicional de ‘simples interpretes’ y de ‘fieles servidores’ de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de estas que es la declaración de derechos fundamentales o “Bill of Rights”, es

³⁷⁰ Schwartz, Hermann, citado por BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA en: *Derecho Constitucional Comparado: Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, pág. 124

normalmente muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias; ella requiere una aproximación que mal se conjuga con la tradicionalidad ‘debilidad y timidez’ de un juez del modelo continental³⁷¹”.

Las denominaciones (“Corte Constitucional”, “Tribunal Constitucional”, “Tribunal de Garantías Constitucionales”, etc.) pueden variar, pero el diseño es –en lo medular- muy similar.

Este sistema fue adoptado por la Constitución austriaca de 1920³⁷², Italia, España, Portugal, Andorra; los países de Europa Central y Oriental que salieron del marxismo como Polonia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Macedonia, Lituania, Eslovaquia, República Checa, Rusia; algunos países de América Latina como Chile, Colombia y Perú; y en otras latitudes como en Egipto, Corea del Sur y Sudáfrica³⁷³.

En conclusión se debe apuntar que en algunos sistemas el tribunal constitucional es un órgano extrapoderes que no forma parte de la estructura del poder judicial.

6.8. Mecanismos de desaplicación de normas jurídicas en El Salvador.

El Salvador cuenta con un sistema mixto de control jurisdiccional de constitucionalidad, el cual incluye el control difuso y el control concentrado.

El primero en el artículo 185 de la Constitución salvadoreña que indica que “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”. Y, paralelamente, el control concentrado,

³⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro, citado por BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA en: *Derecho Constitucional Comparado: Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, pág.

³⁷² NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *Op. cit.* Pág. 75.

³⁷³ BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA, *op. cit.*, pág. 125

recogido en el artículo 183 del mismo cuerpo normativo, que preceptúa que “la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.

El control difuso se desarrolla en el ordenamiento jurídico de El Salvador a través de la figura de la inaplicabilidad; por su parte el control concentrado se manifiesta a través de la declaratoria de inconstitucionalidad

6.8.1. Inaplicabilidad.

El ordenamiento salvadoreño recoge la figura de la inaplicabilidad o desaplicación, edificando su versión del sistema difuso de constitucionalidad. A través de ella, todos los funcionarios judiciales, al aplicar las normas jurídicas y percatarse de una contradicción de éstas con la Constitución, deben optar por la Ley fundamental, dada su jerarquía dentro del sistema normativo³⁷⁴.

La inaplicabilidad es una potestad conferida a todo órgano jurisdiccional, es decir, a los Jueces de Paz y de Primera Instancia, a las Cámaras de Segunda Instancia o a cualquiera de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, quienes están autorizados para inaplicar una ley cuando ella este en desacuerdo con la Constitución. En otras palabras, este mecanismo de control esta a cargo de todos los Tribunales de la Republica. Cuando uno de ellos observe, en su estudio y aplicación del derecho, alguna falta de concordancia con la constitución, tiene que inaplicar la ley de que se trate. En tal caso, los operadores de justicia tendrán que resolver que esa ley es

³⁷⁴ Mena Guerra, Ricardo. Sistematización del control de la inaplicabilidad en El Salvador. http://www.micomunidadjuridica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=145:sistematizacion-del-control-de-la-inaplicabilidad-en-el-salvador-por-ricardo-mena-guerra&catid=46:archivos-resibidos&Itemid=62

inaplicable por ser contraria a la Constitución, de manera que, ab initio es considera nula y sin valor para el caso concreto³⁷⁵.

La Constitución salvadoreña preceptúa que dentro de la potestad de administrar justicia, le corresponde a todos los tribunales, en los casos que tengan que emitir las resoluciones correspondientes, declarar la inaplicabilidad de cualquier norma jurídica, como los tratados, las leyes, los reglamentos o cualquier disposición contraria a la Constitución³⁷⁶.

Pese a ello, antes de julio de 2006, la normativa constitucional no contaba con un desarrollo en la ley, por lo que la operatividad de la institución atravesaba muchas dificultades prácticas y culturales, ya que algunos funcionarios judiciales se negaban a ser jueces defensores de la Constitución. Empero, no es menos cierto que con el despertar ius publicista, muchos jueces se envalentonaron sobre varios temas —con preferencia en el área penal—, y, por tanto, el ordenamiento contó con una diversidad de criterios sobre la interpretación de normas confrontadas frente a la Constitución³⁷⁷.

La Ley de Procedimientos Constitucionales salvadoreña establece con mayor claridad que todos los tribunales de la República, a petición de las partes procesales o de oficio, deben enjuiciar previamente la constitucionalidad de toda aquella norma de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso, o el fundamento de la resolución que se pronuncie en el mismo. Si alguno de ellos contradice la Constitución, la declarará inaplicable al dictar la

³⁷⁵ PARADA GAMEZ, Flor de María y Alex Armando SORTO CAPACHO. “Los límites a la jurisdicción constitucional”. Trabajo de Grado, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, Junio de 2004. Pág. 16.

³⁷⁶ Art. 185 constitución de la republica

³⁷⁷ Mena Guerra, Ricardo. Sistematización del control de la inaplicabilidad en El Salvador. http://www.micomunidadjuridica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=145:sistematizacion-del-control-de-la-inaplicabilidad-en-el-salvador-por-ricardo-mena-guerra&catid=46:archivos-resibidos&Itemid=62

sentencia interlocutoria o definitiva. Igual facultad tendrá para los actos jurídicos subjetivos, tanto públicos como privados, que violen la normativa constitucional³⁷⁸. Sin embargo, tal potestad sólo es procedente en los casos en que no exista pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley, norma o acto de que se trate³⁷⁹.

Una vez dictada la resolución, ésta únicamente tiene efectos inter partes, pues el criterio del juez no vincula con efectos generales³⁸⁰. Pero con la finalidad de fomentar la unidad en el ordenamiento y la seguridad jurídica, la Ley de Procedimientos Constitucionales salvadoreña establece que el juez o tribunal debe enviar una certificación de su resolución a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia³⁸¹.

Esta remisión constituye un requerimiento para que la Sala de lo Constitucional determine en sentencia definitiva la constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios, siendo su fallo irrecurrible y teniendo un valor vinculante de modo general para todos los funcionarios y ciudadanos del Estado, debiendo además publicarse dicha sentencia en el Diario Oficial.

Pero también, si en la sentencia definitiva la Sala de lo Constitucional declara que en la ley, disposición o acto no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla amparándose en las facultades que concede la Constitución³⁸².

La regulación de este método legislativo de unificación de la jurisprudencia constitucional de los tribunales ordinarios, tiene por propósito lograr un

³⁷⁸ Art. 77-A Ley de procedimientos constitucionales

³⁷⁹ Art. 77-A inciso final Ley de procedimientos constitucionales

³⁸⁰ Art. 77-D Ley de procedimientos constitucionales

³⁸¹ Art. 77-E Ley de procedimientos constitucionales

³⁸² Art. 77-F Ley de procedimientos constitucionales

equilibrio entre la independencia judicial del control de la Constitución y la seguridad jurídica que busca la unidad del ordenamiento, así como la certeza del justiciable.

Como lo ha expresado la Sala de lo Constitucional, éste sólo representa el cauce de conexión entre el control difuso y el concentrado, y bajo ninguna circunstancia constituye un recurso o proceso de revisión de la inaplicación declarada por el tribunal ordinario³⁸³.

La independencia judicial no se vulnera, pues el pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional sólo tiene efectos prospectivos, es decir, para futuro. Por lo tanto, el caso juzgado anteriormente por el juez que desaplicó una norma queda bajo el amparo intacto de la cosa juzgada.

Diferentes son las decisiones futuras, las cuales deberán ceñirse a los precedentes jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, ello por varias razones: primero porque éste es el máximo intérprete de ley primaria, y segundo, porque la misma Constitución edifica los principios de igualdad y seguridad jurídica como pilares de nuestra convivencia, por tanto, es básico para el ciudadano tener un sistema de derecho coherente.

Otro aspecto relevante es que el pronunciamiento que declare la constitucionalidad de la norma sujeta a juicio por la Sala de lo Constitucional constituye un precedente jurisprudencial vertical obligatorio para todos los jueces, quienes deben acatarlos de forma obligatoria. Sin embargo, tal vinculación no opera para la Sala de lo Constitucional, quien por su

³⁸³ Mena Guerra, Ricardo. Sistematización del control de la inaplicabilidad en El Salvador. http://www.micomunidadjuridica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=145:sistematizacion-del-control-de-la-inaplicabilidad-en-el-salvador-por-ricardo-mena-guerra&catid=46:archivos-resibidos&Itemid=62

colocación en el ordenamiento, puede automodificar sus precedentes bajo las motivaciones o justificaciones necesarias³⁸⁴.

También es importante señalar, que para ejercer este control, necesariamente tiene que existir un proceso de cualquier clase en el tribunal que hace uso de la potestad inaplicadora, es decir, un caso particular, lo que se colige del sentido literal del artículo 185 de la Constitución que plantea “art. 185.- dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”³⁸⁵.

En atención a lo anterior, es indispensable hacer notar que la facultad de inaplicar no solo deben ejercerla los tribunales cuando van a dictar sentencia definitiva, puesto que la literalidad del artículo pareciera referirse a ese punto de manera tal que, únicamente en esa fase, los jueces y magistrados están en el deber de utilizar ese mecanismo de control. Sin embargo, el uso del mismo no esta reservado únicamente para la fase decisoria final del proceso, ya que los jueces perfectamente pueden utilizar la facultad de inaplicar que señala el artículo 185 de la Constitución para ejercer un control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos y reglamentos en cualquier estado del proceso, inclusive cuando van a emitir resoluciones interlocutorias o decretos de sustanciación³⁸⁶.

Si bien es cierto, que hasta el momento solo se ha señalado la potestad de los tribunales de declarar la inaplicabilidad de leyes, decretos y reglamentos,

³⁸⁴ Mena Guerra, Ricardo. Sistematización del control de la inaplicabilidad en El Salvador. http://www.micomunidadjuridica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=145:sistematizacion-del-control-de-la-inaplicabilidad-en-el-salvador-por-ricardo-mena-guerra&catid=46:archivos-resibidos&Itemid=62

³⁸⁵ PARADA GAMEZ, Flor de María y Alex Armando SORTO CAPACHO. Ob. Cit. Pág. 17

³⁸⁶ PARADA GAMEZ, Flor de María y Alex Armando SORTO CAPACHO. Ob. Cit. Pág. 17

esto no quiere decir que quedan fuera de este control los tratados internacionales; ya que, conforme al artículo 149 Cn., los tribunales de la Republica también están facultados para declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado que sean contrarias a los preceptos constitucionales, dicha declaratoria se tramitara en la forma prevista para la inaplicabilidad de una ley, decreto o reglamento.

6.8.2. Inconstitucionalidad

El proceso de inconstitucionalidad puede definirse como el mecanismo procesal de control que está constituido por un análisis lógico-jurídico que tiene por fin desentrañar el sentido intrínseco de las disposiciones constitucionales y el sentido general que pueden contener las disposiciones que son objeto del control, para garantizar una conformidad entre las normas inferiores y la constitución³⁸⁷.

El proceso de inconstitucionalidad es un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional justo y necesario en un Estado de Derecho, con el objeto de dar certeza constitucional a las normas sometidas al control de legitimidad, siendo así que a grandes rasgos se desarrolla la jurisdicción constitucional salvadoreña a la cual tiene acceso cualquier ciudadano de la Republica.³⁸⁸

Dentro de este marco se distinguen dos aspectos de control: a) control previo, que se ejerce sobre los proyectos de ley dentro del período de formación; y b) control posterior, que tiene por objeto restaurar el orden

³⁸⁷ BONILLA GONZÁLEZ, Rodolfo Ernesto citado por FLORES ORELLANA, María Magdalena; Guerra Sermeño, Sonia Maribel y José Reynaldo ARGÜERA GONZÁLEZ; "Control Difuso de Normas", Trabajo de Grado, Universidad Francisco Gavidia, San salvador, Junio 2004. Pág. 23

³⁸⁸ MORENO RUIZ, José Luis. "El proceso de inconstitucionalidad e inaplicabilidad como medios de legitimación constitucional de la norma jurídica salvadoreña". trabajo de grado. Universidad Francisco Gavidia, santa Ana, 2008. Pág. 7.

constitucional que ha resultado alterado por la norma inconstitucional, con posterioridad a su vigencia³⁸⁹.

En palabras de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el objeto mediato del proceso de inconstitucionalidad “la defensa del orden constitucional cuando se considera vulnerado por la emisión de una disposición, un cuerpo normativo o un específico acto de aplicación directa de la norma constitucional”³⁹⁰ por lo que cabe asegurar que la finalidad específica del proceso de inconstitucionalidad es la depuración del ordenamiento, en el sentido de excluir del ordenamiento aquellas disposiciones y normas que contraríen la Constitución, debiendo precisarse que dicho proceso –aunque puede generar de modo indirecto, efectos de protección a situaciones concretas-, no está destinado a la protección de situaciones jurídicas concretas, sea que el acto impugnado consista en un acto formalmente legislativo de efectos concretos (como la designación o la destitución de un funcionario de elección de segundo grado), sea que se trate de actos provenientes de otras entidades estatales.

Respecto a la pretensión que se refleja dentro del proceso de inconstitucionalidad, cumple con la misma función que cualquier otra, con la diferencia que se encuentra ante la máxima jurisdicción y con la variante que se desarrolla en aras de proteger la supremacía constitucional haciendo referencia a la contradicción de las disposiciones infra constitucionales; así se puede manifestar que la pretensión requiere establecer los límites sobre los cuales el tribunal constitucional ha de conocer y pronunciarse jurídicamente, lo que implica el correcto señalamiento de los elementos

³⁸⁹ FLORES ORELLANA, María Magdalena; Guerra Sermeño, Sonia Maribel y José Reynaldo ARGÜERA GONZÁLEZ; “Control Difuso de Normas”, Trabajo de Grado, Universidad Francisco Gavidia, San salvador, Junio 2004. Pág. 23

³⁹⁰ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 11 hs y 6 m del 19 de marzo de 2001, en el proceso de inconstitucionalidad 9-2001

requeridos para su configuración dentro de los cuales se encuentran elementos objetivos y subjetivos y elementos jurídicos y facticos.

Dentro de los Elementos Objetivos se tiene que la pretensión constitucional, ha de estar planteada por un ciudadano ante la omisión o mandato expreso o bien ante un acto en concreto ya materializado con efectos generales por parte de algún Órgano de Estado basado en la ley suprema; por otro lado, la pretensión tiene que fundarse en motivos estrictamente constitucionales desechando cualquier otro tipo de fuente formal del derecho existente (Elemento Subjetivo); respecto a los Elementos Jurídicos y Fácticos se hace referencia que la pretensión debe de contener según el primero la señalización concreta de la o las disposiciones lesivas a la Constitución al igual que la especificación de las disposiciones constitucionales que se transgreden y dentro de elemento fáctico se configuran las argumentaciones del actor expuestas para evitarla aplicación de esa disposición, siendo las razones alegadas por el impetrante lo que constituyen el elemento fáctico que a su vez configuran su causa y a la cual la Sala de lo Constitucional hará referencia en su resolución.

El proceso de inconstitucionalidad constituye un control abstracto de normas jurídicas cuyo fundamento de la pretensión no exige la existencia concreta de hechos que afectan una esfera jurídica, siendo nada más necesario la exposición de motivos de inconstitucionalidad (Art. 6 Ord. 3º LPrCn.).

Podría decirse que la pretensión de inconstitucionalidad se encuentra determinada por la voluntad ejercida por parte del impetrante ante la Sala en mención, frente a la contrariedad de disposiciones ordinarias con la ley fundamental y la misión de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional mediante la declaratoria de inconstitucionalidad del objeto de control, el cual en sentido prístino, nos conduce a la legítima congruencia

dentro de todo ordenamiento jurídico frente a la Constitución, ergo, las leyes ordinarias que confrontadas con nuestra ley suprema resulten lesivas hacia la misma, han de ser previo el debido proceso, declaradas inconstitucionales, privándolas ipso facto de eficacia jurídica atendiendo al certero contenido de las disposiciones legales del parámetro como del objeto de control y los argumentos que expone el actor para evidenciar la confrontación normativa³⁹¹.

En relación a la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad, esta consiste en una garantía constitucional materializada mediante un proceso, requirente de una pretensión procesal para que la entidad jurisdiccional actúe en determinado sentido ya que el proceso se inicia, depura y fenece para satisfacer la pretensión planteada sobre la compatibilidad o no de la norma con la Constitución.

Lo cual constituye una garantía constitucional, por que presenta sus propias peculiaridades es respecto a su parámetro y alcance, así se destacan las siguientes³⁹²:

- a) Se trata de enjuiciar la conformidad o no de la norma en general, frente a la Constitución;
- b) El parámetro de control es la norma fundamental, en base de la cual se realizará la legitimación constitucional;
- c) El ejercicio del control constitucional está a cargo de un tribunal, que responde a la independencia e imparcialidad en su actuación;
- d) La competencia de la Sala de lo Constitucional ésta restringida a resolver lo pedido por la parte demandante;

³⁹¹ MORENO RUIZ, José Luis. Ob. cit. Pág. 9

³⁹² MORENO RUIZ, José Luis. Ob. Cit. Pág. 9

e) La declaratoria de inconstitucionalidad se circunscribe para las disposiciones que son contrarias a la Constitución, mientras que las demás conservan su eficacia.

En resumen la naturaleza del procedimiento no es más que la confrontación normativa del orden jurídico legal, mediante un procedimiento especialmente diseñado para tal efecto, concedido a un Órgano encargado de la jurisdicción constitucional.

6.8.2.1 Características de la inconstitucionalidad.

En este punto puede decirse que muchas veces la creación de normas es una función legislativa y ejecutiva, y se ve rodeada de intereses meramente ideológicos y políticos, y en ese quehacer tales Órganos del Estado, caen en un descuido trayendo a la luz de la realidad normas que atentan contra disposiciones constitucionales; este hecho no previsto podría atentar contra los ciudadanos del país, y pueden degenerar en abusos por parte de los Órganos del Gobierno creadores de ella, ante esto surge pues la necesidad de declarar que tales leyes son inconstitucionales, y tal atribución como ya se ha dicho corresponde a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional quien es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, el cual puede efectuarse a petición de cualquier ciudadano en base a lo que establece el artículo 183 Cn³⁹³.

De esta manera puede decirse que las características de este proceso son:

³⁹³ Carrillo Rivas, Daysi Dalila; Ibarra Portillo, Jessica Lissette y Rosales Sevillano, Yaqueline Lorena. "La inconstitucionalidad como medio de defensa de la supremacía constitucional y la efectividad de este para el control de leyes, decretos y reglamentos". Trabajo de grado para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011. Pág. 44.

- Es un proceso de constitucionalidad: Porque este se ampara en la ley fundamental y suprema de todo ordenamiento jurídico que es la Constitución, que regula en su artículo 183 aspectos importantes, como lo es la atribución que le da a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, siendo este el único tribunal competente en su forma y contenido, para hacerlo, de un modo general y obligatorio, esto podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano sin excepción.
- Es de procedimiento especial y de instancia única. Se considera un procedimiento especial porque se solicita únicamente cuando se considera que una ley, decreto o reglamento esta en contravención con los preceptos constitucionales; y es de instancia única, porque es la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional el único ente facultado para conocer de este proceso.
- Procede a petición de parte: Esto en razón a que son los ciudadanos quienes se encuentran legitimados para plantear pretensiones de inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos que tengan ese vicio, e intervenir en esos mismos juicios constitucionales cuando fueren promovidos por ellos, esto según el art. 183 Cn.
- Protege la constitucionalidad: Ya que este proceso se invoca cuando se considera que una ley, decreto o reglamento es contrario a las disposiciones contenidas en la Cn que es la ley primaria y por ende la que debe prevalecer sobre las demás, en razón de esto es que si se declara la inconstitucionalidad se expulsa del ordenamiento jurídico la norma declarada como inconstitucional.

- En un proceso abstracto: Ya que de este conoce un ente especializado, que en este caso es la Sala de lo Constitucional, ante quien se presenta la demanda de manera escrita. Art. 6 L.Pr.Cn.
- Sus efectos son erga omnes: esto en razón a que cuando se pronuncia la sentencia definitiva sobre la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, esta es de obligatorio cumplimiento de modo general es decir de efecto vinculante para todos es decir, es vinculante para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para persona natural o jurídica. art. 10 L.Pr.Cn

6.8.2.2. Dinámica procesal de la inconstitucionalidad³⁹⁴.

6.8.2.2.1. Iniciación.

Para la iniciación de un proceso de inconstitucionalidad están previstas las siguientes especies de legitimación:

- Legitimación –“acción”- ciudadana, en tanto puede ser ejercida por “cualquier ciudadano”, personalmente o por representante. Lo que supone la negación de legitimación de personas jurídicas.
- Legitimación institucional, conferida a las instituciones que integran el Ministerio Público (Fiscalía General de la Republica, la Procuraduría General de la República, y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
- Aunque es discutible si efectivamente se trata de un supuesto de legitimación, el requerimiento judicial.

³⁹⁴ Anaya, S. Enrique. La justicia constitucional en El Salvador. Pág. 322

El acto de iniciación del proceso de inconstitucionalidad se materializa por demanda de inconstitucionalidad, susceptible de ampliación, o por la remisión de certificación de resolución de inaplicabilidad.

6.8.2.2.2. Desarrollo³⁹⁵

El trámite del proceso de inconstitucionalidad comprende al menos las siguientes fases:

- Incidente de admisión de demanda, en la cual la CSJ puede formular prevención al demandante para que aclare aquella.
- Admisión de demanda.
- Informe de autoridad emisora de la disposición impugnada.
- Opinión del Fiscal General de la Republica.
- Muy escasamente, la práctica de medios probatorios.
- Sentencia.

6.8.2.2.3 Terminación³⁹⁶.

El proceso de inconstitucionalidad puede terminar de modo anormal, por una resolución interlocutoria que implica la ausencia de pronunciamiento sobre el fondo, o de modo norma, mediante sentencia.

Las resoluciones interlocutorias que terminan el proceso de inconstitucionalidad pueden categorizarse en cuatro grupos, a saber:

- Inadmisibilidad de la demanda, ante la falta de requisitos de la demanda o la no subsanación de prevenciones hechas al respecto, aunque también se ha utilizado por falta de legitimación activa.

³⁹⁵ Anaya, S. Enrique. La justicia constitucional en El Salvador. Pág. 325

³⁹⁶ Anaya, S. Enrique. La justicia constitucional en El Salvador. Pág. 325

- Improcedencia de la demanda, motivada por defectos en la configuración de la pretensión de inconstitucionalidad advertidos in limine Litis, en falta de legitimación activa, o por la declaración previa de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas.
- Sobreseimiento, generado por defectos de la configuración de la pretensión advertidos in persecuendi litis, o por pérdida de vigencia de la norma impugnada.

La tipología de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad parte de una bifurcación básica³⁹⁷:

- Sentencia desestimatoria –o desestimativo- de la pretensión de inconstitucionalidad, rubro dentro del cual la CSJ ha acudido a algunas técnicas de pronunciamiento e inconstitucionalidad que coincide con sentencias interpretativas –o condicionales- y sentencias integradoras, y
- Sentencia estimatoria –o estimativa- de la pretensión de inconstitucionalidad, incluyendo en este rubro la inconstitucionalidad por conexión y la inconstitucionalidad por acción refleja.

El análisis de los efectos de las sentencias dictadas en los procesos de inconstitucionalidad impone referirse, al menos, a los siguientes aspectos³⁹⁸:

- Efectos intra-procesales, en el sentido que genera la terminación del proceso, sin que sea admisible alguna.
- Efectos en el objeto de control, que pueden ser declarativos (cuando se refiere a disposiciones preconstitucionales, que consiste en la constatación de la derogatoria por clausula derogatoria general, cuando se refiere a disposiciones preconstitucionales) o constitutivos, que supone la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, a futuro, que

³⁹⁷ Anaya, S. Enrique. La justicia constitucional en El Salvador. Pág. 327

³⁹⁸ Anaya, S. Enrique. La justicia constitucional en El Salvador. Pág. 328

se suscitan cuando el pronunciamiento se refiere a normas posconstitucionales.

- Efectos respecto de sujetos, es de señalar que la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad es de efectos erga omnes, esto es, obligatoria y vinculante frente a todos, autoridades y particulares, tanto si es desestimatoria como estimatoria.
- Efectos en el tiempo, que conforme a consolidado criterio de la CSJ, tales efectos son a futuro.

Las sentencias dictadas en los procesos de inconstitucionalidad son publicadas en el medio oficial, el diario oficial.

Al igual que en la inaplicabilidad, los tratados internacionales no escapan de ser objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad, esto se desprende del art. 149 Cn., que expresa que La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

6.9. Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo declarados inconstitucionales.

Para comenzar este apartado, es importante señalar que El Salvador ratificó los convenios 87, 98, 135 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 24 de agosto del 2006 como parte de las negociaciones entre la Unión Europea y Centroamérica, para lograr un Acuerdo de Asociación, expresando que “la ratificación, entrada en vigencia y aplicación efectiva de los Convenios N°87 y 98 de la OIT en El Salvador³⁹⁹ deben ser elementos condicionantes y no negociables en las actuales relaciones de la Unión Europea con el país salvadoreño”.

³⁹⁹<http://www.elsoca.org/index.php/america-central/el-salvador/576-el-salvador-convenio-de-la-oit-reformas-constitucionales-y-reformas-a-la-ley-del-servicio-civil>

Posteriormente a la ratificación de los convenios de la OIT, algunos ciudadanos haciendo uso de la facultad que les confiere la constitución de peticionar la declaratoria de inconstitucional de leyes, decretos, reglamentos⁴⁰⁰, o en su caso de tratados internacionales⁴⁰¹, inician el proceso de declaratoria de inconstitucionalidad de los Convenios 87 y 98 de la OIT, considerando que estos contienen disposiciones contrarias a la norma fundamental del Estado Salvadoreño. Según los ciudadanos que iniciaron el proceso, la inconstitucionalidad se refleja en las siguientes disposiciones de los convenios citados:

Convenio 87. Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

"Artículo 2. Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas."

"Artículo 3. 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Convenio 98. Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.

"Artículo 1. 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en

⁴⁰⁰ Art. 183 Constitución de la Republica

⁴⁰¹ Art. 149 inc. 2 Constitución de la Republica

relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo."

"Artículo 2. 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores."

Finalmente la Sala de la Constitucional, fallo⁴⁰² *"Declárase, de un modo general y obligatorio, que la expresión "sin ninguna distinción" utilizada por el Art. 2 del Convenio de la OIT N° 87 "Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación", es inconstitucional porque contraviene el artículo 47 inc. 1º de la Constitución, en tanto que esa fórmula del Convenio extiende el derecho a la libertad sindical hacia los empleados públicos, quienes no están comprendidos en la determinación constitucional de los titulares de ese derecho."*

⁴⁰² Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 10 hs y 50 m del 16 de octubre de 2007, en el proceso de inconstitucionalidad 63-2007/69-2007

Vale mencionar, que en el año 2009 se produjo una reforma constitucional en la que se modifican los artículos 47 y 48 del texto fundamental del ordenamiento jurídico, en el sentido de armonizar la Constitución de la Republica con los convenios declarados inconstitucionales. Pero el contexto de la reforma no fue solo para poder aplicar los mencionados convenios, sino para que el Estado Salvadoreño siguiera siendo beneficiado Sistema Generalizado de Preferencias ("SGP Plus"), que contiene una serie de ventajas arancelarias para los países participantes en sus relaciones comerciales con la Unión Europea.

CAPITULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Luego de una investigación técnica jurídica sobre la problemática estudiada, y con el respeto irrestricto a los objetivos planteados, se ha superado diversos inconvenientes que se produjeron durante el desarrollo de la misma, aportando una investigación que a parecer del autor contiene muchos elementos jurídicos que ayudaran al lector a formarse un juicio de valor, producto de la lectura comprensiva que el mismo realice, alcanzados los objetivos y cumplidos los mismos, se concluye lo siguiente:

Que el Legislador Constituyente Salvadoreño de mil novecientos ochenta y tres, dejó establecido de una forma ostensible, que la Constitución Salvadoreña tiene prevalencia sobre cualquier normativa de su ordenamiento jurídico, llámense estas leyes ordinarias, incluso, los tratados internacionales están sometidos al examen de constitucionalidad que realizan los legisladores, previo a aprobar un tratado internacional.

La Supremacía Constitucional, como tal, se encuentra plenamente reconocido por la constitución, restándole fuerza jurídica al principio de pacta sunt servanda, al momento de considerar un conflicto constitucional.

La Constitución salvadoreña, tiene la característica de ser Rígida y formal, es decir, no se puede reformar mediante una ley común, sino que, la misma constitución establece el procedimiento para esta, y se ve expresada en la unidad de un cuerpo legal que se considera como ley suprema.

Que la Supremacía Constitucional, es una herramienta necesaria de los mecanismos de control de la Constitución, es decir, los segundos garantizan que la Constitución no sea vulnerada, violentada o transgredida por cualquier cuerpo normativo.

Que la Constitución Salvadoreña expresa que en caso de conflicto entre un Tratado y una Ley, prevalece un tratado, esto aplica únicamente al momento de hacer el juicio lógico interno, es decir, solo cuando se realice la interpretación se le debe de dar prioridad al tratado, debido al principio de pacto sund servanda.

Las Disposiciones de la Convención de Viena no tienen aplicabilidad en el país, debido a que el Estado Salvadoreño solamente ha apoyado y suscrito la misma, sin embargo, esta no ha sido ratificada por El Salvador a través de la asamblea Legislativa.

Que el Derecho Internacional, como tal, en el país se encuentra ampliamente subordinado a lo dispuesto por el Derecho Interno, tal y como queda evidenciado con el trato constitucional que el primero recibe, a través de los Tratados Internacionales celebrados, Ratificados por El Estado de El Salvador, bajo ninguna circunstancia esta pueden prevalecer sobre las disposiciones Constitucionales

Que en el país, tanto a nivel Doctrinario, legal y Jurisprudencial, no existe información que ayude a mejorar cualquier investigación científica que se realice al abordar la problemática existente entre la Constitución y los Tratados Internacionales.

Los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos no gozan de Jerarquía Constitucional, así lo ha establecido la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la Jurisprudencia que se ha citado en la Investigación. En algunos pocos países del mundo se reconoce superioridad supra legal a los tratados internacionales, pero en el país el Principio de Primacía del Derecho Internacional, no tiene validez en el ordenamiento jurídico, debido al formalismo de la Constitución.

Que por culpa de intereses de grupos de poder económico propietarios de algunos partidos políticos conservadores, el país, se ha visto sumergido en un retraso jurídico con relación a otros países, siendo relegados a los últimos de la fila de los países tercermundistas que van adaptando sus legislaciones, con la finalidad de enfrentar de mejor manera el fenómeno de la globalización.

En aquellos países que tienen grupos de poder económico tan exacerbados y retrógrados, el Derecho Internacional es visto como un intruso, un huésped de no grata presencia, esto porque sus ideas novedosas chocan en todo sentido con sus intereses, de ahí que podemos ver que el país no ha ratificado el estatuto de Roma que sostiene el sometimiento a una Corte de Justicia Internacional, independiente, imparcial, y sobre todo atentatoria a los interés de estos grupos.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se han elaborado como grupo investigativo de la problemática planteada, son puntuales, concretas y beneficiosas para la discusión que se ha propiciado, resulta necesario presentarle a la sociedad Salvadoreña un conjunto de puntos a desarrollar en futuras intervenciones de los actores de decisiones políticas del país, además de aspectos teóricos con la finalidad de desarrollar este problema, es por ello que se mencionan entre otras recomendaciones las siguientes:

Con la finalidad de construir una sociedad que tenga la capacidad de integrarse en todo sentido a las nuevas tendencias mundiales, en específico, las jurídico-políticas, es necesario que el Estado Salvadoreño realice un estudio consensuado de aquellas disposiciones constitucionales que impiden la integración a plenitud, con los países con fines en común.

Es necesario que los actores políticos Salvadoreños, encargados de la dirección en las políticas públicas, que guarden estrecha relación con el Derecho Internacional, elaboren y ejecuten un plan estratégico que nos ayude como país a mejorar nuestro ordenamiento jurídico en materia internacional, si bien es cierto que hemos avanzado en políticas integracionistas con la región, estas siguen siendo raquíticas y esporádicas en comparación con otras regiones que han logrado integrarse en materia jurídica, económica, política, etc.

Es necesario que el Estado Salvadoreño, ratifique de una vez por todas la Convención de Viena sobre la regulación de los Tratados Internacionales, al tener mucho tiempo de haber suscrito el mismo y de no haberlo ratificado, se manda un muy mal mensaje a la comunidad internacional, ya que no existe razón de peso, a parte de la disposición constitucional que prohíbe la supremacía de un tratado internacional sobre esta, otra que de verdad haga suponer que la Constitución se violará con la suscripción de un tratado internacional que tenga que ver con la Justicia.

En caso de existir una reforma Constitucional, que permita la equiparación de algunos tratados internacionales al rango de la primera, es necesario, dejar por sentados que aspectos como la territorialidad no debe de reducirse, los fines del Estado Salvadoreño no deben de cambiar, salvo que en estos, se incluyan mejores situaciones para los habitantes.

Se considera ineludible que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, gocen de una posición privilegiada respecto de aquellos tratados internaciones que no contienen disposiciones tan esenciales como los primeros.

Con la finalidad de brindar mejores herramientas a la comunidad estudiantil, es necesario que los juristas Salvadoreños expertos en el desarrollo de esta

problemática, realicen sus aportes por cualquier medio, que ayude a la formación y unificación de un pensamiento jurídico capaz de aportar de forma clara y concreta soluciones a la problemática.

Que la Supremacía Constitucional debe de existir en aquellos casos en los cuales se ve afectado el funcionamiento y buen desarrollo de los fines del Estado, pero, en aquellos supuesto que son para integrarse en materia jurídica como Cortes Internacionales de Justicia, no vemos problema para que se alegue la super legalidad de la constitución.

Que los políticos Salvadoreños se comprometan con la comunidad Salvadoreña e Internacional, a propiciar un escenario idóneo para empezar a discutir esta problemática, y crear aquellas normas que sirvan para integrar el Derecho Internacional y la legislación nacional, no solo cuando les convenga un minúsculo grupo, sino que se piense en el beneficio a priori que traería para la Sociedad Salvadoreña.

Que se logre una verdadera independencia en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en específico de la Sala de lo Constitucional, para que ésta, en verdad sea una garante de la Constitución y no de los intereses de algunos grupos de presión tanto económicos, políticos, gremiales, etc., por que en muchas ocasiones esta, ha sido una tapadera a todas aquellas conductas violatorias a la constitución realizadas por diversos grupos en su momento.

Que los Juristas, académicos, profesionales del derecho, conocedores de esta problemática, capaces de brindar nuevas herramientas para la solución de la misma, se comprometan de forma sincera al desarrollo y formación de debate sobre la antedicha, porque únicamente de esta manera es que se lograra dar el salto de calidad en el pensamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

AKEHURST, Michael, *Introducción al Derecho Internacional*, Alianza Editorial, Madrid, España, 1994.

ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo, *Lecciones de derecho comparado*, Editorial Castello de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, España, 2003.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *La Soberanía Nacional y los Tratados Internacionales*, Editorial UNAM, México D.F., primera edición, 2004.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 2006.

ARRÍOJA VIZCAÍNO, Adolfo; *Derecho Fiscal*; Decima octava edición, Editorial Themis, México D.F., 2004.

BAZÁN, Víctor, *El Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina*, Estudios Constitucionales, noviembre año/vol. 4 numero 002, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, Chile, 2006.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho Internacional Público*, Ed. UNAM. México. 1991.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006.

BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, 4ª. Ed., Santiago, Jurídica Conosur, Chile, 1993.

BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, 3° Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1969.

BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1987.

BIDART CAMPOS, German J., *Lecciones elementales de política*, treceava reimpresión, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino: Tomo I*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992.

BIDART CAMPOS, German J. y Walter F. CARNOTA. *Derecho Constitucional Comparado: Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001.

BIDEGAIN, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Tercera edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

BLUNTSCHLI, M., *El Derecho Internacional Codificado*, traducción de José Díaz Covarrubias, México, 1871.

BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo Andrés, *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico- práctico de su posible operatividad*.

BREWER-CARIAS, Allan R., *El control de la constitucionalidad de los actos Estatales*, Editorial Juridica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1977

BREWER-CARIAS, Allan, *La aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano*, Revista Iberoamericana de derecho procesal Constitucional, edición n°6, Editorial Porrúa, Mexico D.F., 2006

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, México D.F., 1986.

CÁCERES CORRALES, Pablo J., *Crítica constitucional del estado liberal a la crisis del estado providencia*, Santa fe de Bogotá, Banco de la República, Colombia, 1989.

CANTOR, Ernesto Rey, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Departamento de publicaciones de la Universidad libre de Cali, Colombia, 1994.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 1996.

DE PINA VARA, Rafael., *Diccionario de Derecho*, vigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1996.

Diccionario de la Lengua Española: Tomo I, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, S.A., Barcelona 1954.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Basave, *Filosofía Del Derecho Internacional: Iusfilosofía Y Politosofía De La Sociedad Mundial*, 2º ed. México, 1989.

GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional: Tomo I*, Editorial Ediciones Depalma Buenos Aires, 1997.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina Kelsiana*, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1978.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 2000.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 52 ed., Editorial Porrúa, México D.F., 2001.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, España, 1964.

GAVIRIA, Liévano Enrique, *Derecho internacional Publico*, Quinta Edición, Editorial Temis, 1998.

GHIGLIANI, Alejandro E., *Control jurisdiccional de constitucionalidad*, Editorial Roque Depalma Editor, 1952.

GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, José Raúl, *Control De Constitucionalidad Técnico Jurídico Con Carácter Previo Para Tratados Internacionales Celebrados Por El Salvador*, 2008.

GUTIÉRREZ POSSE, Moncayo Vinuesa, *Derecho Internacional Público: Tomo I*, Editorial Zavalia, Argentina, 1990.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, editorial fondo de cultura económica, México D.F., primera reimpresión de la segunda edición el español, 2000.

HENDERSON, H., *Los tratados Internacionales de derechos humanos en el ámbito interno: la importancia del principio pro homine*, Revista del Instituto

Interamericano de Derechos Humanos, Volumen 39 enero-junio 2004, San José, Costa Rica, 2004.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Dalloz, Paris, Francia, 1962.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, Madrid, España, 1934.

Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

LARREA HOLGUÍN, Juan, "*Supremacía de la Constitución y los tratados internacionales*", revista de derecho UASB-Ecuador /ICEN, Quito, 2003.

LANGLOIS, René Alberto, *Curso de Derecho Diplomático, Teoría y práctica de la diplomacia*, Corte Suprema de Justicia, Sección de publicaciones, El Salvador, 2009.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional: Tomo III*, 2ª edición, editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1978.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS Claudio, *Manual De Derecho Internacional De Los Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, *Manual de derecho internacional público y privado*, Editorial Piedra Santa, Guatemala, 1982.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos*, Anuario de Derecho Constitucional

Latinoamericano, Edición 2000, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 2000.

NUÑEZ RIVERO, Cayetano. *El Estado y la Constitución Salvadoreña*. 1° ed. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000.

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro, *Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia*, Estudios Constitucionales, año/vol. 4, numero 002, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, Chile, 2006.

OPPENHEIM, L., *Tratado de Derecho Internacional Público, tomo I, vol. I*, traducción de H.M. Castro-Rial, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

PANIAGUA FLORES, Saúl, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, Bolivia.

PECOURT GARCÍA, Enrique, *Tendencias actuales de la doctrina italiana de derecho internacional público*, Instituto Alfonso El Magnifico, Valencia, 1965.

PEÑA, Sergio, *Apuntes Derecho Internacional Público*, Curso de Derecho Internacional público, Universidad de Valparaíso, Chile, Marzo 2011.

POLO BERNAL, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México D.F., México, 1985.

QUIROGA LAVIE, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.

ROMERO VALENCIA, Alberto, *Conceptos del Derecho internacional Privado, Apuntes del Derecho Internacional Privado*, México, 2004.

ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1981.

SAGÜEZ, Néstor Pedro, *Teoría de la constitución*, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, Editorial Nacional, Madrid, España, 1966.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, Argentina, 1956.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Editorial, Porrúa, s. a. Séptima edición .México, 1981.

SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 1979.

SERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, México D.F.,

SIERRA, Manuel J., *Tratado De Derecho Internacional Público*, 3º ed. México, 1959.

SCHMITT, Carls, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1934.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Trigésima séptima edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2005.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 17º ed. UNAM, México, 1980.

TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, *Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional*, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, Cámara de Diputados de México, México, 2006.

TORRÉ, Abelardo, *Introducción al estudio del Derecho*, AbeledoPerrot, Argentina, 2011.

URSÚA, Francisco A., *Derecho Internacional Público*, Editorial Cultura, México, 1938.

VANOSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, S.Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.

VAN VÁSQUEZ, Cornelius, *Derecho Internacional Público*, editorial Porrúa S.A., Novena Edición, México, 1983.

VARGAS VELARDE, Oscar, *Los tratados y la constitución nacional*, ensayos, monografías y conferencias, Revista debate.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Editorial Aguilar, Madrid, 1963.

VILLALOBOS UMAÑA, J., *El valor jurídico de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos en el Sistema Constitucional Costarricense*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Fundación Konrad AdenaurStiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 2000.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein; *Introducción al derecho comparado*, 2° ed., Oxford University Press, México, 2002.

TESIS

BERRIOS VELASQUEZ, Silvia Mercedes; CASTILLO CAMPOS, Patricia Margarita; VASQUEZ, José de la Cruz; “Aplicación De Los Tratados Internacionales Al Decretar Las Medidas Cautelares” *Tesis de grado*,

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1999.

CARRILLO RIVAS, Daysi Dalila; IBARRA PORTILLO, Jessica Lissette y ROSALES SEVILLANO, Yaqueline Lorena. “La inconstitucionalidad como medio de defensa de la supremacía constitucional y la efectividad de este para el control de leyes, decretos y reglamentos”. Trabajo de grado para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011.

FLORES ORELLANA, María Magdalena; GUERRA SERMEÑO, Sonia Maribel y José Reynaldo ARGÜERA GONZÁLEZ; “Control Difuso de Normas”, Trabajo de Grado, Universidad Francisco Gavidia, San salvador, Junio 2004.

MORENO RUIZ, José Luis. “El proceso de inconstitucionalidad e inaplicabilidad como medios de legitimación constitucional de la norma jurídica salvadoreña”. trabajo de grado. Universidad Francisco Gavidia, santa Ana, 2008.

ORDOÑEZ REYNA, Aylin Brizeida, “Régimen Constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica”, *Tesis Doctoral*, Barcelona, España, 2010.

PARADA GAMEZ, Flor de María y Alex Armando SORTO CAPACHO. “Los limites a la jurisdicción constitucional”. Trabajo de Grado, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, Junio de 2004.

UZQUIANO, María Antonieta. “Medios de Defensa del Orden Constitucional”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1987.

LEGISLACION

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Ley de procedimientos constitucionales, Decreto Legislativo No. 2996 del 14 de enero de 1960, Diario Oficial No. 15, Tomo 186, del 22 de enero de 1960.

Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, Decreto N° 24 del Consejo de Ministros del 18/4/89, Diario Oficial No. 70 del Mismo Día.

LEGISLACION INTERNACIONAL

Carta de las Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. México, 2001.

Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Austria.

Convenio Número 87 “Sobre la libertad sindical y la protección del trabajo”, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 9 de julio de 1948.

Convenio Número 98 “Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva”, Conferencia General de la Organización del Trabajo, 9 de julio de 1949.

JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional, sentencia declarando inconstitucionales los convenios de la OIT n° 87 y 98

Sala de lo Constitucional de El Salvador, Jurisprudencia, expediente 105-2000, de fecha 28 de febrero de 2000

Sala de lo Constitucional de El Salvador, Jurisprudencia, sentencia 24-97/21-98.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de cinco de septiembre de dos mil uno, dictada dentro del expediente 18-2001.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 11 hs y 6 m del 19 de marzo de 2001, en el proceso de inconstitucionalidad 9-2001

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 10 hs y 50 m del 16 de octubre de 2007, en el proceso de inconstitucionalidad 63-2007/69-2007

FUENTES HISTORICAS

Constitución Política de El Salvador de 1939, en *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

Constitución Política de El Salvador de 1950, en *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

Constitución Política de El Salvador de 1962, en *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Tomo II A, Primera Parte, UCA Editores, San Salvador, 1993.

SITIOS WEB

www.csj.gob.sv

www.dcomunitario.com

www.ermoquisbert.tripod.com

www.derechocomunitario.org.esp

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Uruguai.pdf>

<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>

http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/auditoria_interna/Archivos/Material_de_Descarga/Constitucion_de_la_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_-_36.860.pdf

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>

<http://www.resdal.org/Archivo/d000008d.htm>

<http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/>

http://www.micomunidadjuridica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=145:sistematizacion-del-control-de-la-inaplicabilidad-en-el-salvador-por-ricardo-mena-guerra&catid=46:archivos-resibidos&Itemid=62

<http://www.elsoca.org/index.php/america-central/el-salvador/576-el-salvador-convenio-de-la-oit-reformas-constitucionales-y-reformas-a-la-ley-del-servicio-civil>