



MAESTRÍA EN ESTUDIOS JUDICIALES

Señores Rectores:

Monseñor Miguel Ángel Morán Aquino
Universidad Católica De El Salvador

Ingeniero Ricardo Poma
Escuela Superior de Economía y Negocios

Doctor David Escobar Galindo
Universidad Dr. José Matías Delgado

Para optar al grado de Maestro

**LA INFLUENCIA DEL IUSNATURALISMO EN EL AXIOMA DE
JUSTICIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO**

Presentado por
Licenciado Raúl Armando Aguilar Morán.

SANTA TECLA, DICIEMBRE DE 2016

Autoridades de las Universidades.

Señores Rectores:

Monseñor Miguel Ángel Morán Aquino

Universidad Católica De El Salvador

Ingeniero Ricardo Poma

Escuela Superior de Economía y Negocios

Doctor David Escobar Galindo

Universidad Dr. José Matías Delgado

CARTA DE AUTORIZACIÓN

Yo, RAUL ARMANDO AGUILAR MORÁN, con Documento Único de Identidad Personal, alumno de la Escuela Superior de Economía y Negocios, Universidad Doctor José Matías Delgado y Universidad Católica de Occidente, **Manifiesto:**

Que soy el autor del proyecto final denominado “La Influencia del Iusnaturalismo en El Axioma de Justicia del Derecho Constitucional Salvadoreño” presentado como finalización de la Maestría en Estudios Judiciales.

Que la obra es una obra original y que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de publicidad, comerciales de propiedad industrial o de otros, y que no constituye una difamación, ni una invasión de la privacidad o de la intimidad, ni cualquier injuria hacia terceros.

En consecuencia AUTORIZO a la Escuela Superior de Economía y Negocios, Universidad Doctor José Matías Delgado y Universidad Católica de Occidente a que realicen la impresión de la obra en la forma que se considere conveniente y dentro de los límites que establezca la ley correspondiente.

Santa Tecla, uno de noviembre de dos mil dieciséis.

Contenido

INTRODUCCIÓN.....
CAPITULO 1. GENERALIDADES.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	6
1.3. JUSTIFICACIÓN DE VIABILIDAD.....	8
1.4. OBJETIVOS	11
1.4.1. Objetivo General	11
1.4.2. Objetivos Específicos.....	11
CAPITULO 2. MARCO TEÓRICO.....	13
2.1. EL CONCEPTO Y EL AXIOMA.	13
2.1.1. El concepto.....	14
2.1.2. El axioma.....	15
2.2. INDICADORES DEL AXIOMA.....	16
2.3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS BIENES COLECTIVOS.	21
2.4. LOS AXIOMAS EN LA CONSTITUCIÓN.	24

2.5. LA JUSTICIA.....	25
2.5.1. Consideraciones sobre la justicia.....	26
2.6. LA INFLUENCIA DE LAS TEORÍAS NO POSITIVISTAS O IUSNATURALISTAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LA JUSTICIA.....	35
2.7. LA JUSTICIA COMO ACTIVIDAD PROCESAL.....	42
2.7.1. Factores de la Justicia.....	42
2.7.1.1. El creador de la norma.	43
2.7.1.2. Operadores de justicia.	45
2.7.1.3. El razonamiento de los jueces en virtud de la teoría filosófica.	48
2.7.1.4. Los litigantes.....	49
2.7.1.5. Sala de lo Constitucional.....	50
2.7.2. La justicia, la moral y el derecho.	51
2.8. EPISTEMOLOGÍAS DEL DERECHO	53
2.9. TEORÍA DE LOS PINES.	55
2.9.1. Los Principios	56
2.9.1.1. Determinación de los Principios.....	57
2.9.2. Las Necesidades	58

2.9.3. Los Intereses	60
CAPITULO 3. MARCO LEGAL	63
3.1. DESARROLLO CONSTITUCIONAL	63
3.2. LA JUSTICIA COMO FIN SOCIAL, BIEN COMÚN.....	70
3.3. LA JUSTICIA COMO LA DISTRIBUCIÓN DE CARGAS Y BENEFICIOS EN EL ESTADO (JUSTICIA SOCIAL)	72
3.4. LA PROPIEDAD PRIVADA.....	73
3.5. LA JUSTICIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA DEMOCRACIA	77
3.5.1. Desobediencia civil.	83
3.6. LA JUSTICIA COMO MEDIACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PARTICULARES	91
3.7. JUSTICIA COMO PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	93
3.7.1. Vinculatoriedad del precedente Constitucional.	98
3.7.2. Relación entre la Jurisprudencia y la Doctrina Legal.	105
CAPITULO 4. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	111
4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	111
4.2. DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO Y DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA	112

4.3. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADOS	113
4.4. CUESTIONARIO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS PREGUNTAS REALIZADAS	113
4.5. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	119
4.6. RECURSOS	121
CAPITULO 5. RESULTADOS	123
5.1. PRESENTACIÓN DE LOS HALLAZGOS	123
5.1.1. Exposición por la Teoría de los PINES	124
5.1.2. Influencias de las filosofías del derecho inmersas en la Constitución	136
5.2. ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS	140
5.2.1. Las actividades legítimas del juzgador.	141
5.2.2. El papel activista de los Jueces.	146
5.2.3. El uso de la doctrina como medio de justificación de las resoluciones judiciales.	146
5.2.4. Proceso de Adecuación y de Contextualización	148
5.3. IMPACTO ESPERADO	152
5.4. CONCLUSIONES	155
5.5. RECOMENDACIONES	157
5.6. PROPUESTA	159

BIBLIOGRAFÍA.....	161
ANEXOS.....	175
7.1. HOJA DE ENCUESTA.....	175
7.2. DATOS RECOLECTADOS Y TABULADOS	179
7.3. GLOSARIO TÉCNICO	187
7.4. DATOS ESTADÍSTICOS	201

INTRODUCCIÓN

El Derecho a la luz de la filosofía es un vasto universo de posibilidades y retos. En la búsqueda de la mejora continua se han propuesto alternativas por explicar y ordenar el entorno humano así el Derecho natural surge como teoría ética con enfoque filosófico que considera que la existencia de los derechos del hombre provienen de su propia naturaleza, el hecho de “ser humano”, y maneja los preceptos como universales, anteriores y superiores al derecho positivo.

La idea de una ley inmutable riñe con realidad, la dinámica social y los problemas jurídicos, económicos y morales que constantemente presentan cambios a la forma como vivir y hacer negocios. En muchos casos la ley se vuelve insuficiente para dar respuesta a las problemáticas que surgen, recurriéndose a otros medios en busca de una respuesta que establezca de nuevo un equilibrio, es así como con la actividad judicial toma un papel protagónico, especialmente a nivel de jurisprudencia.

La actividad innovadora de la jurisdicción es considerada en virtud de dos propuestas, la primera: el juez no sólo aplica la ley, sino que además crea derecho, esta crea amplitud en la actividad pues se refiere al juez en general como garante de la Constitución, siendo por tanto más amplia, y la segunda: esta noción es más restringida, pues reserva la actividad a ciertas instituciones y en determinados casos, en lo restante lo prohíbe o al menos delimita la actividad.

La jurisprudencia como tal tiene una base eminentemente iusnaturalista, al permitir, ante diversas opciones, el establecimiento de soluciones alternativas al texto frío y escueto de la ley en la esfera de protección de los intereses del colectivo, cosa que no sería posible ante una teoría propiamente positiva (rígida). La amplitud y maniobrabilidad traen consecuencias en la práctica y en el derecho, por una parte la práctica jurídica no está preparada para recibir estas tendencias por la propia idiosincrasia del operador de justicia, pues maneja el resabio de la dureza normativa y el mecanicismo procesal; para el derecho estas expresiones aúnan al problema filosófico del fin mismo del derecho y el Estado, pues tiene que darle sentido a la estructura del control y regulación de los principios relacionados con estos pronunciamientos.

Otro aspecto importante resulta al visualizar a “la institución” como parte de un sistema global, y a El Salvador como una fracción del mundo jurídico, claramente influenciado en prácticas, procesos, teorías y problemas de toda índole; así recientemente la Sala de lo Constitucional en su calidad de único intérprete de la Constitución ha promovido la incorporación de derechos garantizables en nuestro ambiente constitucional, y que con la premisa de universalización del derecho retoma los medios de la globalización para influir en los sistemas jurídicos de los Estados.

El autor Zygmunt Bauman resume los efectos de la globalización diciendo: *“a lo que nos ocurre más que a lo que queremos hacer. Hoy, nadie controla el mundo”*¹ a lo que justamente se agrega que esta transformación implica corrientes de pensamiento jurídico a las que o se ajustan los sistemas jurídicos o quedan en real desventaja. Además se tiene la influencia directa de los países cooperantes que aportan elementos jurídicos por trasplante o ideologización. Las tendencias jurídicas traídas en virtud de los trasplantes jurídicos a nuestra institucionalidad necesitan de una evaluación en fin de determinar si se adecuan o al menos persiguen los fines de nuestro contrato social.

Aun cuando se manifiestan las diferentes concepciones de lo que es la justicia, lo que se busca no es precisamente un concepto, pues se considera como aceptable la tendencia de la dinámica conceptual, así más importante sería establecer los parámetros que estas concepciones generan a efecto de poder explicar el fenómeno en la realidad. Con el objeto de darle cumplimiento a esto se propone la denominada “teoría de los PINES”, que básicamente será la herramienta por la cual se busca sintetizar las diferentes manifestaciones de justicia que surgen en un sociedad determinada y en un momento histórico específico con el objetivo de predecir los

¹ La Globalización. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, Pág. 79 y siguiente.

parámetros de justicia y en consecuencia determinar los parámetros de legitimación de las estructuras estatales.

En el tiempo que duró el desarrollo de la investigación se pudieron percibir actividades institucionales, especialmente la Sala de lo Constitucional, que en buena forma han impuesto tendencias y cambios a la forma de como las cosas se han desarrollado y hecho siempre, llamando especialmente la atención la fundamentación en derechos y principios muy relacionadas a las teorías naturalistas.

La influencia del iusnaturalismo en el sistema jurídico salvadoreño y especialmente en el Derecho Constitucional es importante y notable, no obstante siempre se tiene una tendencia por parte de los factores en la administración de justicia que limitan un ejercicio óptimo de las posibilidades que con estas teorías jurídicas filosóficas se pueden lograr.

Aun cuando las bases del iusnaturalismo en el derecho salvadoreño están bien cimentadas falta aclarar algunos vacíos, especialmente de carácter normativo de orienten, regulen y limiten la función activista del juez en la resolución de conflictos.

Con este aporte se busca determinar elementos importantes sobre la situación actual en la aplicación de la justicia por influencia de la corriente filosófica del iusnaturalismo, para que sirva en el establecimiento de políticas en la conformación del cuerpo normativo que facilite la intrusión y evitar en consecuencia el uso indiscriminado de la jurisprudencia para este fin.

1. CAPITULO I. GENERALIDADES

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con esta investigación se propone a la comunidad jurídica nacional, una evaluación diagnóstica de la influencia que la corriente filosófica del iusnaturalismo en la concepción de la justicia en el Derecho Constitucional Salvadoreño, con enfoque en los métodos de ponderación filosófica jurídica de los Valores, Principios y Derechos incorporados al sistema jurídico por medio de la jurisprudencia en la búsqueda de la determinación del “derecho correcto” y en consecuencia la búsqueda de la justicia² en El Salvador.

Se ha dicho mucho sobre qué es la justicia y a la fecha no parece haberse llegado a un acuerdo que satisfaga a todos; es más, los conceptos de derecho y justicia eventualmente se confunden, y con razón, pues comparten la misma etimología³.

Además, se puede afirmar que la expresión "dar a cada quién lo que se merece" resulta incompleta e incluso revisable en nuestra sociedad; tomando en consideración que no sería necesario tener instrucción alguna para percibir lo que es justo.

El reto será ordenar esas expectativas para volverlas comunes en el sistema normativo y judicial.

Concebir la justicia como algo inmutable es un error. Aunque la justicia tiene un carácter universal, es indudable que obtiene sus propios matices y formas en virtud del lugar, situación económica, cultura, recursos naturales, etc., por eso es necesario calibrar las concepciones de las que se sostiene como tal, para esto se buscará determinar los parámetros mínimos concordantes.

Los parámetros de justicia que en su momento no fueron más que enunciados, pueden llegar a constituir parte del derecho a partir de la costumbre, la norma o la jurisprudencia.

² Esto es lo que el autor Boddio considera “el problema deontológico del derecho”

³ Comúnmente se toman como sinónimos, Ej., orden, verdad, recto, justo,

La dinámica social y jurídica al modificar las instituciones puede considerarse como justo lo que antes era considerado injusticia o indeseable y con esto variar toda la concepción del sistema jurídico y normativo del país.

El derecho jurídico salvadoreño se basa en ideas derivadas del derecho napoleónico y romano, y por ende es fácil conciliarlo con expresiones como "*dura lex, sed lex*", por la supremacía de la norma, etc. en su noción más fundamental, y aun después de largos procesos de reforma judicial estas ideas no se disipan completamente de la práctica procesal al estar profundamente arraigados en la conciencia del juzgador.

El resultado de la controversia pone al sistema jurídico fuertemente a prueba al evaluar su funcionamiento y el cumplimiento de su finalidad desde las ópticas jurídicas, filosóficas sociales, económicas e incluso culturales (el narcotráfico, las maras o pandillas, corrupción, geopolítica mundial, etc.), que le generan fuertes cuestionamientos en nuestro país.

La falta de una solución puntual a los problemas sociales fundamentales⁴ en el momento y la tardanza en la dinámica jurídica de solución de conflictos crean una situación tensa que a la vista del planteamiento del autor Jorge Esquirol, en América Latina el derecho a fracasado y por ende el propio Estado.⁵ Las preguntas importantes serán ¿Por cuánto tiempo más se puede refutar esto?, ¿Cuál es la situación salvadoreña?

Es necesario verificar el rumbo, definiendo claramente las reglas por las cuales el juego se va a dar, es claro que estas reglas serán puestas en gran medida por las interpretaciones judiciales, (que por su dinamismo y relativa facilidad de generación⁶) que a su vez deberán tener como punto de partida en su enunciado la estructura básica de la sociedad (Rawls, 2000. Pág.

⁴ los cuales a modo ilustrativo mas no restringidos los encontramos con el autor John Rawls, al decir que son Coordinación, eficacia y estabilidad (Rawls, 2000. pág. 19)

⁵ "Numerosos estudios y descripciones académicas lo confirman. El derecho estatal en la región es considerado sumamente inefectivo e inadecuado; las judicaturas nacionales lucen ineficientes y corruptas; y el *rule of law* y su aplicación coercitiva parecen prácticamente inexistentes." (Esquirol, 2009, págs. 1, 5, 9 y 15)

⁶ En contraste con el proceso de reforma constitucional.

20) así el medio idóneo para que filosofía jurídica se manifieste en la concepción y reconocimiento de los derechos y garantías, correspondiéndole por primacía a los más altos tribunales de justicia -para el caso las Salas de la Corte Suprema de Justicia- como explicador de preceptos. Con su aporte han de suplir y ordenan los parámetros de consideración de las instituciones jurídicas, para nuestro caso la justicia y el bien común.

Así la tendencia internacional de generar flexibilización y amplitud en los ámbitos de protección constitucional ha permeado nuestro sistema jurídico y en virtud de los trasplantes jurídicos se vienen a modificar instituciones generales y específicas básicamente con corrientes filosóficas que procuran la protección de los derechos humanos, gracias a la influencia del Derecho natural, pero ¿serán suficientes?, ¿tendremos demasiado? ¿Hasta dónde hemos llegado?, ¿quién y cómo se controla el sistema de incorporación?

Paradójicamente en la medida que se crean ámbitos especiales de protección constitucional⁷, la efectividad de la regulación social y efectividad de los procesos, ya sea por desconocimiento o incomprensión de los lineamientos constitucionales amplios, incluyéndose aquí los incorporados por interpretación jurisprudencial, pueden generar consecuencias indeseadas o poco comprendidas por el espectador.

En un primer momento resulta necesario “determinar y definir” los derechos resultantes del proceso de incorporación y el matiz propio que los caracteriza, lo que el autor Robert Alexy denomina “*enunciados de validez normativa*” (Alexy, 1993, pág. 60); en una segunda etapa es necesario contrastarlos con la realidad del país con el objeto de visualizar los diversos significados a partir de la realidad, la justificación puede ser considerada en dos situaciones interdependientes entre sí, que son la Subjetividad y la Aplicación práctica.⁸

⁷ Tal es el caso de la vinculación a la Constitución y la protección y eficacia de los derechos de las personas que se establecen en los Art. 2 y 18 CPCM.

⁸ para ver los enunciados completo sugiero ver (Rawls, 2000 pág. 52)

Es entendible que el sistema jurídico crece en la medida que la necesidad lo impulsa, así las resoluciones que sientan jurisprudencia deberán tener la visión de generar reglas judiciales⁹ de derecho válidas “*erga omnes*”, a partir de los efectos “*inter partes*”, es decir, propias al caso y a casos similares. De ahí la importancia de este estudio, así pasamos del simple precedente del tribunal (que vincula a un juez determinado) a la generación de derecho por la judicatura. Esto es lo que el autor Doctor Diego López Medina, ha dado en llamar “sentencias hito” (López Medina, 2011, pág. 164).

De lo anterior se retoma el término “jurisprudencia”, que en el uso común se considera como algo dado, válido y eficaz, no obstante pareciera que aún se encuentra indeterminada y no pasa más de ser una fuente del derecho¹⁰, denotando un debilidad sustancial del sistema jurídico salvadoreño, al no ser oponible¹¹ ante juez u autoridad, perdiendo su efectividad. Por esto es necesario su reconocimiento.

Esto nos lleva a estudiar¹² la influencia de las teorías positivistas, las naturalistas y las *iusnaturalistas* no positivistas, que aun y cuando no son las únicas si son las de mayor consideración en el ámbito internacional, y de cómo estas influyen en la formulación de sentencias nacionales, que vendrían a configurarse en el país y por tanto serán criterio en la resolución de conflictos.

Por la naturaleza del tema de investigación propuesto, resulta necesario hacer las siguientes delimitaciones:

- **De limitación espacial:** El estudio se limita a la opinión de los aplicadores de justicia de la ciudad de Santa Ana, en relación los patrones de incorporación del iusnaturalismo en el

⁹ Esto tendría que ser en vías de generalidad y obligatoriedad para ser efectivas.

¹⁰ Surge la pregunta ¿será una fuente eminentemente interpretativa? o ¿tendrá características de oponibilidad? Se cita como ejemplo el Editorial del Dr. Mauricio Alfredo Clará (Clará, 2014).

¹¹ Salvo el caso de la Declaratoria de Inconstitucionalidad, o para efecto entre las partes.

¹² Se rescata aquí la relación entre la norma y la expresión normativa; la inclusión de la moral y la ética en el derecho, etc.

Derecho Constitucional que generan influencia y definición del axioma de justicia, Especialmente por ciertas resoluciones emitidas por la Sala de constitucional correspondientes a la protección jurisdiccional y sus derivados incorporados por interpretaciones de la Constitución, seleccionadas por medio de un método de exclusión.

- **Delimitación Temática:** Se comprenderá el estudio de la Justicia, así como sus derivaciones más relevantes, Criterios de validez. Evolución, antecedentes históricos y concepción judicial y práctica. Derechos humanos, fundamentales y constitucionales, como medios de correlación y verificación de los enunciados. La concepción doctrinaria internacional y la forma de aplicación y entendimiento en el país. Evaluación de los parámetros y/o criterios de legitimación de la justicia. Influencias que determinan la forma de incorporación de precedentes. (jurídicas, políticas, sociales).

- **Alcances:** Delimitar la influencia del *iusnaturalismo* en la configuración y formulación de enunciados referentes la justicia, a partir del uso e incorporación de procesos o procedimientos reflejados en sentencias claves que generan tendencia jurisprudencial y de las actividades del operador de justicia.

El estudio abarcará los derechos fundamentales derivados del Valor y Principio de Justicia considerados en la Constitución vigente, y otros que han sido incorporados por la jurisprudencia, por ser estos Derechos que no se encuentran catalogados literalmente en la expresión normativa determinando su eficacia en la administración de la justicia, la legitimación y reconocimiento popular.

- **Límites:** Como un aspecto que representaría una limitación al momento de la investigación del tema, sería el abarcar todas las de resoluciones que se han pronunciado por las Salas y Cámaras de la Corte Suprema de Justicia , así como las emitidas por las distintas sedes judiciales. Por esto, en virtud de la viabilidad limitará a aquellas provenientes de las Salas de la Corte Suprema de Justicia que generen precedentes vinculados a influencias del *iusnaturalismo* en la noción de la justicia; limitante que se tendrá en cuenta para la referida investigación.

La relación de las concepciones filosóficas se abarcarán, en el positivismo lo expuesto por el autor Hans Kelsen, y el ius naturalismo lo representado por el autor Robert Alexy así mismo se toma como base primordial para la determinación de las líneas principales del análisis práctico la referencia del autor John Rawls.

1.2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Para todo Estado, el entendimiento de la base de su organización es determinante para el logro de la estabilidad social y la gobernabilidad. En El Salvador, así como en muchos de los modelos democráticos que acogen el régimen constitucional como lineamiento para establecer “los fundamentos de la convivencia nacional” (El Salvador, 1983, preámbulo), no basta la existencia de un precepto normativo para esto. Por ello, será aún más importante la forma como la Carta Magna, que a partir de su abstracción logra adecuaciones a situaciones particulares, las que en suma establecen líneas de valoración con carácter superior a la misma ley,¹³ constituyéndose en el mecanismo de corrección del sistema normativo, que según la doctrina, es indispensable en todo Estado.

Consciente que la materialización de un concepto dependerá completamente del intérprete, es posible agregar a ese esquema mental elementos simbólicos que orienten a la formación congruente de la idea de justicia y así asegurar su admisión.

En la actualidad el desarrollo influye en el cambio económico, tecnológico y social, y además afecta esferas jurídicas importantes con cambios explosivos. De allí surge una ola jurídica de reconocimiento del valor humano y la inclusión de la moral en el derecho¹⁴, que procura su protección a través de mecanismos “humanizados”. Es así la forma de concepción de otras

¹³ Se ha de tener cuidado en esto, pues el cambio de las personas no hará variar lo que justicia es, así se recuerda la interrogante “*Así, pues, ¿cuándo un tirano se apodera del Estado y prescribe a los ciudadanos lo que deben hacer, es esto también una ley?*” (Jenofonte 1917: 16), que en su forma especial genera la idea, y que sólo en virtud de los criterios de validez se puede responder.

¹⁴ basándose en la Teoría de la Vinculación. Al respecto (Alexy, El concepto y validez del derecho, 2004)

prerrogativas adicionales a las establecidas por la Constitución, pasando de un sistema restrictivo y riguroso, a un sistema más garantista que tiene como meta una justicia efectiva y en consecuencia legítimo por su aceptación. Entrelazándose, en cuanto a su naturaleza y finalidad, el derecho y la justicia, y llegándose al punto de que el último será requisito y fin del primero.

Al revisar entonces la concepción de justicia ha de revisarse obligatoriamente el concepto de derecho. Aquí la función del Juez deja ser la de un simple aplicador de la ley y se transforma en un juez de la Constitución. Para lograr este cambio, es necesaria la adecuación de las instituciones jurídicas a la influencia filosófica predominante, y alimentándose de ésta, lograr el desarrollo pleno de sus fines. Estos cambios han generado señalamientos y disconformidades, que se han manifestado en intentos de interferencia por parte de diversos órganos del Estado.¹⁵

Resulta tan necesario establecer reglas claras sobre el manejo y gestión de la jurisprudencia (o el precedente), que su inexistencia generaría el quebrantamiento de los cimientos, la armonía social y el bien común, que sostienen al Estado.

Lo anterior no está muy separado de la realidad salvadoreña, y esto es fácilmente comprobable con documentos internacionales como el Rule of Law 2012 – 2013 del The World Justice Project que califica a El Salvador (Pág. 86) en los factores de derechos fundamentales, justicia civil y justicia criminal en los ranking 57, 67 y 96, respectivamente, de 97 países sobre los cuales versa el estudio. Esto es preocupante, pues las tres categorías corresponden al Órgano Judicial y junto con sus conflictos internos el problema tiende a acrecentarse.¹⁶

Es de reconocer que existe la intención de ordenación por parte de la Sala de lo

¹⁵ Esto es claramente perceptible con la resolución de la Sala de lo constitucional que permite la participación de las candidaturas independientes y decreto 743 que establece la forma en que la Sala de constitucional deberá tomar sus decisiones.

¹⁶ Al respecto el autor Manuel Arturo Montecino Giralt, en Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control considera: “*al efectuar la Sala de lo constitucional esta función de actualización, corre el riesgo de extender sus atribuciones al grado de quedar ella misma fuera de las esferas que le ha trazado la Constitución y, por tanto, lejos de constituir un órgano que a través de la división horizontal de poderes efectúa un control interogánico, sea él el que rompa la marcha armónica y equilibrada del Estado de derecho.*” (Montecino Giralt M. A., 2007. Pag 400)

Constitucional, pues así se ha reflejado en la sentencia 480/2010 de fecha veintisiete de octubre de dos mil diez, no obstante es de considerarse de insuficiente.¹⁷ Comprobar la validez de las interpretaciones constitucionales que se realizan, implica estudiar la estructura del sistema de jurisprudencia en El Salvador.

Retomando la noción del autor Robert Alexy *“Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal constitucional Federal.* (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 23), ante esto surge una nueva interrogante *¿tenemos realmente en El Salvador un sistema de jurisprudencia que establezca los lineamientos en forma uniforme de lo que la misma Constitución en su amplitud no logro regular? y ¿Cómo afectará esto la seguridad jurídica?*

De gran importancia resulta la investigación propuesta y es claro que no es conveniente postergar estudiar estos temas, su trascendencia es grande y su importancia vital para el derecho y el orden del Estado.

Se considera que el estudio no estaría completo sin hacer relación a lo que se pueda esperar, así que se retoman algunas de las tendencias que han influido en otros países al respecto de esta situación.

“un sistema de derechos fundamentales vale en la práctica lo que valen sus garantías”... (La protección estatal de los derechos humanos, 2000).

1.3. JUSTIFICACIÓN DE VIABILIDAD

Durante el proceso de formulación y delimitación del tema, se desarrolló en forma metódica

¹⁷ La función jurisdiccional requiere de los jueces y tribunales la elaboración de criterios jurisprudenciales uniformes que, en la mayor medida posible, suministren seguridad jurídica en relación con la interpretación y aplicación que hacen de las disposiciones legales. Dicha labor obliga a entender a la jurisprudencia como una actividad racional y argumentativa creadora de normas, las cuales han de convertirse en un canon de obligatoria observancia para ellos mismos –auto precedente– o para otras entidades jurisdiccionales –precedentes verticales–, con el fin de poder dirimir los casos futuros, siempre y cuando estos guarden una semejanza relevante con los ya decididos.

y ordenada una serie de investigaciones previas, con el objeto de determinar los criterios de viabilidad, presentándose los resultados de la siguiente forma:

- **Objetivos propuestos.** Los objetivos establecidos son materialmente viables. En virtud de la delimitación que se propone, además se precisaron criterios que facilitarían su ejecución.
- **Referencias bibliográficas.** Se cuenta con una recopilación y clasificación variada de libros y documentos especializados en la materia constitucional, que servirán de base en los planteamientos teóricos y conceptuales. Así mismo, se cuenta con el acceso a las bibliotecas de las tres Universidades que imparten esta Maestría, entre otros medios y recursos disponibles.
- **Antecedentes de investigación.** Del sondeo realizado en las principales instituciones de educación superior en el país, se encuentra que el tema propuesto no ha sido desarrollado en estudios de grado o postgrado, existiendo un clima favorable de investigación en terreno fértil. No obstante, se han obtenido documentos que respaldan la parte histórica y documental y algunas referencias en otros países latinoamericanos, que servirán para contrastar los resultados obtenidos.
- **Ofrecimiento de colaboración.** Se cuenta con el ofrecimiento de especialistas en el tema, entre ellos magistrados, ex-diputados constituyentes, docentes universitarios y otros funcionarios que con sus experiencias y criterios enriquecerán la investigación.
- **Recursos humanos.** Por la metodología propuesta y por la falta de investigación estadística no es necesario contratar personal para la recopilación y análisis de datos. Así, es posible la total ejecución por parte del proponente.
- **Recursos económicos.** Se ha establecido un presupuesto que asciende a \$950, del cual la mayor parte estaría orientada a la compra de libros y material didáctico. Se cuenta con el recurso económico necesario para la realización de los objetivos propuestos.
- **Agenda propuesta - tiempo de ejecución.** Se considera que el tiempo de ejecución del proyecto sería de 3 meses a partir de la fecha de aprobación del protocolo de investigación, plazo

que se ve favorecido por los avances en la planeación y estrategias de desarrollo elaboradas.

- **Necesidad del estudio.** El estudio propuesto resulta de indispensable realización, tomando en consideración los fenómenos jurídicos y políticos que actualmente se viven en El Salvador, especialmente en lo relativo al reconocimiento normativo del sistema jurisprudencial.

En virtud de lo mencionado es posible concluir que existe, además del interés y toda disponibilidad, la posibilidad de llevar a cabo los objetivos propuestos.

1.4. OBJETIVOS

A continuación se presentan los objetivos considerados para el cumplimiento de las propuestas y justificación realizada.

1.4.1. Objetivo General

Fundamentar la influencia del *Iusnaturalismo* en la concepción contemporánea de la justicia en El Salvador.

1.4.2. Objetivos Específicos

1. Ponderar, sobre base de precedentes judiciales y a partir de una concepción de Derecho Natural, el derecho a la protección jurisdiccional, en relación con los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República.
2. Determinar la eficacia en la incorporación de procesos o fases de los mismos, tendientes a garantizar la aplicación de justicia, con el amparo del Derecho constitucional en los casos de vacío de ley.
3. Proponer parámetros que sirvan de modelo para la implementación de normas de Derecho natural en los procesos judiciales, en los casos de vacío de ley y contradicción con la justicia.

2. CAPITULO II. MARCO TEÓRICO.

2.1. EL CONCEPTO Y EL AXIOMA.

La humanidad y sus conocimientos se basan en ideas formadas en virtud del proceso de generación, ampliación y transmisión por medio de la experiencia, la cultura y la educación. El proceso de aprendizaje hace una diferencia fundamental entre el ser humanos y las demás criaturas que lo rodean, caracterizándose este por ser rápido, permanente y evolutivo.

El éxito de nuestra especie está ligado a la forma de transmisión del conocimiento, siendo el lenguaje su mejor herramienta, ya es sabido que el lenguaje puede manifestarse de varias maneras (corporal, verbal y simbólico), en todo caso para que este sea efectivo es necesario que se dé una representación clara del objeto a caracterizar, por el generador, y que a su vez exista la aptitud del receptor en asimilar el mensaje.

La clave del proceso de generación y recepción de ideas estas en “el concepto”. El concepto será el resumen de una idea, cosa, acción u omisión que se quiere dar a entender. El manejo de los conceptos, una vez comprendidos en las primeras fases del aprendizaje, se realiza en forma automática por los individuos, al grado que no se requiere en la mayoría de los casos de una formulación o análisis ulterior para comprender el mundo que rodea. La inteligencia humana no solamente está capacitada para la transferencia de ideas, ya más allá, al tener la capacidad de ser generados de ideas y representar conceptos aun de cosas y situación abstractas e incluso intemporales y completamente ficticias.

Resulta de vital importancia para los intereses individuales dar a conocer las inquietudes y expectativas a los demás, en suma de sus intereses individuales surgen patrones de vida común (colectiva), a estos patrones se agregan otros elementos que hemos llamados conexos, que

vienen a fortalecer los lazos de identidad y forman ideas de comunidad¹⁸.

Las ideas colectivas implican el surgimiento de las reglas o patrones de conducta y forma de vida de los miembros, por la aceptación o el rechazo en virtud de su obediencia o incumplimiento. El orden se vuelve necesario en la vida de la comunidad y este orden implica la sumisión a la dirección del colectivo.

La forma en que el ser humano reconoce el mundo que lo rodea es en virtud del concepto y del axioma. Resulta entonces indispensable distinguirlos.

2.1.1. El concepto.

El concepto, es la representación mental de un objeto, hecho, cualidad, situación, incluso la opinión o juicio que tiene una persona, delimitando y especificado el asunto, al grado de generar diferencias y características para su fácil identificación.

Las definiciones son símbolos de las cosas, con cuyas esencias no guardan una congruencia y continuidad necesarias (Pérez Luño, 2004, pág. 36). Se conforman ya sea por la experiencia, la iteración con la realidad o por medio del aprendizaje, es decir, la transferencia de conocimiento.

Ya formado el concepto tiene la habilidad de ser representado en forma gráfica, verbal o simbólica, llegando al receptor en forma inteligible.

El concepto vulgar.

El concepto vulgar¹⁹, se formula en forma sencilla a través de la propia experiencia y en muchas veces con gran influencia de la imaginación, por cuanto su conformación no trae aparejada comprobación; así, sus preceptos serán desordenados, influenciables e insostenibles.

¹⁸ Esto trae como consecuencia el reconocimiento entre sus miembros y su vinculación a un lugar determinado que llaman hogar, y posteriormente se ha de transformar en su patria, vinculación que se otorga con el nacimiento, esta situación es propia y característica de pueblos civilizados. Este planteamiento es fundamental para justificar la necesidad de regular la conducta humana por parte del autor Hans Kelsen. (Kelsen, 1988, pag. 4)

¹⁹ Del latín *vulgaris*, que hace referencia de alguien o algo perteneciente o relativo al vulgo. Este término usado corrientemente para distinguir aquello que es impropio de gente culta.

No obstante sus deficiencias, es percibido con ciertos niveles de aceptación y en algunos casos con validez por la sociedad.

Es posible considerar al concepto vulgar como afluente del concepto científico, en cuanto puede lograr el carácter de ciencia por medio de su verificación.

El concepto científico.

En el afán de la humanidad por lograr conocimiento ha tratado de ordenar su entorno a través del catálogo y el concepto de los fenómenos, así para ser considerado un concepto como científico es necesario la puesta a prueba a través del método científico con su respectiva cuantificación. Estos conceptos servirán de base para la definición de otros conceptos a nivel universal, que buscarán dar respuestas a diferentes hipótesis.

El concepto jurídico.

Considerado como impropio en la ley²⁰ pero completamente válido en la academia, es utilizado en la ciencia del derecho para la descripción de fenómenos de carácter jurídico y metodológico, siendo de mayor relación en la ciencia de la filosofía del derecho. Se acompaña el concepto con el término “jurídico” para delimitar la idea que contiene de otras ciencias.

2.1.2. El axioma.

Entre los filósofos griegos antiguos, un axioma era lo que parecía verdadero sin necesidad de prueba alguna. La palabra axioma deriva del sustantivo griego αξιωμα²¹ que significa “lo que parece justo”.

Los axiomas son verdades incuestionables, universalmente válidas y evidentes, que no

²⁰ Salvo casos de excepción, en la ley no deberían contemplarse conceptos, porque la naturaleza de la ley y el concepto son diferentes, así el concepto como ya se mencionó implica un nivel inmutabilidad, generalidad y universalidad, diferente la ley, al ser destinada a ordenar la realidad y siendo que la realidad es dinámica y cambiante ha de dotarse a esta de niveles de flexibilidad (de la ley al caso) que aseguren su aplicación y validez a lo largo del tiempo.

²¹ El término viene del griego *axioein*, que significa “valorar”, que a su vez procede de *axios*, que significa “valioso, válido o digno”.

requieren demostración, pues se justifican en sí mismos, que se utilizan como principios en la construcción de una teoría o como base para una argumentación, vienen a constituirse como regla general del pensamiento lógico a partir de las cuales se construye una teoría. Los axiomas que se cumplen en la naturaleza suelen llamarse leyes.

Así las teorías mismas se deducen de los propios axiomas y bastará que los axiomas propuestos no sean contradictorios entre sí. Es de hacer notar que los axiomas como base de una teoría no necesariamente han de ser verdaderos, por tanto estos no siempre se refieren a un objeto natural o real, es decir, no necesariamente ocurren en el universo.

El axioma es uno de los conceptos fundamentales de la forma de conocer llamada “forma científica de conocer” o “adquisición de conocimiento científico”. Del análisis de esta forma de conocer se ocupa la “epistemología”, tan aplicada en el estudio del derecho.

En la ciencia del derecho, para determinación categórica constitucional se utilizan fundamentalmente los términos de, “valor”, “principio” y “derecho”. Relacionándose en función de una subsunción en el mismo orden que se han manifestado.

“El principio”²² conceptualmente definido es extraído de las ciencias exactas, y viene a ser un “axioma” que plasma las valoraciones de justicia de la sociedad, de estas valoraciones consecuentemente se estructuran las instituciones del Derecho, convirtiéndose en garantías al ser establecidos en la ley y por tanto obligatorias para el legislador y el juez.

El principio se constituye como la guía, hito, mayor aspiración y centro del sistema jurídico, reconocido por la constitución para la conformación y ordenación del Estado.

2.2. INDICADORES DEL AXIOMA

La humanidad ha tomado la tierra y la ha vuelto a su antojo. Para bien o para mal ha

²² El principio se constituye como la guía, hito, mayor aspiración y centro del sistema jurídico, reconocido por la constitución para la conformación y ordenación del Estado

definido el curso de la naturaleza al grado hasta de forzar el clima, situación que probablemente lo lleve a su propia extinción.

El hombre en su libre albedrío, tiene la posibilidad de elegir entre el bien y el mal; esta posibilidad de elegir es por el razonamiento que posee, mismo que lo distingue de las bestias y cualquier otro ser.

Es innegable que la razón es innata en el hombre, pero no es esto el único impulso de sus actuaciones; al revisar su propia naturaleza humana encontraremos algún legado del mundo de las bestias y es lo que conocemos como instinto o mejor dicho instinto natural. El instinto será entonces aquel aprendizaje generacional – natural, se sabe - se tiene y se concede por la sangre²³.

Dejar hasta aquí la enunciación de los influjos del hombre sería un error atroz, pues nos hemos referido únicamente al ser humano desde una perspectiva biológica, dejando de lado otros dos componentes.

Ya la Organización Mundial de la Salud en su documento de Constitución²⁴ considera al hombre como “un ente Biopsicosocial” al considerar en este documento: *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”*

Diremos entonces que es ente en cuanto existe; *Bio*, en cuanto tiene vida, autonomía de ser y según el Artículo uno de la Constitución Salvadoreña, prerrogativa que se otorga desde el instante de la concepción; *Psico*, del griego clásico ψυχή, que significa psique o alma, y se refiere a la actividad mental; en palabras más simples la inteligencia humana. Por último el componente

²³ Me refiero aquí a aquellas aptitudes del hombre que el autor Fernando Corominas (Corominas, 2012. Pag 15) denomina “Instintos guías” y que se manifiestan por acciones y no a los movimientos reflejos primarios, tales como respirar, sino más bien a los instintos de defensa y supervivencia que como especie posee y es innegable que en determinados momentos aplica.

²⁴ La Constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Social, que hace referencia a los vínculos de pertenencia, compañía o sociedad, de donde recibe influencias favorables o desfavorables como resultado de la propia interacción con otros individuos y con el medio que le rodea en el cual se desarrolla y vive. En este apartado se desarrollan interrelaciones y vinculaciones humanas complejas, fruto de las cuales se generan la sociedad y en consecuencia el Estado. Este último apartado denota especial interés para este estudio por ser orientado directamente al hombre en sociedad.

El ser humano comúnmente se identifica en sus orígenes (lo llamaremos “ser primitivo”) como un individuo aislado, identificado con su entorno salvaje y supliendo sus necesidades fisiológicas básicas (alimento y procreación), carente de lenguaje verbal o escrito y en grave desventaja con los fenómenos naturales.

Al evaluar las capacidades físicas del ser primitivo encontramos que carece de la fortaleza o las corazas de las bestias que lo rodean y la probabilidad de subsistencia es reducida. Las mismas desventajas con las que cuenta, eventualmente se convierten en sus más grandes fortalezas.

La consideración de lo anterior trae en consecuencia la idea de la “necesidad”, y es que la misma necesidad del ser primitivo hace evolucionar al ser individual débil en un complejo colectivo fuerte.

La idea de colectivo no es ajena en la naturaleza, así los seres más poderosos son los que trabaja en comunidad y entre más fuerte la unión, más poderoso el resultado. Es necesario aclarar ahora cual es el vínculo que genera el colectivo humano, ya que para el caso la vinculación no depende del efecto de las feromonas, o al hecho que se proviene de una misma estirpe.

El surgimiento de toda sociedad tiene diversos afluentes que en diversos momentos han sido indispensables para su desarrollo, pudiendo considerarse como básicos y conexos.

Entre los básicos se tiene el lenguaje, raza, el lugar, religión, etc. A los conexos podemos atribuir la ciencia, recursos naturales, influencias biológicas (enfermedades, facultades físicas, etc.)

Se retoma el lenguaje por considerar que no puede existir comunidad²⁵ alguna que carezca de medios o formas de comunicarse entre sus miembros. Resulta de vital importancia para los intereses individuales dar a conocer las inquietudes y expectativas a los demás que en suma de sus intereses individuales surgen patrones de vida común (colectiva), a estos patrones se agregan otros elementos, que hemos llamados conexos, que vienen a fortalecer los lazos de identidad y forman ideas de comunidad²⁶.

Al respecto el autor Jean Jacques Rousseau en “El Contrato Social” (Rousseau, 1868) nos da un primer acercamiento a la vida del hombre en colectivo al establecer a la familia como la sociedad más antigua de todas²⁷, y la única natural y aclara que será este colectivo mientras los hijos estén con sus padres.

En ese primigenio momento como en la actualidad, la familia resulta ser el centro nuclear para el desarrollo de la socialización del hombre, y es así en virtud de los parámetros de confianza, identificación, pertenencia, amor y respeto que dentro de esta se generan. No es muy difícil imaginar que la primera norma fuera impuesta por el **pater familias**, que significa el padre de familia, la cual por fuerza o respeto era de obligatorio cumplimiento y que su fin era el mantenimiento del orden (en pro de la subsistencia).

De igual forma el autor Jean Jacques Rousseau introduce a la vez un componente importante en esta relación y es la “necesidad”.

Será primeramente la necesidad y no de voluntad el factor conformador de la sociedad; una vez constituido el colectivo el ser humano pasa del “*ser primitivo*” al que llamaremos “*ser social*”.

²⁵ La reunión de un grupo de individuos de igual o diferente especie existen forma de expresarse para considerarse comunidad, ya en las más simples formas de vida existes mecanismos de comunicar la existencia de peligro o posibilidad de daño. (Cárcamo, 2011, pag. 4)

²⁶ Esto trae como consecuencia el reconocimiento entre sus miembros y su vinculación a un lugar determinado que llaman hogar, y posteriormente se ha de transformar en su patria, vinculación que se otorga con el nacimiento y se reconoce en su patronímico. (Cárcamo, 2011. Pag 7)

²⁷ A relación la determinación Constitucional del Artículo 32 que considera 32 que la familia es la base fundamental de la sociedad.

En este punto el ser humano vive compartiendo hábitos, costumbres, tradiciones, lengua y sobre todo normas y valores con otros seres humanos y lo más importante obligaciones de protección general en virtud de una identidad moral y social, esto conlleva al reconocimiento y sentimiento de comunidad. Es claro que este paso es de carácter irreversible en la humanidad y la parte del ser social del hombre se vuelve como algo propio de su naturaleza.

La necesidad será siempre un relación directamente proporcional entre el número de individuos y la cantidad de recursos disponibles, y tanto en aquella época²⁸ como en la actualidad resultan los recursos disponibles son escasos, limitados o insuficientes.

En la evolución de las estructuras sociales del hombre encontraremos un amplio desarrollo de la figura de sociedad y ordenación de los recursos disponibles. A partir del ser humano viviendo en relación con otros individuos semejantes considerados en relaciones de necesidad, en un lugar determinado y bajo una autoridad o poder²⁹.

Las ideas de una vida en colectivo implican el surgimiento de reglas o patrones de conducta y forma de vida de los miembros, por la aceptación o el rechazo en virtud de su obediencia o incumplimiento.

La imposición del orden resulta necesario en la vida en comunidad y este orden implica la sumisión a la dirección del colectivo, históricamente se encuentran diversas formas en la cuales el orden se impone.

No obstante, encontraríamos las bases fundamentales para diferenciar los primeros destellos de lo que sería el Estado cuando la organización contaría ya con:

- Orden.

²⁸ Los recursos naturales eran abundantes, no obstante no todos eran fácilmente satisfactorios para sus necesidades, así estaba limitado a las temporadas de recolección o caza, además no contaba con las herramientas idóneas. Ahora contamos con herramientas especializadas y técnicas de explotación de recursos naturales, no obstante la misma explosión demográfica, la sobre demanda generan escasez.

²⁹ Diferencio autoridad y poder ya que el primero hacer referencia a la voluntad de sumisión y el segundo a la fuerza. Así cuando se obedece por la fuerza no necesariamente hay necesidad.

- La determinación de bienes individuales y bienes colectivos.
- Beneficios particulares y obligaciones.
- Un fin común.
- Un lugar determinado.

2.3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS BIENES COLECTIVOS.

Con el funcionamiento de la estructura social se establecen indudablemente fines o metas³⁰, que a corto o largo plazo determinan las relaciones de los miembros y los organizan y condicionan a su cumplimiento.

Toda organización implicará por tanto la limitación de las facultades³¹ individuales en pro de las colectivas, que además de obligaciones le generarán facultades en un círculo especial de derechos y obligaciones compartidas.

Esta es una etapa de transición de grandes proporciones; aquí se justifican términos como justicia, igualdad y libertad, entre otros, siendo el cambio más grande en la conciencia humana. Tal situación la resume prolijamente el autor Jean Jacques Rousseau:

“Este tránsito del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad que antes les faltaba. Solo entonces es cuando sucediendo la voz del deber al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre que hasta aquel momento solo se mirará a sí mismo, se ve precisado a obrar según otros principios y a consultar con su razón antes de escuchar sus inclinaciones.” (Juan Jacobo, 2008, pág. 1962)

Ya establecidas las limitaciones al individuo y generadas las facultades de las cuales gozaría

³⁰ Siendo la historia fiel testigo de las diferentes formas en las cuales se han establecido, así como la conquista, la defensa de los opresores, la estructura de producción. Etc. Esto trae como consecuencia los tipos de Estados. (Vergottini, 2004. Pag 216)

³¹ Se denominan “facultades” pues el termino derecho no es correcto fuera del Estado.

en la inclusión social, tendremos un esquema de retroalimentación de entre derechos y obligaciones, lo que implica derecho para uno (A) es una obligación para otro (B) cuando nos referimos a una relación bilateral, no obstante la relación puede ser tripartita cuando interviene el Estado con su carácter de imperio, así, la obligación de una parte (A) con el Estado se traduce en un beneficio indirecto a la otra (B) y a la vez (A) tiene obligaciones directas con (B), pero en este último modelo tanto las obligaciones y los derechos entre (A) y (B) resultante de una intermediación con el Estado.

Nótese que el Estado como institución es a su vez el resultado del consenso entre (A) y (B), en otras palabras, el equilibrio resulta de la autorregulación indirecta de las partes, o como bien lo diría el autor John Rawls (Rawls, 1995. pág. 72) del “hombre representativo³²”.

Las limitaciones a que se hacen referencia son diversas, tan diversas como el tipo de relaciones que entre los hombres puedan existir, no obstante el objeto siempre es el mismo que en pocas palabras se diría como la “consecución del fin social”.

Retomando al autor Robert Alexy (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993. Pág. 241) para explicar el fundamento de los Derechos Individuales encontraremos como primer elemento el interés del titular en el objeto del derecho y la posibilidad de ejercer su libre albedrío. Asimismo puede intentarse justificar un derecho, como el derecho de propiedad del individuo, exclusivamente a través de un bien colectivo, por ejemplo, el Artículo ciento tres de la Constitución que reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social.

Los derechos individuales fundamentales, comprenden por tanto una restricción de autoridad o fuerza con carácter de oponibilidad del poseedor frente a otros, incluso ante derechos de igual categoría. No podemos resumir todo el estudio a la individualidad, la sociabilidad humana exige trasladarlos inevitablemente a las relaciones colectivas, no obstante es claro que en la suma de

³² Una noción completa de esto se encuentran en (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993. pág. 174)

las individualidades encontraremos la importancia colectiva, y en la forma en que se asignen los derechos y deberes fundamentales podremos determinar los parámetros de justicia (Rawls, 2000. Pág. 21).

La ascensión de los derechos individuales de cada uno de los componentes humanos se incorpora a una unidad colectiva abstracta que conjuga estos derechos individuales a intereses superiores que responden genéricamente a los derechos individuales comprendidos en virtud de una correlación y dependencia material de los sujetos; asimismo esta estructura superior se robustece de legitimación pasiva-activa³³ de los miembros.

Esta unidad colectiva es lo que se denomina “bien colectivo”³⁴, así será un conjunto de bienes que responderán a la satisfacción de las necesidades del todo, tal sería el ejemplo de la justicia, seguridad, estabilidad económica, entre otros. Esta categoría es perfectamente comparable a los derechos humanos de tercera generación en tanto responden a intereses heterogéneos, no obstante por el nivel de abstracción de este estudio no necesariamente se hará referencia a los Derechos propiamente reconocidos por el Derecho Internacional.³⁵

Serán por tanto bienes colectivos si tiene un carácter no distributivo, es decir, que su titularidad es de colectivo y no individual, por tanto no es posible fraccionarlo y los efectos (tanto como bien o perjuicio) caerán en la totalidad de los miembros integrantes, de igual forma nadie puede ser restringido en su uso.³⁶

Podemos asegurar que los bienes colectivos se configuran por medio de elementos homogéneos desglosados de los derechos individualmente considerados en virtud de un ejercicio

³³ Pasiva en cuanto acepta sin reproche y activa en cuanto colabora con su formación.

³⁴ El autor John Rawls también la reconoce como “*la estructura básica de la sociedad*” (Rawls, 2000. Pag págs. 17, 19, 20, 24)

³⁵ Tal sería el caso de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 o cualquier otra posterior.

³⁶ En cuanto al uso y forma de ejercicio, es indispensable un juicio de legitimación previo, pues se actúa en nombre y para satisfacción del colectivo. Tal es el caso de la acción popular. Como ejemplo se puede mencionar el Artículo 949 inciso 1 del Código Civil. Ver Sentencia 203-2010 de fecha cinco de enero de dos mil once, proveniente de la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente.

de selección moral o jurídica. Por esto el resultado obtenido cuenta con reconocimiento y legitimidad del conglomerado y esto le garantiza respeto y aplicación.

Determinados los puntos de intersección entre acuerdos y desacuerdos sociales, que se denominarán “pines”; el siguiente paso correspondería a la sintonización de los pines por medio de normas (sean morales o jurídicas) para conformar, por una parte, principios o axiomas que serán primeramente fundamento de la norma Constitucional y, por la otra, normas represivas que determinadas en materializaciones específicas se conformarán en normas punibles, en leyes secundarias³⁷.

Siendo los derechos individuales el medio para el establecimiento de los derechos colectivos, y siendo estos últimos el punto clave para introducir al tema de la justicia, se pasará a establecer la forma de determinar los pines, posteriormente la teoría de optimización para llegar a la justicia.

2.4. LOS AXIOMAS EN LA CONSTITUCIÓN.

La mayor importancia de la relación axiomática de figuras como la justicia es por la carga notoria e impresionante de moralidad con que la justicia se conforma, al grado que en sus extremos por la misma moral justifica. En el proceso de determinación de las variables intrínsecas de ciertas instituciones jurídicas, la explicación de los elementos fundamentales que las conforman resulta un compendioso trabajo en ciertos puntos cruciales y que muchas veces no se logra una respuesta del todo satisfactoria, especialmente por la multitud de variables a considerar. Dentro de las soluciones favorables a esta encrucijada la más común es recurrir a la moral y la ética, al poder describir los elementos de racionalidad del ser humano.

Así la justificación de un acto o decisión se buscará apelar a la norma moral *in prima facie*,

³⁷ Esto es así porque la naturaleza de la Constitución es prevalecer en el tiempo, sustentándose de los principios rectores que ordenan el sistema jurídico, convirtiéndose en el alma del Estado y el testigo fiel de lo que se persigue; por su parte las normas secundarias son de fácil modificación y adaptación a los cambios que la realidad genera, en este sentido serían estar más apropiadas para contener estos preceptos.

y al querer justificar esa norma moral en forma más general se llega a un extremo que no existe justificación superior, aquí se recurre a los axiomas, tal es el caso de la justicia, que puede ser objeto de justificación superior. Este carácter, como antes se ha dicho, proviene que el axioma se incorpora tan bien con el ser humano, que este da por válido o sentado tal presente y aun cuando no lo logre explicar perfectamente lo aplica.

A partir de la justicia se sienta todo un sistema jurídico y funcional³⁸ especialmente de orden Constitucional y que basado en la primacía de la ley fundamental ha de reflejarse en toda subsecuente normativa al grado de constituirse seguros de cumplimiento³⁹.

2.5. LA JUSTICIA.

Diversos autores en diferentes momentos de la historia han tratado de definir la justicia y los resultados obtenidos han sido muy variables. En el mejor de los casos se ha logrado el establecimiento de parámetros clasificatorios, mas no un concepto propiamente hablando que satisfaga todas las inquietudes que se puedan implicar.

Los mayores retos al tratar de definir la justicia son: primero, que la idea de justicia es inestable, frágil, y con tendencia a evolucionar en diversas formas en diversos grupos sociales; así que la idea de universalización absoluta del concepto es improbable; segundo, como un complemento al anterior, es innegable que cualquier conceptualización de justicia debe llevar implícita una carga de contenido moral y esto genera fuertes discusiones filosóficas sobre la relación entre la moral y el derecho⁴⁰; y tercero, se tiene la fuerte tendencia a considerar la justicia

³⁸ Ya en el preámbulo de la actual Constitución de El Salvador se reconoce como fin la *"la construcción de una sociedad más justa"* relacionado la justicia con a la dignidad de la persona humana. además se determinan los valores, que son la democracia, libertad y justicia.

³⁹ Me refiero a las garantías constitucionales como medio de protección de derechos y como mecanismos de protección de la misma constitucionalidad. Para el caso el Artículo 87 de la Constitución que contempla el derecho a la insurrección.

⁴⁰ Aun cuando se hará referencia más adelante de este problema, se puede mencionar que existen fuertes tendencias de des normatizar la justicia, al grado de proponerse teorías anti derecho/anti ley.

a partir de un concepto, y según la justificación dada al inicio de este capítulo, por su carácter trascendente la justicia es un axioma (o principio) del derecho, por tanto su explicación se encuentra dentro de sí misma.

El término justicia es usado al menos en cinco acepciones: como satisfacción personal ante una afrenta y salir victorioso del conflicto, se diría: “recibí justicia”; en el sentido ético se vincula directamente con la moral y refleja comportamientos, normas, cualidades personales o sociales, se diría: “es un hombre justo” “es un buen hombre”; como la misma capacidad de juzgar, haciendo referencia a la determinación de lo que es justo o injusto: “es una justa resolución”, también siguiendo la misma relación suele ocuparse como un referente institucional al hacer referencia al Órgano encargado de administrar justicia; además en sentido jurídico al confundirse con la ley misma, se da una relación en virtud del ejercicio de ley.

La justicia es un valor eminentemente humano y social, es humano, porque en la naturaleza es el único ser capaz de considerarlo, y es social, porque la justicia solamente existe dentro del colectivo, el ser humano aislado no puede ser considerado dentro de ninguna idea de justicia pues necesita de al menos de la relación de los individuos para existir. La relación naturaleza (animales, plantas, ambiente) – ser humano, no pueden ser considerados dentro de ninguna idea de justicia.⁴¹

2.5.1. Consideraciones sobre la justicia.

La historia es fiel testigo que la justicia ha sido vinculada y hasta confundida con el derecho y el acto procesal, todo derecho siempre se refleja dentro de parámetros de justicia al grado que la validez del derecho le es encargada a esta, y por su parte todo proceso judicial ha de seguir

⁴¹ En la antigüedad esta relación abarcaba otras relaciones, que se originaban al no poder definir algunos fenómenos, con la divinidad, tal así que la misma justicia se consideraba manifestada como hija de Gea, esposa de Zeus, nombrada como “Dike” junto con sus hermanas “Eunomia e Irene”. Dike, Eunomía e Irene y significan, en su orden, el derecho, la seguridad y la paz.

patrones de justicia, y valga la redundancia, para aplicar justicia.

La naturaleza humana le otorga el don del libre albedrío, que implica el poder goza de la posibilidad de hacer el bien o hacer el mal, y esta misma naturaleza la que otorga conciencia y razón para reconocerles y distinguirles aun cuando no haya sido adiestrado en ello, por tanto será justo el bien e injusto el mal, pero, ¿Qué es la justicia?

La anterior pregunta ha sido objeto de una multitud de opiniones, teorías y grandes tratados; aunque este estudio no está orientado a desarrollar en específico esa temática de una forma teórico doctrinaria, si es de importancia hacer una revisión somera de los aportes más relevantes que las ideas sobre justicia, esto con el objeto de poder visualizar los diversos factores retomados en su formulación en virtud de los diversos contextos.

Como referencia más remota se considerará el texto de la Biblia y representantes de la filosofía griega.

La biblia como texto histórico es de mucha importancia para las primeras consideraciones institucionales por contener gran cantidad de manifestaciones estructuradas de conducta, en este caso particular dadas por Dios a la humanidad y que en algún momento han sido recopiladas en los ordenamientos jurídicos.

En la Biblia encontramos la connotación de la justicia como lineamiento del proceso, así toma a la justicia como guía de aplicación y como resultado de una actividad procesal – sancionadora, (Levítico 9:15)⁴². En el libro del Éxodo capítulo 21 versículos del 21 al 25 ⁴³se hace referencia a la ley del Talión como una forma de justicia, posteriormente, ya en Mateo capítulo 5, versículos del 38 al 39⁴⁴ la norma cambia y aunque se reconoce la ley anterior, la orientación es diferente,

⁴² *“No harás injusticia en el juicio; no favorecerás al pobre ni complacerás al grande; con justicia juzgaras a tu prójimo”* (Levítico 9:15) (Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, 2009, pág. 206 b)

⁴³ *“Pero si hay otros daños, entonces pagaras vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.”*(Éxodo 21:31-25) (Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, 2009, pág. 131 b)

⁴⁴ *“Oísteis que fue dicho: Ojo por ojo, y diente por diente. Pero yo os digo: No resistáis al malo; antes bien, a cualquiera que te golpee en la mejilla derecha, vuélvele también la otra;”*(Mateo 5: 38-39) (Santa Biblia, Antiguo y Nuevo

aquí la venganza no es la forma de justicia.

La expresión *"Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"* que significa: La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su suyo se le atribuye al autor Domicio Ulpiano, esta es la fórmula más aceptada de la justicia, pero en este proceso de aceptación han venido olvidando los *"Tria Iuris Praecepta"*, los mandatos del derecho que son: *"honeste vivere, alterum non laedere et suum quique tribuere"*, es decir **vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo que le corresponde**, que vienen a complementar la idea y facilitan su interpretación y aplicación. Esta viene a ser una concepción diferente de la idea establecida en la Biblia en cuanto basa su idea de justicia en la persona misma y no en un proceso, por una parte, además se aleja del efecto de la justicia al grado que lo menciona, como se decía en el párrafo anterior la primera idea de justicia era la venganza en proporciones iguales, posteriormente se introduce un concepto de tolerancia.

Ulpiano por su parte nos da los parámetros de conducta en sentido estricto, no obstante no menciona los efectos que acarrea una falta de cumplimiento de los preceptos, los cuales por la forma de los mandatos estos vendrían a ser de carácter moral.

Se puede percibir de la idea de Ulpiano, Sócrates⁴⁵ y Platón⁴⁶ referencias a ideas propias de su época, especialmente a ideales de equilibrio, estética, belleza y armonía⁴⁷, que se basaban en las virtudes cardinales Prudencia, Justicia, Fortaleza y Templanza. El análisis de esta expresión nos conduce a que la justicia como tal implicara estos idearios, representados incluso en la

Testamento, 2009. pág. 1512 b)

⁴⁵ En los recuerdos de Jenofonte: *"la justicia y las demás virtudes en general son sabiduría, pues las acciones justas y todo cuanto se hace con virtud es bello y hermoso, y ni quienes las conocen podrían preferir otra cosa a cambio, ni quienes no las conocen podrían llevarlas a cabo, sino que errarían aunque lo intentaran"* (Jenofonte, 1993, pág. 131)

⁴⁶ Para el autor Platón todas las virtudes se basan en la justicia; y la justicia se basa en la idea del bien, el cual es la armonía del mundo, (La República)

⁴⁷ Estos ideales son reflejados por deidades griegas, además de ser retomados por otros filósofos contemporáneos como el autor Heráclito al mencionar *"El sol no desviará un solo paso de su trayectoria, so pena de que las diosas del Destino, las emisarias de la Justicia, lo encuentren y lo vuelvan de inmediato a su curso"*. (Squella Narducci, 2000, pág. 6)

divinidad de la época (Apolo, Afrodita, Temis, etc.).

Se puede encontrar en el ámbito del derecho expresiones relacionadas a la justicia al equipararla a esquemas propiamente normativos, así tenemos al autor Demócrito ⁴⁸ en ideas muy similares a lo que posteriormente sería denominado el positivismo.

El autor Aristóteles especialmente en la *Ética a Nicómaco* considera que el fin último de todo ser humano es la felicidad y se llega a esa felicidad en virtud de la realización de su actividad natural virtuosa basada en hábitos, conducta aprendida, así bien es aquello a que tienden todas las cosas.

Caracteriza a la *Ética* como una especie de justicia que se manifiesta en la repartición de obligaciones, cosas o cualquier otro beneficio que pueda dividirse entre los que toman parte en el sistema político. Establece otra subclase con esta, la justicia conmutativa o reparadora, que se refiere a la compensación que una persona recibe por un daño ocasionado para su resarcimiento. Así cada integrante de un sistema social debe recibir cargas y bienes en la proporción adecuada a sus méritos.

Después de incorporar el aporte del autor Pitágoras de Samos⁴⁹, se resume que la justicia en esta etapa se caracteriza por:

1. la búsqueda en los ideales de las virtudes y la naturaleza.
2. se identifica esencialmente con el ser en una relación de dualidad, es decir, no se hacen consideraciones sobre el colectivo social o del humano en sociedad.
3. los ideales tiene como fuente la propia espiritualidad y por esto el castigo sería en la misma forma.

⁴⁸ *“La ley tiene su base en la justicia, y por eso es que la polis debe ser gobernada por aquella”; “La justicia consiste en hacer lo que se debe, la injusticia es omitir el deber, esto es, dejarlo de lado”* (Belaunde, 1975, pág. 10)

⁴⁹Se atribuye su participación del movimiento pro determinación de la concepción metafísica de la justicia, cuyo fin era darte una concepción matemática (incluso geométrico – matemático) en virtud de número o igualdades. Así la justicia es la igualdad, aunque no siempre consista en ello. Llego a expresar que el número “4” era representado por lo justo, por ser compuestos de partes iguales. (Huffman, Fall 2011 Edition)

4. En cuanto a la expresión numérica de la justicia, que es la igualdad, esto se considera como parte de la naturaleza misma.

5. Se supera el problema de la distribución al establecerse que esta será igualitaria, con la salvedad que la igualdad corresponde a entes iguales.

Con posterioridad y en una época contemporánea muchas de las pautas son retomadas de filósofos griegos, sirviendo de inspiración para la creación de teorías formales sobre el derecho como la "Teoría Pura del Derecho" del autor Hans Kelsen (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 1982).

Por su parte el autor Hans Kelsen justifica a la justicia por medio de la felicidad subjetiva, la cual según su planteamiento no se encuentra dentro del hombre mismo, sino que en la sociedad. Entenderemos del autor Kelsen que la justicia y los valores que determinan la justicia son un fenómeno social y como tal se desprenden de la sociedad misma, es por esto que son diferentes en cada una de las sociedades. Con la anterior idea se le resta la posibilidad de universalizar la justicia.

Si la felicidad es sinónimo de justicia, para lograr la felicidad hay que reconocer en un sistema normativo la realización de las conductas que promuevan esa felicidad, entonces la meta de la sociedad sería la búsqueda de un estado de satisfacción de todos los intereses del individuo. A esta noción de justicia se le señala que en la vida real los intereses de un individuo difieren de otros y en casos pueden ser incluso contrapuestos, aunados a que la misma naturaleza en ciertas circunstancias pareciera que no es justa, no obstante la solución de esta última idea no corresponde a esta investigación.

Así el funcionamiento de una sociedad no necesariamente requiere de la justicia, porque la justicia no puede abstraerse de la subjetividad por la emisión de los juicios valorativos, así todo

lo que surja en virtud de una formulación de justicia, no podrá escapar de la subjetividad⁵⁰, concluyendo que la justicia es un ideal irracional, ya que se pudiera concluir plenamente que un precepto es absolutamente justo en supremacía de otros, el derecho positivo sería completamente superfluo. Al respecto el autor Ronald Dworkin incorpora un presupuesto que considera en la justicia como una institución que interpretamos en forma individual sobre de la equidad en el supuesto de un derecho natural, solventando en parte el vacío de la libre determinación al considerar que la justicia es *"el supuesto que los hombres tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas"* (Dworkin, 2002);

La idea sobre subjetividad de la justicia obtiene un complemento necesario con el autor Chaïm Perelman⁵¹ al llevar a la concreción, es decir a la materialidad, el precepto del autor Hans Kelsen. Para el autor Chaïm Perelman la justicia debe de pasar de una justicia subjetiva a una justicia concreta, siendo esta la tarea de los individuos, para el establecimiento de su "categoría esencial".

La concreción que el autor Chaïm Perelman⁵² implica que la justicia requiere de una regla para su cumplimiento, el cumplimiento de la regla es por tanto obediencia al sistema que la propone. Así la justicia no tendría carga emocional, y es así porque la justicia no puede ser instintiva. En este sentido, la justicia es una virtud racional, la manifestación de la razón en la acción.

La consideración de la justicia como acción se complementa con la virtud, como un retroceso a la individualidad, así el autor Santo Tomas de Aquino basándose en la noción de justicia de

⁵⁰ Al respecto "La justicia es, en primer lugar una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social, que regula las relaciones mutuas entre los hombres. Sólo secundariamente es una virtud humana, ya que un hombre es justo si su conducta se adecua a las normas de un orden social supuestamente justo"

⁵¹ *"un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera."* (Perelman, 1964, pág. 28)

⁵² El autor Perelman se propuso realizar una formula común a partir de las diversas concepciones de justicia, para ello busca eliminar de los presupuestos las cargas emotivas que los influncian, en su obra recopila las diversas concepciones de la justicia, que de alguna forma reflejan las diversas corrientes sobre lo que la justicia es. (Perelman, 1964, pág. 17)

Platón aporta que la formación del hombre se da en virtud de las actividades repetitivas buenas que llegan a conformar un hábito, así justicia será *“el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es propio mediante una voluntad constante y perpetua”* (Aquino, 1981)

La consideración de la justicia como virtud no solo es adoptada por la teología, también existen expresiones como la del autor John Rawls, *“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”*. (Rawls, 2000, pág. 17)⁵³

El planteamiento del autor John Rawls se da desde una filosofía política y social en relación a la filosofía del Derecho. Su planteamiento se fundamenta en el contrato social que anteriormente han propuesto los autores Jean Jacques Rousseau, Locke, y Kant.

La idea de las instituciones sociales que pretende el autor John Rawls implicaría una conjunción de objetos tanto de jurídicos, procesales e incluso morales en un equilibrio distributivo.

Ideas sobre el equilibrio y la justa distribución también han sido el fundamento de otras expresiones, que con una orientación diferente; por ejemplo el autor Herbert Lionel Adolphus Hart en su obra *“El concepto de Derecho”* (Hart, 2004, págs. 192-208), afirma que una norma jurídica es buena porque es justa o injusta, pero no es justa porque es buena, o injusta porque es mala. Para el autor Herbert Lionel Adolphus Hart la carga de la búsqueda de la justicia le corresponde al legislador, establece que este tendrá en la justicia un fin necesario que debe cumplirse y este fin a la vez ha de estar guiado por el bien común.

Entre los autores John Rawls y Herbert Lionel Adolphus Hart la diferencia no se da en el fundamento de la justicia, más bien se da en la forma de materialización. Ambos consideran al bien común como elemento generador de los parámetros de lo justo.

⁵³ Rawls busca establecer los principios de la justicia en forma racional. Procura el establecimiento de una fórmula para evitar los llamados a la intuición alejándose del riesgo de respuestas contradictorias. (Raphael, 1986, pág. 145)

Con algunas variantes el autor Thomas Hobbes⁵⁴ hace sus propuestas que se ven caracterizadas por el reconocimiento de un pacto social original, justa distribución y reconocimiento del orden

Es de especial mención el aporte del autor Gustav Radbruch⁵⁵ que en forma resumida se puede expresar así: *“la extrema injusticia no es Derecho”*. Esta misma teoría sirve de fundamento a los planteamientos del autor Robert Alexy (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993) sobre los criterios de valoración y argumentación y ponderación de principios y derechos fundamentales, y aun cuando no estudia directamente a la justicia la establece como el fin. De la teoría del autor Gustav Radbruch se deducen dos fórmulas, la **“fórmula de la intolerancia”** que se manifiesta cuando menciona *“justicia alcance una medida tan insoportable”* y la **“fórmula de la negación”**, que se desprende de la frase *“es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo”*. Esta teoría considera que el derecho tiene que estar provisto de los valores de justicia, racionalidad de los fines y seguridad jurídica.

El autor Amartya Sen complementa el camino trazado por el autor John Rawls al proponer los elementos de una teoría de la justicia a través de un avance de la determinación de las

⁵⁴ *“... los hombres, antes de pactar entre sí, vivían en un estado de guerra de todos contra todos, por tanto carente de justicia. Tampoco había leyes, ni propiedad, ni civilización alguna. En concreto, no existían los derechos, y por tanto era imprescindible buscar una solución eficaz. Deciden por mutuo acuerdo nombrar un garante de sus derechos y obligaciones; entonces nace el Estado y sólo a partir de ese momento queda instaurada la justicia”* (Fraga, 2005, pág. 1)

“En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia, no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones. Son, aquéllas, cualidades que se refieren al hombre en sociedad, no en estado solitario. Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio, ni distinción entre *tuyo* y *mío*.” (Hobbes, 1964, pág. 104)

⁵⁵ *“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo “Derecho injusto”, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.”* (Radbruch, 1946)

injusticias⁵⁶. Considera que concebir la justicia como algo inmutable es un error y es necesario la realización de revisiones periódicas.⁵⁷

A partir de los anteriores planteamientos podemos establecer como caracteres importantes los siguientes:

1. se describe a la justicia como parte de la felicidad subjetiva por tanto todo lo relacionado con la justicia es de carácter subjetivo
2. la justicia no se encuentra en del hombre sino en la sociedad en virtud de parámetros determinados por ella misma.⁵⁸
3. se le resta la posibilidad de universalizar la justicia
4. se propone la concreción de la justicia por medio de las normas racionales, alejándola del instinto natural
5. se visualiza a la justicia como ejercicio, acción, incluso como virtud social.
6. se logra considerar al bien común de la sociedad como fundamento de la justicia
7. el derecho para cumplir su fin tiene que estar cargado de justicia, racionalidad de los fines y seguridad jurídica, caso contrario no sería derecho.
8. se reconoce el pacto social original
9. la justicia sobrepasa el derecho, al grado de ser superior a él, la extrema injusticia no es derecho.

⁵⁶ "incluyen poner la razón en juego en el diagnóstico de la justicia y la injusticia (...) estudiosos de la justicia en diferentes partes del mundo han intentado ofrecer el fundamento intelectual para pasar de un sentimiento general de injusticia a diagnósticos particulares razonados de la injusticia, y de éstos a los análisis de las formas de promover la justicia" se preocupa por "identificar los esquemas institucionales justos para la sociedad" y "concentra su atención en lo que identifica como justicia perfecta," (Sen, 2011, pág. 23 y 24)

⁵⁷ los conceptos de derecho y justicia se confunden, y con razón pues comparten la misma etimología por lo que comúnmente se toman como sinónimos, Ej., orden, verdad, recto, justo,

⁵⁸ Al respecto se ha considerado: "La soberanía popular implica que la gestión de los asuntos públicos afecta a la generalidad, y en esa medida, tiene interés en la misma. Por ello, el destino de la sociedad debe ser decidido por todos sus integrantes, debiendo reconocerse a cada ciudadano un voto con el mismo valor. En otras palabras: (i) las decisiones generales que afectan el destino colectivo debe tomarlas el pueblo; (ii) todos los cargos que ejercen poder público deben ser de elección popular o derivados de los cargos de elección popular; y (iii) las decisiones las toma la mayoría, atendiendo a sus intereses, pero con respeto a las minorías. (Sentencias Definitivas Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional 61-2009, 2010)

2.6. LA INFLUENCIA DE LAS TEORÍAS NO POSITIVISTAS O IUSNATURALISTAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LA JUSTICIA

El iusnaturalismo busca explicar el derecho en función de los valores que protege o de los fines que persigue, siendo estos: a justicia, el bien común, la libertad, la igualdad y otros valores.

Su origen se remonta a la Europa después de la segunda mitad del siglo XX, en esta época se da un cambio de concepción de la organización de la Constitución, que era servir como plan político al legislador, y se convierte en una Constitución como fuente del derecho y garante de derechos y deberes, así tenemos entre esas la Constitución alemana del 1949⁵⁹.

A partir de este momento la Constitución se llena de moral, incorpora valores, fines, principios, además se agrega un preámbulo que sintetiza el fin del Estado. Así se reconoce que los principios tienen contenido moral y forma jurídica. (Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, 1997, pág. 280)

En la sucesión histórica aparecen afluentes de esta teoría en la aparición de los jueces constitucionales⁶⁰; la Revolución francesa y los juicios Núremberg⁶¹ a finales de la II guerra mundial.

Comúnmente suele asociarse al iusnaturalismo como de carácter religioso e católico en alusión a Santo Tomas de Aquino y a Bartolomé de las Casas, pero no se puede llamar así, ya que muchos de estos autores no son católicos por ejemplo Aristóteles, pero si hay uno que se puede llamar "ius naturalismo realista clásico" por qué el derecho lo mira en la realidad e incluso

⁵⁹ En esta se utilizó por primera vez la expresión "Ley Fundamental". La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania fue promulgada el 23 de mayo de 1949 para Alemania Occidental. Esta Constitución se basó en la República de Weimar.

⁶⁰ Véase: Sentencia del Juez Cooke de 1960.

⁶¹ Entre el 20 de Noviembre y el 1 de Agosto de 1946 se llevó a cabo en el palacio de Justicia de Nuremberg uno de los juicios más importantes de la historia ya que se juzgaba a los principales culpables de crímenes que atentaban contra la humanidad, la paz y, sobre todo, crímenes de guerra. En dicho juicio se trataba de juzgar a la cúpula más alta de la jerarquía nazi.

existe una variante de iusnaturalismo que es el metafísico.

El iusnaturalismo considera que el derecho no es compatible con cualquier contenido, para que exista el derecho este no debe superar el umbral de la justicia extrema. Esta idea es principalmente sostenida por los autores Robert Alexy (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993) y Ronald Dworkin (Dworkin, 2002).

Los no positivistas creen que hay mucho derecho creado, no todo lo presente es derecho y no todo puede ser regulado por él, y en virtud de un principio de economía el sistema normativo debería tender a una reducción.

Para el iusnaturalismo clásico no es verdad que todo lo justo es derecho, así que los categorizan como derecho justo, derecho más o menos justo y un derecho injusto.

En contraposición al positivismo, consideran que la capacidad legislativa tiene que tener un límite, tal límite sería el natural, en el sentido que hay cosas que no se pueden mandar y otras en las que debe de mandar.

El autor Santo Tomas de Aquino define la ley como la ley eterna, ley divina y la ley natural, que es la justicia del hombre en la ley, y la ley humana es la que se pone por el hombre y por eso la finalidad es ser buena, aunque permiten algunos vicios. Así finalidad de la ley es el bien común, el fin del derecho es un fin moral.

Los iusnaturalistas tratan de fundar en la naturaleza humana o en la naturaleza de las cosas sus planteamientos, por el contrario, en los positivistas sus planteamientos son en ciertos presupuestos los diálogos humanos que no son trascendentales. Los derechos humanos están restringidos de la racionalidad del dialogo. El autor Robert Alexy dice que hay derecho para suplir ciertas debilidades que tienen los diálogos humanos. (Rojas Amandi, 2012, pág. 162)

Para comprender los alcances de las teorías propuestas es indispensable retomar enunciados categóricos y al prisma de cada aportación obtener las respectivas conclusiones. Esto es lo que se procura a continuación.

2.6.1. Límites, Fundamentos, Naturaleza, Justificación

El entendimiento de las teorías se busca determinando la deferencia sustancial entre ellas, será evaluando como cada una enfrenta el problema gnoseológico jurídico.

Por una parte el ius positivismo fundamenta su teoría en un saber teórico, esto es, estableciendo sus objetivos desde un fin descriptivo, en caso contrario el iusnaturalismo en el saber práctico, encaminando su objetivo a prescribir o dirigir.

A partir de esto podemos estructurar una comparación del saber teorice y del saber práctico:

	Saber teórico	Saber práctico
OBJETIVOS	Cosas no humanas, también asume cosas humanas.	<i>Solo procede respecto a cosas humanas.</i>
CERTEZA	El fin es describir Absolutas sin excepción	<i>El fin es prescribir o dirigir Tiene como particularidad que puede tener excepciones</i>
MÉTODO	No necesita de diálogos es acumulativo y progresivo	<i>Necesita del dialogo y no es progresivo</i>
FINES		
<i>Verdad</i>	La busca	<i>La busca</i>
<i>Valores</i>	Prescinde de ellos	<i>Requiere de ellos</i>
<i>Belleza</i>	No la busca	<i>Ética Bien Belleza</i>
<i>Utilidad</i>	<i>El deber ser</i>	<i>El ser</i>

Para los positivistas, el saber jurídico es una saber teórico (las normas) y se limita a describirlas, tiene la aplicación de una certeza absoluta (ciencia pura exacta), establece una nueva verdad y disipa los valores. El autor Hans Kelsen se pronuncia en el saber científico y excluye la valoración, así su teoría es una propuesta de ciencia por su objetividad y exactitud. El saber jurídico según el autor Hans Kelsen recae en el saber judicial. (Kelsen, 1982)

Los críticos, su fundamento es por un saber práctico, técnico, porque les interesan los comportamientos, con una certeza excepcional pues necesitan del dialogo, su saber es pragmático por lo que lo importante es el resultado y no los medios, y al ser práctico el resultado será por tanto lo útil. Consideran que el saber jurídico queda diluido en otros saberes pero admite cierta distinción entre derecho y política, pero sin ser una separación, pues siempre existen conexiones. En la ciencia práctica no se puede prescindir de la historia.

Los no positivistas ius naturalistas, se basan en el saber practico porque lo más importante para estas teorías son las conductas humanas, de la observación de las conductas se procuran procurar que las soluciones sean las que mejor se adecuen a los principios. Como Ejemplo se puede señalar la teoría de la justicia redistributiva del autor Ronald Dworkin. (Dworkin, Law's Empire, 1986).

La certeza implica una certeza general pero que en casos de excepción, la certeza será excepcional, es dejar de lado una solución legal si es disvaliosa aunque no en forma general. Esto siguiendo la línea del "Hard case" del autor Herbert Lionel Adolphus Hart. (Rodríguez, 1997, pág. 68)

Para los iusnaturalistas la moral circula con el nombre de principios, así el derecho se ve en las conductas humanas que tienen que ver con la justicia, en las conductas sociales que tienen que ver con deudas de justicia y la finalidad del objeto jurídico es dirigir la conductas de los humanos, por lo tanto es un saber practico. Así el saber jurídico resulta de carácter general y excepción.

2.6.2. El Sistema Jurídico

Para los positivistas, el sistema jurídico Kelseniano es fuerte, porque pretende ser completo - acabado y está compuesto solo por normas. El problema es que a su vez está formado por normas basadas en otras normas y el problema se da cuando no se puede justificar la validez

de las primeras correlaciones, para esto el autor Hans Kelsen formulo la teoría de la norma hipotética fundamental que es el referente abstracto de la normativa concreta.

La determinación de un sistema que se rige con ideas de carácter positivista ha de contar con algunos criterios especiales:

Clausula alternativa tacita. Se consideraba que cuando una norma es creada en contra de la norma superior entra en vigor la “cláusula alternativa tacita” que consiste en una norma de grado superior que legitima al funcionario para actuar de una forma diferente y basándose siempre en la normatividad, impidiendo actos no reglados.

Sistema de jerarquía normativa. Se establece un sistema que jerarquiza las normas, así no todas las normas están ubicadas en el mismo plano. La jerarquía es establecida por la generalidad que contiene, creándose una visión individual de cada una, dejando más específica en el nivel inferior. Esto se manifiesta en la visión del autor Hans Kelsen de la pirámide normativa.

Interpretar es crear. Para el autor Hans Kelsen el interpretar una norma es un proceso de creación, pero que al no llevar un proceso riguroso de formación no adquiere un carácter obligatorio.

La norma es completa. Para los positivistas la norma es completa y no tiene lagunas. Un sistema jurídico tiene que tener una “norma de clausura”, así todo lo que no está prohibido se permite.

Coherencia, en el sistema solo hay normas coherentes, porque si se advierten antinomias estas deben resolverse y se hacen a través de tres criterios clásicos: la jerarquía, la temporalidad y la especialidad.

Unidad del sistema jurídico, dentro del sistema jurídico sabemos cuáles son las normas que son de un sistema y cuales son de otros, mediante la determinación de origen de la constitución primaria, así la cadena de validez da relación de la coherencia.

Para los críticos, son escépticos son respecto a la sistémica del derecho y que esta es una ficción que está lejos de constatase en la realidad. En la realidad hay disputa de sistemas

jurídicos.

Para la visión crítica los sistemas son simplemente presupuestos que no se reflejan en la realidad y lo que se encuentra son crisis en los sistemas.

Para los no positivistas iusnaturalistas, dentro del sistema hay principios, valores y derecho humanos que tienen proyecciones sobre todo el sistema. Pasa saber lo que dicen los principios hay que saber ponderar los principios, en el caso que los principios se contrapongan, la tensión se libera en virtud de la ponderación. Es necesario ver el contenido esencial del principio.

Existen diversas propuestas para realizar la ponderación de los principios, para el autor Robert Alexy la forma de hacerlo es con el rigor que se pretende en una ecuación matemática. (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, págs. 91-95 y 141)⁶²

La validez de la norma pasa por la determinación de los componentes del sistema y es la jurisprudencia es el lugar donde se esclarece el sistema, es el lugar donde se va sistematizando, rectificando, ratificando y modificando el sistema.

En virtud del carácter histórico del sistema se promueven respuestas de valor universal que solo corresponden a una sociedad. Este sistema débil computa todas las particularidades de cada sistema de derechos en virtud de los cambios históricos.

Se evita las redundancias con el objeto de ser eficiente.

2.6.3. La Axiología

Puede recibir distintas denominaciones tales como moral, ética, derechos humanos, validez,

⁶² A modo de ilustración: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". Fórmula del peso:

$$G_{ij} = \frac{I_i * G_i * (S_i)}{(I_j) * G_j * S_j}$$

valores, razonabilidad, corrección, etc.

Bajo estas premisas se buscan para escoger una respuesta a la mejor justicia, la más valiosa, la que mejor se ajuste a los principios, etc. Se da un proceso de criterios para elegir entre mejores o peores respuestas jurídicas.

En el problema axiológico se mencionan distintas corrientes, así el derecho natural es otra de las salidas posibles.

Ius Positivism Legalista del siglo XIX.

El único valor que importaba era la seguridad jurídica y la ley siempre era justa. Aquí el marco axiológico no es importante, basta que se pronuncie la voluntad general. Aquí son válidas expresiones como la retomada por el autor Julien Bonnacase, que dice así:

"Dura lex, sed lex un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley" (Bonnacase, 1944, pág. 160)

Ius positivismo kelseniano, adopta una posición moral o axiológica de empirismo lógico, dice que cuando alguien decide en el terreno de los valores esa decisión es irracional. Y al ser irracional pierde la posibilidad de universalidad, de comprobación científica. Se desliga del deber ser normativo.

No positivistas – iusnaturalistas, la principal teoría ética es la Escuela ética intersubjetivista, el bien, la moral y la justicia no lo define cada sujeto individualmente, por eso esta teoría se llaman intersubjetivas, así que la matriz donde se define la justicia es la sociedad. Estas teorías son racionales por que definen a la sociedad de forma experta, esta misma se conoce y comprende y es experta en sí misma. Cada sociedad define lo que está bien o lo que está mal en concreto.

Como ha sido expuesto, las corrientes iusnaturalistas precisan del dialogo, para lograr la determinación de lo justo es necesario que se respeten ciertas reglas, se denominan “Reglas de la Comunidad del Dialogo Racional” y son:

- Igualdad jurídica entre dialogantes
- Libertad para argumentar
- Nada se afirma sin dar razones
- Sinceridad
- Universalización del dialogo, lo que afirma para ese problema vale para todos los problemas análogos
- Comunidad lingüística, tiene que haber claridad lingüística, ha de entenderse con términos semejantes
- Respetar las exigencias de la lógica, no se puede argumentar o contradecir al mismo tiempo
- Respetar el principio de inercia. El dialogo tiene un ritmo, un proceso que avanza en busca de la respuesta por lo que vamos acordando, queda acordado y podemos volver atrás.

2.7. LA JUSTICIA COMO ACTIVIDAD PROCESAL

2.7.1. Factores de la Justicia

El objeto de estudio de este apartado es el análisis de las diversas figuras que confluyen en el proceso de administrar justicia por parte del Estado, tendremos entonces al creador de la norma, Juez, al Litigante y la Sala de lo Constitucional.

La presentación se este apartado requiere un alto nivel de imparcialidad en los planteamientos con el objeto de no influir los subsecuentes temas a tratar, de la mayoría de las ideas a proponerse existe una teoría o corriente que en mayor o menor medida se identifica con el derecho natural o sus variantes, incluso con opuestos a este.

Atendiendo a los criterios del estudio se procederá al análisis de cada figura en cuanto su vinculación con la justicia.

2.7.1.1. El creador de la norma.

Tomando la correcta Epistemología del Derecho⁶³ encontraremos que la relación entre justicia y derecho es tan poderosa como si estuviéramos refiriéndonos a la misma cosa, a tal grado que el origen etimológico de ambos es el mismo, “*lus*” para el Derecho y “*lustum*” para lo justo. Derecho proviene del latín “*Directum*” que significa rectitud, bueno, lo justo, aunque no por esto signifique que sean lo mismo.

En El Salvador el sistema normativo se conforma de leyes y normas generales. Siendo la ley el resultando de un proceso formal de creación, es la Asamblea Legislativa la entidad constitucionalmente determinada para legislar⁶⁴, por ser esta la máxima representante del pueblo, siendo este su principal fuente en la formación.

También existen otros tipos de normas que aunque no han sido generadas en virtud de un proceso legislativo, son de carácter general y de obligatorio cumplimiento.⁶⁵ Me refiero a las normas generales, que son aquellas que regulan en abstracto la conducta humana a través de determinadas categorías de personas (Ojeda Bohórquez, 2001, pág. 52), en esta categoría se incluyen los reglamentos y acuerdos ejecutivos que determina el Artículo 168 numerales 8 y 14

63 “Desde la perspectiva jurídico positiva, se entienden usualmente como fuentes del derecho: las autoridades creadoras de disposiciones y normas jurídicas - la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República, los tribunales, etc.; los modos o procedimientos a través de los cuales se producen las mismas - procedimiento de formación de ley, actividad juzgadora, etc.” (Declaratoria de Inconstitucionalidad, 1999)

64 Nótese que la Constitución no determino propiamente las áreas de competencia exclusiva de la Asamblea Legislativa y por ende se determinarán por exclusión de la propia competencia de los otros Órganos. El Artículo 121 de la Constitución consideró que corresponde a la Asamblea Legislativa, la atribución de legislar, específicamente Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias (Artículo 131 No. 5 de la Constitución).

65 “Las leyes corresponde decretarlas a la Asamblea Legislativa, según el art. 131 N° 5, interviniendo en el proceso formativo de la ley con su sanción el Presidente de la República, según el art. 135. Los reglamentos para el desarrollo de las leyes corresponde decretarlos, según el art. 168 N° 14 Cn., al Presidente de la República; aunque también la Constitución permite la existencia de otro tipo de Reglamentos, en el art. 167 N° 1, que es un Reglamento autónomo. Tanto la ley como el reglamento, se da mediante un Decreto, solo que uno es Legislativo y el otro Ejecutivo”. (Declaratoria de Inconstitucionalidad, 1995)

de la Constitución, las ordenanzas municipales que determina el Artículo 204 numerales 3 y 5 de la Constitución⁶⁶.

Los principios de orden Constitucional al ser trasladados al sistema normativo conllevan una estandarización de fines y objetivos que por la misma Constitución se establecen, el Artículo 246 establece los lineamientos así: “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.”

Por su parte la Asamblea Legislativa se constituye como la máxima expresión de la voluntad popular materializada por las discusiones y debate en el pleno legislativo, además cumple una función socializadora, divulgativa y participativa (democrática).

De gran importancia es la apertura que este órgano genera a la sociedad, ya por la representación territorial que cada diputado, las tendencias políticas⁶⁷ o por la posibilidad de participación que las comisiones generan.

La base contextual que determina el marco de referencia del legislador es la Constitución⁶⁸ y la realidad⁶⁹. La Constitución en cuanto determina la forma, modo y fin de la norma a crear, modificar o derogar; la realidad en cuanto a sus propias experiencias y la percepción que de esta tienen, los diputados propiamente se vuelven el nexo de la norma con la vida. Esto es determinante para la justicia.

Se ha dicho en apartados anteriores que la justicia se da en sociedad y es esa misma

66 Como ejemplo se puede señalar la Ordenanza reguladora del centro histórico de la ciudad de Santa Ana, que corresponde al Decreto número ocho de fecha 16/10/2013, por la cual se regula, entre otras cosas, la forma de realizar publicidad por parte de las empresas dentro de una zona determinada.

67 Ya sea por medio de una candidatura independiente o por representación de un partido político el diputado representa alguna tendencia política.

68 Que además de los Valores, Principios y Derechos implica una zona de reserva de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro órgano, de reserva de ley.

69 Art. 125.- Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.

sociedad la que tiene el deber y responsabilidad de recuperar los criterios para considerarla, en el caso volverla de carácter general y de obligatorio cumplimiento para sus miembros, así mismo de facilitar su argumentación.

Sabio fue el legislador constituyente al no extralimitar los requisitos para ser diputado, un mínimo de instrucción es suficiente, lo que en verdad vale en la forma en como traslada el objetivo social.

La justicia como abstracción obtiene concreciones jurídicas por medio de la actividad legislativa.

2.7.1.2. Operadores de justicia.

Se puede considerar al Juez como un instrumento del Estado en quien se delega la potestad para que en nombre de la República imparta justicia en virtud del mandato Constitucional del Artículo catorce de la Constitución. Los Jueces ejercerán sus funciones con toda libertad en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conoce y está sometido exclusivamente, en el ejercicio de su función jurisdiccional, a la Constitución y a la Ley Constitución de la República en su Art. 172 inc. 3. y garantizado en el Art. 186 inc. 5. el cual se remite a la legislación secundaria.

La relación entre Juez, justicia y derecho, no tiene mayor connotación cuando nos referimos a ideas como las del autor Otto Bachof *“fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y que debe abstenerse de propias decisiones arbitrarias; que está vinculado al poder secular de la justicia reflejado en la Ley, sin tener que representar o practicar un poder social propio”* (Bachof, 1987, pág. 23)⁷⁰; al revisar las potestades que la Constitución en su artículo 185 otorga al Juez, encontramos que las

70 Se hace referencia al extracto de la Sentencia 155-97 y 202-97. Pineda y otro vrs. Juez de lo Penal de San Marcos, Sala de lo Constitucional, del 26/03/1997, que dice *“...La función del Juez es juzgar, no investigar.”*

facultades judiciales son de carácter amplísimo y no se remiten a la búsqueda de la justicia por la aplicación del ley, dice literalmente *“administrar justicia”* y le da herramientas especializadas para hacerlo al grado de poder *“declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales”*,

A lo anterior surge una pregunta crucial, tenemos ¿juez de la Ley o juez de la justicia?, responder esta interrogante ha llevado a la formulación de muchas teorías, que se desarrollan en forma muy creativamente el artículo escrito por François Ost, denominado **“Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”** (Ost, 2007), cada uno de los míticos personajes representan diversas formas posibles de actuación, siendo el **Hermes** el gran mediador e intermediario, que ha de incorporar además de la realidad, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, a los actores y más, se vuelve en un desafío de organización sistemática, pues al incorporar diferentes elementos juicio que varían eventualmente, la tramitación del proceso orientado a la incorporación de diversos medios, situaciones y personas podría estar sujeto a variaciones, que lejos de la fuerza de la ley se podrían fácilmente generar, por tanto, no será fácil pre construir un modelo de sistema judicial, además el único gestor concentrador de las resoluciones serán los jueces, que también deberán interactuar entre sí para llegar a la solución, aquí el proceso necesariamente tendrá que estar cargado de justificaciones e interpretaciones de sus razonamientos, volviéndose más largo y tedioso, por el esfuerzo de plasmar la razonabilidad de la resolución.

En contraste, **Júpiter** es el que tendría mejores prerrogativas para la implementación en un sistema de gestión judicial, pues la actividad judicial se basa en un fundamento único e inmutable, que es la Ley, la que determina sus actividades, procesos y plazos. Así la actividad del juez es fácilmente delegable para la tramitación del proceso, ya que el tener fases pre configuradas el uso de modelos o formatos es viable, por tanto los colaboradores tendrán la posibilidad de imponer celeridad. En este se renuncia a la justificación y la actividad intelectual del juez está limitada.

Por otra parte **Hércules**, parece como contrario al anterior, se deja el culto a la ley por el

culto al Juez, así la decisión judicial será la base del sistema normativo, en este orden la actividad principal del proceso recae en el juzgador y a la suma de estas actividades aparece el sistema de jurisprudencia. La actividad judicial implicara un círculo alrededor del Juez, volviéndose egocéntrica. Esto implica la imposibilidad de delegar gran parte de las actuaciones del proceso, volviéndolo más largo por la acumulación de trabajo y con resultados divergentes en situaciones similares. La ventaja sería que al idolatrar al juez no es necesaria la justificación de sus actuaciones pues basta que las genere para que sean válidas y por tanto esto viabilizaría la resolución de casos semejantes, esto diezmaría el planteamiento judicial de este tipo de controversias, que al tener precedente no es necesario un nuevo análisis.

Se han determinado fortalezas y debilidades de los tres perfiles descritos, pero no basta con eso, la mayor diferencia de los planteamientos se da cuando determinamos el objeto de las actuaciones, que van del rigorismo de la norma a la libertad de actuación. Si la meta es la aplicación de la ley tendríamos que rendirnos al culto por ella, tendríamos que reconocer que la justicia es la ley y no hay más justicia fuera de esta; en sentido contrario, si la meta es la justicia, la aplicación de la ley podría ser innecesaria y abriría la puerta a la arbitrariedad del juez.

La actividad del juzgador siendo susceptible de influencias personales, sentimientos, experiencias, costumbres y el general todo el ambiente que lo rodea debe ser encaminada a la satisfacción de la comunidad, así a modo de orientación el Código de Ética Judicial de El Salvador, establece pautas importantes. Los principales aportes se dan en la determinación de los principios éticos del funcionario entre estos la justicia, la cual según el Art 4 lit "e)" implica: *"Cumplir las funciones del cargo, otorgando al público, a los superiores, a los subordinados y al Estado lo que les es debido, según derecho o razón."* Pero aún más importante esta definición de *"Justicia"* que contempla el Artículo 9 y dice: *"Debe entenderse que la autoridad conferida al Juez o la Jueza para el ejercicio de la función jurisdiccional proviene de la sociedad, en consecuencia en los casos que particularmente sean sometidos a su conocimiento, debe*

proporcionar soluciones razonablemente justas, a fin de asignar a cada quien lo que corresponde, conforme al derecho aplicable y su conciencia ética.”

Así el juzgador equitativo será el que sin transgredir el derecho, toma en cuenta las peculiaridades del caso y las consecuencias que podrían derivarse y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los principios o valores del ordenamiento jurídico y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes. (Sentencia de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional 40-2009/41-2009, 2010)

2.7.1.3. El razonamiento de los jueces en virtud de la teoría filosófica.

Cada teoría filosófica que influye en el derecho requiere de una adaptación a las propuestas que por ella se sostienen, teniendo como resultado una forma muy específica de actuación. Es de especial importancia la determinación del resultado esperado en la forma de actuar de cada juzgador en virtud de la filosofía imperante a efecto de evaluar su desempeño e identidad con los fines establecidos por la sociedad.

Ius positivismo decimonónico, esta corriente sostiene como principal tesis que el derecho ha de estar separado de la moral, distanciándose de toda vinculación entre ambos y negando la posibilidad que uno deduzca del otro. A la vez, el iuspositivismo define las instituciones jurídicas como un tipo particular de instituciones sociales (Hart, El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral en Dworkin, R. M., 1980). Para esta corriente el razonamiento de los jueces sería solamente lógico formal, solo importan las reglas del silogismo deductivos, para el caso las establecidas por Aristóteles.

Ius positivismo Kelseniano, esta escuela fue fundada por el autor Hans Kelsen y se basa en lo que él llamó *“teoría pura del Derecho”*, por esta teoría considera al Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, excluyendo cualquier idea de derecho natural (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 1982); aquí no hay ninguna lógica sino una decisión irracional. En el intento de erradicar la moral y el juicio humano del derecho, se limita la

actividad judicial a la aplicación de la ley. En este sistema se encuentran los medios de prueba tasada, la no obligatoriedad de fundamentación.

Teorías Críticas del derecho, se gestaron a finales de la década de los sesenta, a través de la influencia sobre juristas europeos de las ideas provenientes del economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), de la relectura gramsciana de la teoría marxista hecha por el grupo de Althusser, de la teoría frankfurtiana y de las tesis arqueológicas de Foucault sobre el poder (Wolkmer, 2003). Para esta corriente lo principal es la lógica, y no la formal sino una lógica no formal basada en la retórica, la persuasión. Por el utilitarismo adoptado las resoluciones satisfacen las inquietudes directas, no se prevé un fin trascendental a la actividad judicial.

No positivismo – iusnaturalistas, esta escuela del pensamiento jurídico surge en oposición directa al positivismo clásico y considera la existencia de principios morales y universales accesibles al hombre mediante la razón y que al no ser recogidos o sancionados por el ordenamiento jurídico positivo, este pierde la calidad de ordenamiento jurídico. Se retoman ciertas posturas del positivismo y de los críticos, por eso se dice ser ecléctica, no rechazan la lógica formal ni el silogismo, pero sobre todo algunos, admiten la retórica; además se da respeto al valor de la ley y en casos excepcionales se amerita una resolución excepcional.

2.7.1.4. Los litigantes.

El término litigante se utilizará en el sentido de ser los representantes de las partes en el litigio, causa o proceso. Para el caso serán los individuos cuyo objetivo fundamental es colaborar en la defensa de la Justicia.

La regla general señala que los litigantes han de ser Abogados de la República y pueden actuar en virtud de la naturaleza del proceso como demandante - querellante o defensor, representando intereses de particulares o en representación de alguna institución estatal.

La formación del Abogado en El Salvador es básica e incluso necesaria para optar a la carrera judicial, dicho de otra manera no hay Juez que no sea Abogado.

La función de Abogado no cuenta con reglas estrictas que determinan su forma de actuar, las que existen básicamente se limitan a determinar situaciones morales y conductuales, dejando en libertad al profesional del derecho de formar su carrera.

El libre albedrío del Abogado es amplísimo, nadie lo puede obligar⁷¹ a actuar más que su propia ética. Como ejemplo de lo anterior tenemos el llamado Decálogo del Abogado, que en verdad son Los mandamientos del Abogado propuestos por Couture, que se convierte en texto obligado en cada juramentación de nuevos profesionales⁷².

En los mandamientos IV y VIII, queda claramente definido el fin de la función del Abogado, y es la justicia, aun cuando esta vaya contra del Derecho⁷³ (Couture, 2002), así:

IV. Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.

VIII. Ten fe. Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho, en la Paz como substitutivo bondadoso de la Justicia; y sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz.

2.7.1.5. Sala de lo Constitucional

Esto nos lleva al análisis de la estructura jurisdiccional, y en la cúspide de esta, las Salas de la Corte Suprema de Justicia, entre ella la Sala de lo Constitucional, encargada directamente velar por el cumplimiento e interpretación última de la Constitución⁷⁴, sin llegar a ser un Tribunal Constitucional como lo determina la doctrina, en cuanto a la independencia de los órganos del

71 Ni a defender lo justo, ni mucho menos a acusar una injusticia.

72 Art. 143 Ley Orgánica Judicial. Los abogados antes de comenzar a ejercer la abogacía y la procuración, deberán protestar ante el Presidente de la Corte de la siguiente manera:

"¿Prometéis bajo vuestra palabra de honor ejercer fiel y legalmente la profesión de abogado, **no favorecer a sabiendas ninguna causa injusta y separaros de aquéllas en que hubieseis comenzado a intervenir, desde el momento en que conozcáis que ella es injusta**; no aconsejar ni consentir que se empleen medios reprobados por la ley o la moral para hacer triunfar los asuntos; y dirigir o representar a los pobres gratuitamente con toda diligencia?"

73 En este caso el Derecho es entendido como la ley, ley que por ser injusta se transforma en anti derecho, según lo sostenido por el autor Robert Alexy (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993).

74 Arts. 174, 318, 182 Ord. 7, 183 Cn.

Estado.

Aquí se encuentran situaciones que han de ser resaltadas, primero es la dependencia de la Sala al Órgano Judicial, ya que en muchos casos se ha convertido en juez y parte; segundo la ley que regula su actividad por ser antigua ha sido condicionada por la jurisprudencia de la misma Sala; y tercero, no existe un sistema normado de jurisprudencia en el país, sumado a esto sus resoluciones tienen el carácter de definitividad, es decir no admiten ningún tipo de recurso o revisión.

2.7.2. La justicia, la moral y el derecho.

No puede existir sistema social que no posea un orden, en consecuencia el orden implica reglas y medidas de control. Un sistema con orden pero sin moral y justicia crea instituciones desde perspectivas exclusivas de legalidad, que serán sustentadas en la fuerza para asegurar que se cumplan de una manera generalizada. Aquí la legitimación de la autoridad se reconoce por la fuerza misma.

Por otra parte, al transferir la autoridad a la colectividad, tal es el caso de un sistema democrático, se requiere de que la legitimación sea consistente, arraigada en los fundamentos más profundos sobre los que se asienta la propia democracia, si es que se requiere ir más allá de la mera imposición por la manipulación de las conciencias o por la fuerza. Las reglas implican estabilidad, y la autoridad debe estar sometida a la ley

En cualquiera de los casos las normas jurídicas han de ser entendidas como estructuras del deber ser, o mejor, como estructuras de deber ser que nos indican, bajo amenaza del ejercicio de la fuerza, como debemos comportarnos.

El derecho no es solo ley y no puede serlo por el hecho que se cumpla, el Derecho se compone de otros elementos subjetivos que lo orientan. Así la efectividad no necesariamente genera legitimación; la legitimación ha de adquirirse por justicia.

En sentido contrario a lo anterior, la falta de justicia implicaría falta de legitimación y el

derecho que sustenta una injusticia dejaría de ser derecho.

La falta de auto aplicabilidad normativa conlleva a la necesidad de complementarles con actividades humanas que resultan indispensables. La existencia de todo un sistema valorativo que incluye la experiencia, sana crítica, interpretación, argumentación y otros elementos es necesario para tomar la mejor de las decisiones entre todas las opciones posibles existentes.

La carga más pesada que se le adjudica al Juez es tomar una decisión, deberá valorar los hechos, el derecho, los fines de la sociedad, la justicia, sus experiencias y hacerlo en forma ordenada y científica. Su buena decisión genera legitimidad a su cargo, que trasciende al órgano que representa llega hasta la percepción de paz, armonía, orden y justicia de todo el Estado, una resolución a la vez.

En un caso ordinario la solución será igual, ordinaria, y no generaría mayor discusión o interés; lo complejo surge en circunstancias atípicas, en la cuales no bastan los criterios de valoración normales para una solución. La Ley y más aún la Constitución son preceptos de cumplimiento de situaciones inciertas e indeterminadas que en virtud de las experiencias jurídicas⁷⁵ o razonamientos lógicos procuran ordenar la sociedad.

La Ley regula situaciones a futuro⁷⁶, lo que facilita su aplicación en el momento que se dé una situación atípica, ya sea por las deficiencias consientes o inconscientes en la estructuración de la ley. La situación atípica es aquella que no se adapta plenamente al enunciado normativo o los efectos que este conlleva son diferentes a los esperados, siendo situaciones impredecibles en todo o en parte.

Teniendo el orden como fin, eventualmente se han de buscado justificaciones a los casos extraordinarios, como ejemplo tendríamos el **Digesto**⁷⁷ que consideraba el principio "*satius enim*

75 Sean estas nacionales o extranjeras. Aprovechando la incertidumbre es que se generan trasplantes jurídicos.

76 Principio Constitucional "***Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege***" como regla general.

77 (***Pandectas*** en griego, ***Digestum*** en latín), publicada en el año 533 d. C. por el emperador bizantino Justiniano I

esse impunitum relinqui facinus nocetis quam innocentem damnari”, del cual se establece que es mejor dejar libre a un culpable que castigar a un inocente en caso de duda o incertidumbre así como en casos extraordinarios, no es esta la única situación pues existen otras, la interrogante es ¿esta es una salida viable?, y si lo fuera ¿será la más correcta?, y sin poner mucha imaginación también podría resultar en una salida muy cómoda.

2.8. EPISTEMOLOGÍAS DEL DERECHO

A lo largo de la historia del derecho, este ha tenido diferentes modelos epistemológicos⁷⁸, siendo los más reconocidos el del ius positivismo jurídico y el ius naturalismo. Hablar de estos dos modelos como únicos sería erróneo especialmente por la cantidad de variantes que de estos han surgido, no obstante como una primera aproximación resultan adecuados.

El hombre conoce y a la vez quiere, y busca ampliar los límites de su conocimiento, establece métodos y poner un orden a su forma de conocer. Existen problemas fundamentales tan básicos en la mente del hombre, de los que ha buscado solución por medio de diversas corrientes del pensamiento.

De entre los mayores retos a la razón del hombre se encuentra el definir que es la justicia, como aplicarla y evaluarla. A partir de esta necesidad se tienen en la actualidad diversas formas de enfrentar este problema, y aunque ya se cuentan con respuestas están no logran ser determinantes.

Las diversas corrientes del pensamiento discrepan en la forma y consecución del derecho, pero también reconocen elementos en común, por ejemplo que el Derecho se da en sociedad y que es una forma de la regulación de la conducta encaminada a un fin.

⁷⁸ Epistemologías como modo sistemático del conocimiento del derecho en cuando al método de obtener el conocimiento.

La situación se complica al incorporar a estos análisis epistemológicos la noción de justicia. La justicia es reconocida en forma generalizada como un fin en sí mismo del derecho por todas las corrientes de estudio; la dificultad se da cuando se busca adjudicarle contenido a ésta, ya que la explicación de la propia justicia es una situación de contenido moral y la moral resulta inexacta y a consideración del autor Hans Kelsen (Kelsen, 1982) irracional. Si la moral es irracional y esta busca explicar la justicia, sería lógico considerar que la justicia sería irracional y por lo tanto inexacta, más problemático sería darle un carácter de universalidad.

Por otra parte, si consideramos que la exactitud y rigidez de las normas estaría en contra de la naturaleza humana (su carácter dinámico e evolutivo en virtud del constante perfeccionamiento) la concepción de lo justo debería tener la posibilidad de congeniar con estos cambios y buscar en el hombre la respuesta del problema.

Existe también una tercera opinión que justifica que ninguna de las explicaciones anteriores solventa el problema del derecho, dando lugar a criterios de neutralidad valorativa, para ejemplo, el autor Von Wright en el sentido de que *"el positivismo jurídico está en lo cierto cuando sostiene que el derecho no es lo mismo que la moral, lo cual se aprecia, por ejemplo, en la función que cabe asignar a ésta como modelo para enjuiciar la corrección de aquél, aunque no lo está, sin embargo, cuando, en nombre de la "pureza" del derecho, el positivismo insiste en eliminar toda consideración de orden moral acerca del derecho legislado y de su interpretación por los juristas"*. (Squella Narducci, 2000, pág. 547)

Tendríamos un esquema de pensamiento en el cual el derecho y la justicia se encuentran al centro de la relación y a partir de ahí confluyen las teorías.

El origen y evolución de los modelos epistemológicos, como los conocemos actualmente, se le debe a la ciencia de la filosofía que en la década de 1920 pasó de los problemas filosóficos a las palabras, denominándose esta corriente como "positivismo lógico", surge en Viena, siendo su desarrollo en Inglaterra con las ideas de Ludwig Wittgenstein. Para Wittgenstein el papel de la filosofía era la búsqueda del significado, de modo que el procedimiento de la filosofía es la

clarificación y su resultado la claridad. (Squella Narducci, 2000, pág. 387).

2.9. TEORÍA DE LOS PINES.

En el proceso de contextualizar la propuesta del autor Jonh Rawls (2009. pág. 17, 21) surgen una variedad de situaciones que dificultan esta tarea, básicamente por que el autor Jonh Rawls genera un vacío en la comprobación practica de sus enunciados, a pesar que este vacío claramente lo reconoce y considera es tolerado con el objeto de conformar una teoría como la menor posibilidad de observaciones posibles al poder ser viable en diversos modelos de aplicación, pero para efectos prácticos la teoría estaría incompleta y seria nuestro menester proponer alguna alternativa.

Para solventar lo anterior se propone, lo que se ha llamado, la Teoría de los PINES que sería una consideración de los Principios, Intereses y Necesidades del individuo en su congruente incorporación en el colectivo. Esta teoría sería el eslabón faltante entre el modelo utópico que inicia con el hombre sin prejuicios e intereses que reconoce la justicia por un acuerdo ideal entre miembros del colectivo en virtud del pacto social⁷⁹ que equilibra las ganancias presentes o futuras con las perdidas presentes o futuras. Este modelo como punto de partida de la teoría utópica es ideal pero no adecuado para tratar una realidad especifica por que no considera algunas circunstancias puntuales de los individuos en el propio proceso de inmersión social.

Establecer los parámetros del axioma de la justicia en una realidad implicará adentrarse más en la conciencia del individuo, pues aquí solo llegaríamos a un nivel conceptual; la tarea sería llegar a la moral individual reproducida en puntos de coalición y especificidad con la red de intereses y prerrogativas del colectivo. Esta tarea debe realizarse en forma ordenada y metódica y es aquí donde la teoría de los PINES retoma su importancia.

⁷⁹ Para más información ver (Rawls, 2000. pág. 27, 30, 35)

La denominación de la “Teoría de PINES” es un sigloide del grafema de los términos: Principios, Intereses y Necesidades, los cuales a continuación se explicarán.

El objeto de estudio de la teoría de PINES es delimitar al hombre dentro de un entorno que comprenderá un componente histórico – social – cultural que implica la formación previa y transferida; económico – biológico – material que implica el hoy; y una más de carácter trascendental que se refiere a la utopía de la vida. Por la evaluación de estos elementos se pretende determinar los idearios de justicia.

Los PINES vendrán a configurarse como puntos de interconexión provenientes de la relación subjetiva – objetiva de entre miembros de una comunidad. La idiosincrasia (como parte de la herencia cultural) junto con las necesidades (relacionado con la abundancia o escases de recursos) no son suficientes para influir cambios. Los cambios más radicales se verán acompañados de un liderazgo en un coyuntura específica que ofrezca expectativas mayores a las actuales, estos cambios no necesariamente son superfluos y podrían modificar configuraciones originaras, como lo son los axiomas, que es un punto central en esta investigación.

2.9.1. Los Principios

Por principio se entenderá la actitud observable resultante del proceso de aculturación del ser humano en sociedad, se estudia el componente evolutivo de la psiques social.

La individualidad humana inmersa en relaciones colectivas no es de aparición espontánea, más bien es el resultado de un complejo y largo proceso de evolución. A través del tiempo, la humanidad, ha ido moldeando la forma de entender y modificar su entorno, agregando o suprimiendo parámetro o criterios que con sus alteraciones van pasado entre generaciones.

Los principio serán los patrones intelectuales vigentes que son retomados por el ser humano como temporalmente validos aun cuando no gocen de una validación y que forman parte de la

conciencia histórica⁸⁰. Dentro del conglomerado de conocimientos adquiridos viene una fuente carga de conceptos, axiomas, ideas, tradiciones y otros que se aceptan sin mayor discusión por ser parte de la misma tradición.

A efecto de asimilar la forma de aculturación se pueden considerar en dos etapas:

La Primera, esta comprende la formación inicial básicamente a cargo de la familia u otro factor que facilite las herramientas básicas del lenguaje, disciplina, obediencia y formación inicial y que llega hasta el momento de asimilación de una postura ideológica compleja, entendiéndose este momento en el cual el individuo percibe el mundo que lo rodea e influye directamente en él.

La Segunda, esta etapa concibe al individuo como parte del medio social inmerso completamente en su entorno, con parámetros e ideas de sus relaciones y actividades completamente formadas.

Aun cuando la evaluación de los principios ha sido segmentados en etapas esto no implica que no exista una congruencia entre ambas, pues grandes influencias en la primera afectarán directamente en la segunda. En todo caso esta división no es fundamental en el proceso de medición.

Los principios son indispensables en el proceso de determinación porque es aquí donde se da la formación del léxico conceptual y las experiencias generadoras, en estas etapas impactarán los axiomas.

2.9.1.1. Determinación de los Principios

Siendo los principios el resultado de cargas en la caracterización de la personalidad, la determinación de estos elementos corresponderá a sucesos previos que son determinantes en la formación de la moralidad y ética del conglomerado en un lugar y época determinada, así en

⁸⁰ Para ver más sobre conciencia histórica recomiendo ver H, 1. Marrou, Teología de la historia, Rialp, Madrid 1978.

el caso salvadoreño específicamente para la determinación de referencia del presente, se tomaran en consideración los siguientes aspectos:

1. Conformación y estructura familiar (familias funcionales o disfuncionales)
2. conflicto armado, revolución social
3. educación formal
4. cultura de denuncia
5. acceso a la información
6. violencia (en todas sus áreas)
7. índices económicos (organización y conformación social)

A partir de la medición se espera obtener parámetros de:

1. índice de reconocimiento institucional
2. índice de legitimación institucional
3. índice de sumisión normativa
4. índice de solidaridad
5. índice de participación

2.9.2. Las Necesidades

La subsistencia del ser humano ha sido posible por su habilidad de transformar y adaptarse a su entorno, principalmente este proceso de incorporación al ambiente es posible por los recursos que el mismo entorno le provee, y que indiscutiblemente forman la riqueza de los Estados.

Las necesidades humanas biológicamente hablando son elementos constantes y

permanentes a partir de una concepción natural⁸¹ y bastaría un estudio poblacional para determinar factores de desnutrición, grupos de riesgo, tasa de mortalidad, etc.

Para este estudio serán más importantes los “bienes primarios” de la estructura básica de la sociedad⁸² y son los derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza.

Las necesidades se encuentran en relación directa con la distribución de los derechos y deberes por las instituciones y el acceso a las oportunidades en virtud de la estructura social (Rawls, 2000. Pág. 18).

La satisfacción de las necesidades en los bienes primarios genera bienestar social y esto se traduce en legitimación institucional, por el contrario, la insatisfacción de las necesidades genera reproche a las instituciones⁸³.

En este apartado no se buscara determinar las necesidades sino más bien se referirá al nivel de satisfacción del conglomerado con respecto a sus necesidades y determinar así la justa distribución de los derechos y deberes.

2.9.2.1. Evaluación del nivel de satisfacción en las necesidades.

Para la evaluación de las necesidades se tomaran como parámetro los bienes primarios de la estructura básica de la sociedad (Rawls, 2000. Pág. 69), y son los derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza, a partir de un contraste entre las normas (leyes y jurisprudencia), estadísticas de opinión⁸⁴, la evaluación de estadísticas de la Fiscalía General de la República, Tribunales de Justicia, etc.

Por tanto, las necesidades se encuentran en una relación directamente proporcional el nivel de satisfacción social. Al estar las necesidades eficientemente satisfechas se encontrara un alto

⁸¹ tales como la salud, la inteligencia, la imaginación, etc., estos se caracterizan por no estar bajo control.

⁸² Siguiendo el planteamiento de (Rawls, 2000. pág. 69)

⁸³ Es de entenderse por instituciones la Constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. (Rawls, 2000. Pag. 20)

⁸⁴ estos provendrán de documentos como el Latinobarómetro del año 2013 y el World Justice Project del año 2015

nivel de legitimación y validación de las instituciones. A contrario sensu, si las necesidades no son satisfechas por las instituciones, el nivel de legitimación y validación se verá afectado.

2.9.3. Los Intereses

Los intereses son la expresión del colectivo en el contrato originario sobre el fin utópico de la relación social adaptada y adaptable a las fluctuaciones de las necesidades. Por lo que estos serán los criterios de validación tanto de los principios como de las necesidades mismas que nos llevarán a la determinación de los índices de justicia y por tanto de su respectivo axioma.

La posibilidad de adaptación en los intereses nos posibilita determinar los momentos de coyuntura en los cuales o los principios o las necesidades se encuentran insatisfechas, incluso anticiparse a posibles variaciones al ser estos los gestiones de la dinámica de las instituciones.

2.9.3.1. Valoración de los Intereses

Como se ha apuntado los intereses se encuentran interrelacionados con los principios y las necesidades. Es por esto que la valoración no se puede realizar en forma aislada de estos planteamientos.

En relación con los principios, al estar ligados a la carga hereditaria y tienen como característica un alto nivel de aceptación en el receptor, así los intereses resultantes se caracterizarán por el seguimiento de la estructura adquirida en el proceso, pudiendo tener variaciones en la forma o modo de ejecución, pero con un alto nivel de sostenimiento de lo fundamental, de lo establecido. Esto implica la confirmación de masas sociales, estas masas se guían por el patrón formado, por hacer como siempre se ha hecho y de la forma que siempre se hace. Aquí los parámetros de justicia serán en virtud de la concepción históricamente formada.

En la relación entre los intereses y necesidades surge la disyuntiva entre conservar o

modificar las instituciones⁸⁵ actuales que por las circunstancias han perdido la capacidad de cumplir con el fin originario propuesto.⁸⁶ Tanto la conservación y modificaciones de las instituciones está directamente inter relacionado con la justa y la distribución de los bienes primarios y estas circunstancias serían capaces de proveernos parámetros de justicia.

Son los PINES aquellos puntos de conexión surgidos de entre los intereses subjetivos de los miembros de una comunidad que por su determinación proveen aspectos importantes sobre la concepción temporal de la justicia en un tiempo y lugar determinado.

Los PINES pueden dar puntos positivos y negativos, positivos en tanto contengan acuerdos y negativos, en cuanto demuestren desacuerdo del esquema conductual básico manifestado por los individuos dentro del colectivo.

El complemento sustancial de los PINES resulta de combinar dos elementos que serían el aporte y el provecho.

El aporte vendría a ser el subsidio personal que se entrega por el individuo al colectivo, en forma voluntaria o forzada, pudiendo consistir en trabajo, especie, obediencia, conducta, cultura, etc. Este se valora en virtud de las capacidades; así el aporte será directamente proporcional a las cualidades de cada individuo con una base mínima de aportación.

La base mínima de aportación⁸⁷ es exigible a todos por igual al grado que se presumen en todo contexto existentes, para esta base la noción de desigualdad no será aplicable. Por ejemplo, la honestidad.

La base mínima de aportación, es la aportación mínima que el individuo ha de proporcionar a favor de la colectividad como compensación de los beneficios recíprocos que la colectividad le

⁸⁵ nótese que no se considera el termino destruir o eliminar, esto es porque no es posible refundar completamente todo el sistema. (Palma, 18 de julio de 2001).

⁸⁶ Estos principios especifican qué semejanzas y qué diferencias entre las personas son pertinentes para determinar los deberes y derechos, y cuál es la división de ventajas correcta (Rawls, 2000. Pag 19)

⁸⁷ Aristóteles definió al hombre como ZON POLITIKON; animal político por naturaleza, y aunque este planteamiento es contrario a las teorías contractualistas (Hobbes, Rousseau) que considerar que vivir en sociedad no es una exigencia natural, por ser la sociedad construcción artificial, la situación de relación comunitaria obliga a una aportación individual.

genera. La falta de la aportación de esta base mínima implicaría que al no cumplir con su naturaleza sería sujeto de resocialización.⁸⁸

Sobre la base mínima de aportación tendríamos una relación desproporcional de beneficios.

Las resultas de la evaluación de los PINES serán los indicios de justicia, medibles y ponderables en una realidad social. Así la presencia de puntos de congruencia justifica el origen o mantenimiento de cuerpos normativos, en virtud del cumplimiento social de satisfacción de las necesidades sociales; por otra parte, la existencia de congruencias negativas obligaría el cambio normativo.

Notase que la congruencia, ya sea positiva o negativa, justifica cambios en el derecho, los cuales pueden ser superfluos o fundamentales según la trascendencia de las repercusiones, pudiendo incluso repercutir en cambios en el axioma colectivo.

Es de aclarar que los cambios resultantes no necesariamente están exclusivamente vinculados a la actividad legislativa, sino más bien a la forma de lograr los fines sociales. Así muchas veces la flexibilidad en la decisión o en la forma de ser ejecutada y cumplida es suficiente para lograr el fin sin necesidad de cambiar el texto legal.

⁸⁸ Todo individuo ha de ser honesto, así un sistema jurídico basado en parámetros de honestidad genera credibilidad a los individuos. La honestidad está presente en todo estrato social, nivel educativo y edad.

3. CAPITULO III. MARCO LEGAL

3.1. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

En este apartado se dedica a la correlación entre los valores y derechos fundamentales establecidos en la Constitución y su respectivo desarrollo en el ordenamiento normativo por medio de las leyes y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en la consecución de la justicia en términos generales.

Por cuestiones de orden se procede en un primer momento a estudiar la noción de justicia en la norma constitucional a partir del análisis histórico de las constituciones promulgadas en El Salvador, posteriormente se remite a la concepción de justicia en el articulado de la Constitución vigente, es decir la Constitución promulgada en el año de 1983; a continuación se presenta un análisis de la vinculación y el desarrollo de la idea de justicia establecidas por la Constitución en relación con el restante articulado comprendido en el derecho secundario; finalmente se hace una reflexión entre las resultas y algunas de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional que se considera de mayor relevancia en la actualidad.

La evolución de la normativa constitucional en El Salvador se ha manifestado en el otorgamiento de una cantidad considerable de constituciones en espacios de tiempo relativamente cortos⁸⁹, eso debido en la mayoría de los casos a que el cambio de Constitución fue un medio de legitimación del poder posterior a un golpe de estado, con esto se lograba por una parte aplacar cualquier movimiento político o social contrario y a la vez imponer cambios institucionales para mantener y asegurar el statu quo sin entrar a una discusión parlamentaria.

El primer instrumento normativo reconocido en El Salvador como República independiente fue el Acta de Independencia de la Provincia (Acta de Independencia de la Provincia, 21/07/1821), la cual se caracterizó por un marcado sentido orgánico, que fue reproducido en gran parte por

⁸⁹ En relación al cambio constitucional de otros estados latinoamericanos, por ej. México que data de 1824

muchas de las constituciones posteriores, que tuvo como objetivo principal el organizar y sostener las instituciones y sistemas funcionales que previo a la independencia con España ya existían adaptándolas en forma reducida al contexto territorial; y es que para formar un estado independiente y soberano se necesita alguna experiencia en el manejo de las estructuras sociales y jurídicas, señalando en consecuencia como principal remanente del funcionalismo institucional a la herencia jurídica Española.

El sentido de los primeros ensayos constitucionales es eminentemente orgánico, como ya se ha dicho, y con influencias ius filosóficas del naturalismo católico, predominante para la época y que impregna como objetivo la búsqueda humana de un fin trascendental. La conjunción de estas dos figuras aparentemente discordantes estructura de alguna forma la función y desarrollo del incipiente Estado.

Con lo anterior se cumple la función de interrelacionar los medios y fines del Estado y crear en los individuos un objetivo común e indiscutible como complemento óptimo del Estado, ya que la estructura orgánica no es suficiente para cumplir con este cometido, así el preámbulo de Acta de Independencia de la Provincia (Acta de Independencia de la Provincia, 21/07/1821) dice: *“En el nombre de Dios Todopoderoso, Trino y Uno, con cuya divina invocación todo tiene buen principio, buenos medios y dichoso fin”*.

La vocación a Dios se conserva con posterioridad en el preámbulo de otras Constituciones⁹⁰ como fiel reflejo del fin teológico que se establece como fundamento válido para el Estado y que perfectamente puede ayudar a definir los valores que literalmente no se definen en el texto normativo especialmente el de la justicia.

La falta de enunciación de la justicia como principio, valor o derecho es muy notable en las primeras constituciones por ser predominantemente orgánicas⁹¹ y refieren escasamente a la

⁹⁰ Especialmente en las constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, 1939, 1950 y la vigente de 1983

⁹¹ Entendiéndose que se orientan la organización y estructura del estado. (Sánchez, 1998. Pag 11)

justicia como un fin institucional, específicamente en la función del Órgano Judicial⁹² o su equivalente. A partir de la Constitución 1864 (Constitución Política, 10/03/1864 DO 19/03/1864) en su Artículo 76 que se refiere a los Derechos y Deberes garantizados por la Constitución en donde con suma claridad la concepción naturalista se manifiesta al establecer que *“El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad, el orden público.”*⁹³

El reconocimiento de derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas da a entender claramente el reconocimiento por la norma fundamental del derecho natural, y en sentido estricto le otorga mayor valor que el propio derecho positivo.

Al estar el sistema constitucional impregnado por el naturalismo, especialmente el definido por la Iglesia Católica Apostólica Romana, serán los lineamientos inspirados en el La Sagrada Escritura, la tradición cristiana, el magisterio de la Iglesia y otras fuentes subsidiarias (Fernández & Monroy Campero, 1986. Pág. 17 y sig.), el punto de partida para definir la justicia y demás valores éticos, morales y sociales que se puedan considerar en la interpretación del pacto social.⁹⁴

Los bosquejos de justicia en este momento jurídico se trasladan, por la naturaleza de los enunciados citados, a un área un tanto diferente comprendida en la Teología moral. La Teología moral considera que la voluntad inmutable y santa de Dios es el fundamento para prohibir o prescribir las acciones humanas en la búsqueda de su fin, que es la posesión eterna del bien infinito, a través de un vínculo moral que tendrá como recompensa el premio eterno o el castigo eterno (Fernández & Monroy Campero, 1986. Pág. 16, 27, 39 y 47). Siendo el fin humano *“e/*

⁹² Tal es el caso del art 15 del acta de independencia de la provincia; art 48 de la constitución de 1841; art. 52 y 56 Ord 1° de la constitución de 1871.

⁹³ Esto se repite en las constituciones de 1871 en su Art. 98; 1872 en su art. 17; 1880 en su art 14; 1883 en su Art. 10; 1886 en su Art. 8

⁹⁴ Esto determinado en el Art. 3 de la Constitución de 1841 que dice *“La Religión Católica, Apostólica Romana, única verdadera, profesa el Salvador...”*

*movimiento de la criatura racional hacia Dios*⁹⁵ y esto se logra en el cumplimiento de su voluntad divina.⁹⁶

La teoría moral por sí misma no se considera suficiente para ordenar la conducta humana y deja un apartado especial a las “Leyes Humanas”⁹⁷ las que deben de tener la rectitud necesaria y esencial a toda ley, es decir ser justa, caso contrario desobedece el bien divino y es obligatorio desobedecerla abiertamente.

La justicia habría de considerarse en este contexto como dependiente de la voluntad y realizada respecto a otras personas, del todo social para con los individuos y de los individuos con el todo social en la búsqueda del fin superior. (Issac, 2003)

El reconocimiento de la Iglesia Católica aún se mantiene en la Constitución vigente de El Salvador, con una preponderancia disminuida en relación a las Constituciones anteriores, ya que se ha dado apertura a otras formas de profesar la fe, pero con alguna influencia ideológica en los términos de configuración instrumental.

En la Constitución de 1886 por primera vez se incorporan algunos derechos en el articulado de la Constitución, en este primer momento la cantidad de consideraciones es reducida y la mayoría de ámbitos de protección aún queda dentro de un entorno de abstracción, dejando la oportunidad de incorporar nuevos elementos a partir de la interpretación en los altos designios de la patria y en la moral de la sociedad. Dentro de los derechos incorporados podemos encontrar el derecho de tránsito y habitación, regulado en el Artículo 13; el derecho de petición y respuesta,

⁹⁵ Ver Santo Tomas de Aquino I, q. 2 prol

⁹⁶ Cuenta el Evangelio de San Mateo 19:16-19 que un muchacho se acercó a Jesús y le preguntó “Maestro bueno, ¿Qué bien haré para tener la vida eterna? Y él le dijo: ¿Por qué me llamas bueno? Ninguno es bueno sino uno, es a saber, Dios. Y si quieres entrar en la vida guarda los mandamientos. Dícele: ¿Cuáles? Y Jesús dijo: no mataras, no adulteraras, no hurtaras, no dirás falso testimonio, honra a tu padre y a tu madre y amaras a tu prójimo como a ti mismo” esto como una síntesis del decálogo comprendido en Éxodo 20. El Catecismo por su parte retoma la obligación de cumplimiento de los diez mandamientos en n. 2067 y 2068.

⁹⁷ Para ser obedecidas han de ordenar el bien común, deben de ser promulgadas por la legítima autoridad y dentro de sus facultades, ser buenas en sí mismas y en sus circunstancias y ser obligatoria en las debidas proporciones. (Fernandez & Monroy Campero, 1986. Pag 56 y 57)

regulado en el Artículo 16; derecho de acudir al arbitraje, regulado en el Artículo; derecho de asociación, regulado en el Artículo 35, entre otros de carácter eminentemente procesal.

Para la época comprendida entre la Constitución de 1886 y la Constitución de 1950, la coyuntura jurídica sobre la validez y garantía de los Derechos Constitucionales⁹⁸ tiene su fundamento filosófico fuerte en teorías ius positivistas que se vienen desarrollando en las normativas de segundo orden, situación que es naturalmente perceptible en disposiciones, que incluso siguen vigentes en la actualidad, tales como el Artículo 19 del Código Civil⁹⁹.

Para esa época la consideración de la justicia en la ley es una situación natural y común, así todo lo que está en la ley es justo y en tanto válido y exigible, las garantías a los derechos por tanto se fundamentaban específicamente en el desarrollo subsecuente de la Constitución (es decir, norma secundaria) en base a la permisibilidad que generaban artículos como el 9 de la ya citada Constitución¹⁰⁰, el cual a su vez viene de del Artículo 68 de la Constitución de 1841.¹⁰¹

La dinámica Constitucional en lo referente a la determinación de los valores y principios se da a pasos cautelosos y muy limitados, es hasta el Decreto número 251 de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, que establece reformas a la Constitución Política de la República decretada el 13 de agosto de 1886, en su preámbulo da el aseguramiento de la justicia como objetivo cuando expuso: *“con el objeto de asegurar la justicia, la libertad y la paz y procurar el bienestar general, invocando el nombre de Dios, fuente de toda verdad y Supremo Legislador del Universo.”*

⁹⁸ Me refiero especialmente a Derechos Constitucionales y no Derechos Fundamentales, porque aun como se ha dicho existe una brecha por la cual los segundos pueden ser sujetos de protección, las garantías no están orientadas a estos.

⁹⁹ Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

¹⁰⁰ Art. 9. Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho incontestable a conservar y defender su vida, su libertad y propiedad, y a disponer libremente de sus bienes de conformidad con la ley.

¹⁰¹ Para esta época el sentido de la Ley era el mantener el estado de cosas, pues el país pasaba en una época de prosperidad económica y desigualdad social.

La Constitución de 1962¹⁰², fue reproducida casi en forma integral de la Constitución de 1950, incorporando esta nueva figuras muy importantes como la establecida en el Artículo 2 que comprende la obligación del Estado de asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social; esta misma Constitución fue la base para la Constitución vigente¹⁰³, con modificaciones formales y nuevas incorporaciones, que en palabras de la Comisión Redactora en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 se justificaron, así:

“se estructuraron las disposiciones constitucionales de manera tal que la parte orgánica, esto es aquella relativa a la organización de los llamados Poderes Públicos, se colocó al principio de la misma, dejando para los títulos finales aquellas otras relativas a los derechos individuales y sociales. Sin duda, esta estructuración correspondió a las ideas predominantes en la época de otorgar cierta preeminencia al Estado, como una reacción a las ideas del individualismo filosófico y del liberalismo económico consagradas casi como dogma de fe en nuestro país, desde la Constitución de 1886.”

El reconocimiento anterior recuerda las bases instauradas en la constitución de 1886 y justifica la dinámica que se generó en cuanto a la estructura misma de esa Constitución. La predominancia cambia del Estado al ser humano más los principios se mantienen, junto con los ideales ulteriores.

¹⁰² Constitución de 1962, Fecha de emisión: 08/01/1962, Fecha de Publicación en el Diario Oficial: 08/01/1962

¹⁰³ Según lo establece el número 2 denominado “LOS ALCANCES DE ESTE INFORME” en su literal a) de la Exposición de Motivos de la Constitución de la República de 1983 de fecha 22/07/1983, se establece: “La Comisión Redactora del Proyecto adoptó el texto de la Constitución de 1962 como base de su trabajo y anteproyecto, por considerar que constituía un buen fundamento para llevar a cabo, con éxito, la delicada misión que le había sido encomendada. De esta manera, se evitaba la necesidad de designar comisiones formadas por miembros distintos de los Diputados de la Asamblea Constituyente, que redactaran un anteproyecto que bien pudiera haberse elaborado conforme a la más estricta técnica jurídica, pero que podría carecer del elemento de valoración política, tan necesario en las condiciones actuales por las que atraviesa El Salvador.”

En esta nueva Constitución se incorporan parámetros distributivos, en lo relativo al régimen económico y el ámbito laboral, por el reconocimiento de los principios de la justicia social y el aseguramiento de la existencia digna del ser humano.¹⁰⁴

Ya en la Constitución de 1983 (Constitución de la República de El Salvador, 14/12/1983, DO 16/12/1983) en su preámbulo¹⁰⁵ es clara la determinación de la finalidad Constitucional, así como el establecimiento de los valores rectores indispensables que orientarían a esa finalidad.

Respecto a los valores establecidos¹⁰⁶, estos son de trascendental importancia en nuestro sistema jurídico y especialmente en este estudio, porque sirven de fundamento para cualquier tipo de interpretación de la Constitución, especialmente la incorporación de instituciones y derechos fundamentales. Junto con el planteamiento en el preámbulo se desarrollan en su articulado estructuras de reconocimiento y garantía de los fines propuestos¹⁰⁷.

El reconocimiento de los valores que acoge la Constitución no es extraña en otras constituciones, tal es el caso del artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 que dice: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como*

¹⁰⁴ Art. 135.- El Régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano. y Art. 195.- Los derechos consagrados a favor de los trabajadores son irrenunciables, y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio.

La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social.

¹⁰⁵ “Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en asamblea constituyente, puesta nuestra confianza en dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de el salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista...”

¹⁰⁶ La Comisión Redactora de la Constitución 1983 en la Exposición de motivos considero: “la escogencia de los tres grandes valores: justicia, seguridad jurídica y bien común, que en un mismo orden jerárquico se consideran complementarios y no antagónicos, como más de algún iusfilósofo ha sostenido” además “No puede haber justicia sin seguridad jurídica y el bien común no puede garantizarse sin el concurso de aquellos otros dos valores. La libertad individual de disponer conforme a la ley, es una norma de justicia, pero sin la seguridad de que esa ley se aplicará, la justicia se desnaturaliza. Lo que disponga la ley, el contenido de ese “conforme”, es el concepto del bien común que a la libertad de uno, enfrenta la libertad de otros, de manera que las relaciones de sociedad puedan conducirse dentro de parámetros de igualdad que permitan un desarrollo armónico de fraternidad y solidaridad de los componentes del grupo social.”

¹⁰⁷ Y que se refiere a establecer los fundamentos de la convivencia nacional

valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

La persona humana como miembro de la sociedad y fin último del Estado, a quien este debe su organización jurídica, y el fin ulterior que en relación a las teología reconocida, y que viene como componente histórico relacionada, que es aseguran en definitiva la felicidad del género humano.

Como punto de partida se puede determinar que la justicia en el Derecho Constitucional Salvadoreño tiene cuatro dimensiones:

1. como fin último, fin social que sería el bien común. (Justicia como fin)
2. como la distribución de cargas y beneficios en el Estado (Justicia Social)
3. como mediador de las relaciones entre los particulares. (Justicia Individual)
4. como proceso de adjudicación, materializado en la protección jurisdiccional (Justicia Procesal)

A continuación se procede al análisis de cada uno de ellos.

3.2. LA JUSTICIA COMO FIN SOCIAL, BIEN COMÚN.

La justicia como fin social es de entre las demás percepciones la de mayor abstracción, y en consecuencia, se da como resultado de la operatividad de una gama compleja y surtida con otros valores, principios y derechos dependientes o vinculados, cada uno de los cuales tiene una dimensión muy especial, que se interrelacionan en la consecución del fin común junto con la justicia y la seguridad jurídica.

El bien común como institución jurídica se encuentra comúnmente relacionado en los preámbulos y primeros artículos de una gran cantidad de leyes, significando la finalidad óptima de ese cuerpo normativo además de su interrelación con los otros de igual o superior jerarquía normativa; y es que el desarrollo de la justicia como virtud en cada uno de los miembros de una

sociedad tendría como consecuencia un bienestar casi completo (Fernández & Monroy Campero, 1986. Pág. 295), que nos lleva directamente al bien común.

Por la naturaleza del bien común su significación deberá reflejarse en un apartado posterior, especialmente relacionado a los criterios de validez y aceptación que por la aplicación de la Teoría de los PINES se logra determinar. No obstante es importante hacer referencia algunas manifestaciones normativas que le imponen algunos caracteres especiales.

La determinación primigenia del bien común en el sistema jurídico salvadoreño se encuentra en el Artículo 1 de la Constitución que establece: “...*la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.*”. Al desglosar la expresión normativa encontramos que la orientación de funcionalidad está destinada a la “*actividad del Estado*” propiamente, actividad que se traduce al que hacer del Estado mismo desde una dimensión orgánica – funcional, es decir, como una obligación propia del que hacer Estatal (por el ejercicio de los Órganos de Gobierno y claro las demás instituciones descentralizadas. Por otra parte y como complemento a este ha de agregarse un mecanismo de legitimación que lo valide y otro de defensa que impida desviarse del curso propuesto, lo primero corresponde a otro elemento del Estado que es el Pueblo¹⁰⁸ y lo segundo a lo dispuesto en el artículo 246 de la Constitución misma¹⁰⁹.

Retomando la primera idea encontramos en forma reiterada que la consecución del bien común es la gran expectativa de orden jurídico¹¹⁰. Comúnmente se ve emparejarlo a la seguridad

¹⁰⁸ Como ejemplo se puede mencionar el Artículo 16 del Reglamento Interior De La Asamblea Legislativa que en lo sustancial dice “*En el ejercicio de sus funciones, deberán orientarse a la **satisfacción del bien común**, salvaguardando los valores de justicia, paz, seguridad jurídica, solidaridad, libertad y democracia; así como, en general, a la protección de los derechos fundamentales de las personas*” Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, de fecha 28/07/2005. Publicación en el Diario oficial número 198, de fecha 25/10/2005.

¹⁰⁹ El artículo 246 en su inciso primero se refiere a la inalterabilidad de los “principios, derechos y obligaciones” al decir: “*Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio*”, refiere a la inalterabilidad de la sustancia de tales, como se ha de mencionar no existen derechos absolutos y la determinación propia de cada uno se da únicamente al hacer la relación al caso específico, en este sentido, la inalterabilidad se refiere más una situación de interpretación. Tomar este artículo en cuanto a su literalidad implicaría el destierro de derechos derivados de la Constitución.

¹¹⁰ El inciso segundo del artículo 246 aun cuando no lo define expresamente como bien común, se refiere a lo mismo

jurídica o al orden social, tanto en leyes como sentencias. También es posible señalar que el bien común será variable en virtud del lugar al cual se aplica, tal como se enuncia en el Artículo 2 del Código Municipal¹¹¹, como ejemplo al otorgar a las Municipalidades la “*gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general*”. Esta distinción nos genera nuevas líneas de estudio en cuanto determinar los alcances y formas de manifestación de ambas categorías.

3.3. LA JUSTICIA COMO LA DISTRIBUCIÓN DE CARGAS Y BENEFICIOS EN EL ESTADO (JUSTICIA SOCIAL)

La distribución de cargas y beneficios en un contexto social se transforma en la asignación de prerrogativas y obligaciones a los componentes sociales dentro de una visión de cooperación social, es así que la correcta y efectiva distribución de los recursos se transforma en un principio de justicia social.¹¹²

En una propuesta utópica la distribución se realiza de forma tal que las aportaciones y los beneficios son proporcionales, generando oportunidades de desarrollo generalizadas. Se considera este planteamiento una utopía por la naturaleza de la conducta humana, es decir, que aunque es profundamente social, tiene una tendencia a generar un autodesarrollo aun cuando sea con consecuencias destructivas al colectivo. Esto no implica que exista la morbosidad o necesidad de crear un daño, pero si existe la búsqueda insaciable de satisfacciones que tiene que controlarse, en beneficio del “bien común”.

al expresar “*El interés público tiene primacía sobre el interés privado.*”

¹¹¹ Código Municipal, de fecha 31/01/1986. Publicación en el Diario Oficial número 23, de fecha 05/02/1986

¹¹² El desarrollo de la distribución de cargas y la relación a la carga impositiva se desarrolla en (Rawls, 2000. pág. 18, 62 y 260)

Resulta necesario aclarar que de toda la gama de derechos constitucionales no existe ninguno con carácter absoluto, incluso en el derecho a la vida, y en nombre de la justicia es necesario ponderarlos¹¹³, debido a su abstracción e indeterminación.

La ponderación tendrá como objeto la optimización de los derechos contrapuestos ante las posibilidades fácticas en el caso concreto (Bechara Llanos, 2011. Pág. 23) según los principios o valores intervinientes.

En reconocimiento de lo anterior se propondrá una serie de derechos de los cuales su aplicación resulta de una necesaria ponderación entre los intereses individuales y los colectivos¹¹⁴, resultado del cual se obtendrán parámetros de justicia.

3.4. LA PROPIEDAD PRIVADA

La Constitución determina el derecho a la propiedad en su artículo 2, acompañándose del derecho a la posesión en una misma categoría, y los preceptos de garantía por la protección del debido proceso y justo juicio en el Artículo 11. El derecho a la propiedad privada o propiedad individual implica el uso, goce y disposición de los bienes sin más límites que los que establece la ley (Art. 22)¹¹⁵ y enmarcado en una finalidad colectiva y solidaria según los preceptos del bien común (Art. 103). Básicamente el ejercicio del derecho a la propiedad se limita a la razonabilidad,

¹¹³ La teoría de ponderación ha sido ampliamente desarrollada en (Bechara Llanos, 2011)

¹¹⁴ Sobre la equiparación de las cargas y beneficios dentro de acepción del orden público: "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público (...) una de las propiedades definitorias del concepto de orden público es ser cambiante, ya que se refiere a intereses que el Legislador –a veces también el Juzgador– considera prevalentes en la sociedad en un momento determinado, motivo por el cual deben ser especialmente protegidos. (...) Desde la perspectiva en que constitucionalmente se sitúa –arts. 6, 21, 25 y 29 Cn.–, el orden público aparece relacionado con los límites legítimos a determinados derechos, y por tanto, dista mucho de constituir una cláusula habilitadora de poderes indeterminados e ilimitados hacia el Legislador. (...) el orden público, como principio que busca la adecuada orientación o colocación de situaciones inseguras o dificultosas, para contrarrestarlas o reducirlas, a través del equilibrio y proporción de las mismas, en aras del interés público o del interés general. (Sentencias Definitivas de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional 11-2005, 2011)

¹¹⁵ Como referente al derecho internacional se tiene el Art. 117 del Código de Derecho Internacional privado, (08/05/1970, publicado en el Diario Oficial de fecha 10/06/1931) que expresa: "Las reglas generales sobre propiedad y modos de adquirirla o enajenarla entre vivos, incluso las aplicables al tesoro oculto, así como las que rigen las aguas de dominio público y privado y sus aprovechamientos, son de orden público internacional."

es decir al uso, goce y disposición racional y razonable de los bienes; en caso de abuso el derecho de propiedad ha de ser limitado en beneficio del colectivo, y es ahí donde las limitaciones se vuelven efectivas.

En la Constitución encontramos una serie de limitantes al ejercicio de la propiedad privada, que en su momento histórico han tenido una gran influencia en la estructura económica y social del Estado. Y es que por estas disposiciones se han materializado instituciones y procesos en cuerpos normativos secundarios que nos dan pautas sobre los parámetros de justicia en esas coyunturas especialmente determinadas.

En el proceso de reforma agraria organizado en El Salvador, como entre otros antecedentes históricos – normativos, en los artículos 137 y con texto semejante se reconoce tanto en la Constitución de 1950 y en la Constitución de 1962, que la función de la propiedad privada es en función social, tal y como lo retoma la actual Constitución de 1983.

Primeramente y como antecedente previo a esta última Constitución el límite a la extensión de propiedad en manos de particulares y personas jurídica fue establecido por la ley secundaria, específicamente el Artículo 4 de la Ley Básica De La Reforma Agraria, que determina el “Derecho de Reserva” que vendría a ser el máximo de territorio a disponerse por individuo y que oscilaría entre cien y ciento cincuenta hectáreas, esto en virtud de la clase de suelo que fuese.

Como se ha indicado el cambio Constitucional posterior a la Ley Básica de la Reforma Agraria retomó el mismo principio de sus dos antecesoras en el Artículo 103 que reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada siempre y cuando tenga una función social. A diferencia del modelo anterior esta nueva Constitución incorporó dentro de su articulado restricciones referentes a los límites de propiedad en su artículo 105, por este se ordena la forma de tenencia de la tierra rústica con vocación agrícola, se limita la extensión máxima de tierra rústica perteneciente a una misma persona natural o jurídica a un máximo de doscientas cuarenta y cinco hectáreas. El manejo de los excedentes de estas extensiones de tierra y aunque no lo expresa la Constitución lo continúa rigiendo la Ley Básica de la Reforma Agraria (derogada

tácitamente en cuanto a los límites). En esta norma es notable y sumamente importante el juicio que tiene para distribución de la tierra,¹¹⁶ porque se refiere a una actividad de distribución “equitativa” de la riqueza nacional¹¹⁷; además establece en su artículo 1 los requisitos que las tierras deben cumplir para lograr su función social.

Nótese que la orientación filosófica del proceso de distribución de la propiedad es en base a lo equitativo, y es la equidad es una moción de justicia (Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, 1931. Pág. 145). La ponderación entre la relación de distribución de bienes que no cumplan con su fin social y el consecuente derecho que genera en los posibles beneficiarios de los bienes expropiados dependerá del desarrollo de una política que implique principios de igualdad y justicia, y la insatisfacción o falta de beneficio a los individuos en particular no es objeto de exigibilidad¹¹⁸ por violación de derechos.

Una de las instituciones jurídicas utilizadas para lograr la limitación al derecho de propiedad de los bienes afectados por el proceso de reforma agraria fue el de la “expropiación”¹¹⁹, la cual por definición Constitucional (Art. 106) únicamente procede por causas de utilidad pública o de interés social legalmente comprobados, un elemento esencial de la expropiación es la indemnización sujeta al principio de razonabilidad y proporcionalidad, la cual siempre debe estar

¹¹⁶ La misma Comisión Redactora de la Constitución, en la ya citada Exposición de Motivos considera: “Se elimina en esta forma, de la economía agrícola salvadoreña, las propiedades de gran extensión y al mismo tiempo, se garantiza a los propietarios de hasta 100 o 150 hectáreas la seguridad de sus derechos.”

¹¹⁷ Tal como lo establece el considerando I de la Ley Básica de la Reforma Agraria, literalmente dice: “Que de conformidad al número III del programa de emergencia, contenido en la Proclama de la Fuerza Armada de fecha 15 de octubre de 1979, se impuso como lineamiento “ADOPTAR MEDIDAS QUE CONDUZCAN A UNA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LA RIQUEZA NACIONAL, INCREMENTANDO AL MISMO TIEMPO, EN FORMA ACELERADA, EL PRODUCTO TERRITORIAL BRUTO”, adoptando como instrumento para el logro de este fin, la creación de las bases firmes para iniciar un proceso de reforma agraria, garantizando el derecho de propiedad privada en función social”

¹¹⁸ Al respecto se puede ver la sentencia de Amparo de las 08:10 horas de fecha 02/06/1993 11-C-93 de la Sala de lo Constitucional, que dice: “*constituyen normas programáticas de carácter social, y que no obstante, existe una obligación estatal de hacerlas cumplir, por su misma naturaleza programática no pueden traducirse, en este caso, en un derecho concreto que pueda reclamarse en un juicio de amparo*” en ese mismo sentido la Sentencia de Amparo de las 09:10 horas del día 30/05/1995, de la Sala de lo Constitucional, que dice: “*La obligación del Estado de transferir las tierras que exceden del límite legal, y la expropiación por ministerio de ley, constituyen normas de aplicación diferida que necesitan de desarrollo en la normativa secundaria para que se traduzcan en derechos concretos que puedan reclamarse en un juicio de amparo.*”

¹¹⁹ La expropiación no siempre se justificó en la utilidad pública o el interés social, para la Constitución de 1886 en el Art. 31 la expropiación se justificaba ante las necesidades de la guerra.

presente en dicha figura pues de lo contrario se estaría en presencia de instituciones esencialmente diferentes, tales como comisos, socializaciones generalizadas, o confiscaciones, entre otras, siendo estas proscritas según el inciso último del artículo 106 de la Constitución que establece: "*Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto...*".

Los parámetros de justicia que se pueden encontrar en este apartado están bajo cuatro grandes manifestaciones:

1) La justicia se concibe desde la perspectiva individualista. Sobre el derecho a la propiedad privada y su consecuente garantía; en este sentido es justo que cada quien tenga lo propio, y que obtenido legalmente pueda hacer uso, goce y disposición de ello sin más límites que el uso racional. El límite intrínseco en el uso racional se encuentra en el deber moral (principios cooperativos y solidaridad);

2) La justicia se concibe desde la perspectiva eminentemente colectiva. En base a principios de solidaridad y cooperación, la justicia permite la restricción de bienes individuales en beneficios de intereses colectivos, es así como el bien común y el interés social predominan sobre la individualidad; en este sentido es justa la satisfacción de necesidades de la colectividad aun cuando sea necesario afectar al individuo, incluso contra de su voluntad. Son los principios de distribución equitativa los predominan y en la situación planteada resulta una obligación del Estado la distribución de la tierra mediante el uso de instituciones como la expropiación, si fuere necesario. En lo citado no existe oponibilidad de derechos de los supuestos beneficiados con relación a la distribución de los bienes, es decir, el beneficio resultante no es individualizable¹²⁰.

3) La justicia se concibe desde la perspectiva de la razonabilidad y proporcionalidad. Esta categoría surge de la necesidad de retribución por los derechos de propiedad afectados he implica que será justo el pago o la compensación en relación proporcional de la afectación, con

¹²⁰ Justificándose expresamente en el inciso 2 del art. 246 de la Constitución.

esto se eliminan toda clase de subjetividades en la compensación del daño. Será justo lo entregado en relación a lo que se quita.

4) La justicia se concibe como la garantía de proceso. No es justo limitar derechos a la propiedad y posesión sin antes ser oído y vencido y con arreglo a las leyes, a *contrario sensu*, es justa la limitación del derecho a la propiedad realizada mediante el debido proceso.

Existen dentro del ordenamiento secundario otros planteamientos análogos que limitan el derecho de propiedad y que con algunas variantes manejan los parámetros antes expuestos, tal es el caso de la Ley de Minería, Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, otras normas relativas al medio ambiente, etc.

3.5. LA JUSTICIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA DEMOCRACIA

El carácter holístico de la democracia se da en la estricta adhesión entre los derechos humanos y los principios del imperio de la ley; por esto las ideas de libertad¹²¹, participación, gobernabilidad, justicia, paz, etc., no pueden separarse en el estudio más aun cuando la ponderación de estas instituciones resulta necesaria.

¹²¹ El autor Aristóteles dijo en su *Política* (Libro 6, Capítulo 2. Pág. 235): *"En la democracia debe suponerse la libertad; porque comúnmente se reconoce que ningún hombre es libre en ninguna otra forma de gobierno."* En complemento a este enunciado y sobre la libertad (Squella Narducci, 2000. Pag. 550) considera: *"...es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de los mismos, en cuanto sus contenidos no son siempre similares y resultan a menudo contrapuestos entre sí, como cuando se dice, por ejemplo, que la democracia es justa, o que lo es su contrario, la autocracia; o que la propiedad privada de los medios de producción es una institución justa, o que lo es, en cambio, el régimen de propiedad colectiva de tales medios; o que la pena de muerte, como respuesta frente a determinados delitos, es una institución justa, o que dicha pena no está nunca justificada desde el punto de vista de la justicia, ni siquiera en presencia de los delitos más graves..."*

La Sentencia 61-2009 de las 09:30:00 del día 29/07/2010 proveniente de la Sala de lo Constitucional al respecto de los derechos relacionados a la democracia establece: *"Pero para hablar de elecciones libres se requiere de otras condiciones, tales como: un sistema de derechos fundamentales (libertad de expresión e ideológica, derechos de asociación, información, reunión y manifestación, etc.), pluralismo político, acceso abierto al proceso electoral, partidos en competición, libre presentación y concurrencia entre las candidaturas, libre desarrollo de la campaña electoral y la posibilidad real de decidir sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público."*

La democracia puede considerarse desde diversas perspectivas, entre estas, como derecho, como forma de gobierno, como fin en sí mismo.

La democracia como forma de gobierno viene a ser una excepción del carácter heterónomo de la norma por la necesidad de toda sociedad organizada y compleja de tomar sus propias decisiones que interesan en conjunto a toda la comunidad por la vinculación que de todos genera¹²².

El ejercicio de la democracia tuvo diversas connotaciones en su evolución; así en los pueblos atenienses el ejercicio de la democracia fue de carácter directo al ser tomadas las decisiones por la asamblea de ciudadanos¹²³. En la actualidad el modelo reconocido como democracia es el de la democracia representativa, que considera al pueblo como generador de las decisiones y gobierno a través de designaciones de participación popular.

En la democracia representativa es de vital importancia la alternabilidad en el poder y el derecho de ser parte del gobierno, para que el ejercicio obtenga legitimación y reconocimiento por auto imposición de límites y lineamientos de vida, siendo el colectivo el que decide, este no puede fallar.¹²⁴

Claro es que no existe uniformidad en el actuar de los colectivos, los fines propuestos y la forma de obtenerlos; aun cuando exista concordancia en el fin se maneja una diversidad de criterios acerca de lo que justo, o lo que tradicionalmente se considera como justo. (Squella Narducci, 2000. Pág. 551). Por lo que un acercamiento sobre los criterios de justicia tomados por

¹²² Sobre la Heteronomía y salvedades a la heteronomía, puede verse la página 79 de (Squella Narducci, 2000).

¹²³ Los caracteres que en esa época presentaba, en la actualidad refirían toda representación que actualmente de ella tenemos de democracia, pues era propia de los ciudadanos al hacer una exclusión automática de las mujeres, niños, esclavos y extranjeros. Puede ampliarse esto en (Aristóteles, La Consitutción de Atenas, 1948) pág. 35.

¹²⁴ Esta idea es presentada por el autor Thomas Hobbes en (Leviatán, 1964) Pág. 158: "En una democracia, la asamblea entera no puede fallar, a menos que falle la multitud que ha de ser gobernada. Por consiguiente, en esta forma de gobierno no tiene lugar, en absoluto, la cuestión referente al derecho de sucesión."

el colectivo, será en un primer momento a partir de la valoración del derecho positivo en la búsqueda de los ideales subjetivos de justicia.¹²⁵

Los ideales de justicia dentro de la concepción de democracia tienden a vincularse fuertemente con las libertades; en el cumplimiento de sus fines, las libertades¹²⁶ deben ser incorporadas y protegidas por la Constitución con el objeto de generar un escudo ante los intereses políticos.

La Constitución vigente en su artículo 47 define al gobierno salvadoreño como “Republicano, democrático, representativo y alternativo”, de igual forma estas vocaciones fueron consideradas a partir de la Constitución frustrada de 1885 (Art. 4) y en compañía del reconocimiento y garantía a la libre expresión y difusión del pensamiento, limitándose su ejercicio a expresiones a favor de la anarquía y contrarias a la democracia, a la moral y a la vida privada de las personas, según el preceptuó la Constitución Política de 1950, evolucionando en la Constitución de 1983 la primera de las limitaciones, en la exposición de la Comisión redactora de la constitución, con el objeto permitir a *“aquéllos que no están de acuerdo con sus postulados puedan combatirlos en forma pacífica mediante la difusión de sus ideas por medios legítimos”*, además agregan que *“la fortaleza de la democracia consiste en exponer sus postulados a la discusión y a la confrontación con el pensamiento totalitario”*.

Queda instituida la libertad de expresión con amplias facultades y garantías, en consecuencia es necesario valorar los mecanismos de su ejercicio, se referirá en un primer momento al sistema electoral y posteriormente a las demás consideraciones de democracia.

Al evaluando el sistema electoral como mecanismo para el ejercicio de la democracia encontramos una estructura basada en un sistema de representación proporcional,

¹²⁵ Como lo define el autor Giorgio del Vecchio (Pattaro, 1980. Pag. 399) este sería un trabajo propio de la filosofía *“la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón”*.

¹²⁶ Estas libertades incluyen la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal y la igualdad de derechos políticos. (Rawls, 2000. Pag 189)

especialmente en lo relativo a la elecciones de diputados, este se basa en circunscripciones electorales, que según disposición constitucional estas se determinarán en la ley¹²⁷, en el ejercicio de sus funciones su actividad se desarrolla como representantes del “pueblo entero”, desligándoles de todo “mandato imperativo” y de la responsabilidad por las opiniones o votos que emitan. (Art. 125 Cn.), esto se confirma por la Sala de lo Constitucional cuando establece “*una vez elegidos y en el ejercicio de sus cargos, estos no tienen obligación de atender ni defender los intereses especiales de sus partidos políticos, electores o de la clase o demás grupos o instituciones que los han electo, y a seguir sus intereses.*” (Sentencias Definitivas de Amparo 34-A-96, 2000)

El sistema democrático salvadoreño está limitado a la democracia representativa, aun cuando esta es perfectamente compatible a otras formas de democracia semidirectas, como las consultas populares, como ejemplo tenemos el artículo 89 inciso 3° de la Constitución, en la que el pueblo se manifiesta directamente en ese caso especial, siendo la regla general “*...la soberanía es indirecta: a través de elecciones periódicas en las cuales los ciudadanos eligen representantes, que son los que realmente toman las decisiones sobre los asuntos públicos en nombre de aquéllos.*” (61-2009 Sentencias Definitivas Inconstitucionalidad, 2010). La misma sentencia establece los componentes de la democracia representativa y son los siguientes: *elección libre, mandato libre, regla de la mayoría, e imputación.*

Evaluando los alcances de la democracia llama la atención las características que toma el sistema de representación proporcional, especialmente en la forma en que el colectivo interviene

¹²⁷ El artículo del Código Electoral establece que las circunscripciones electorales serán igual al número de departamentos en que se divide el territorio de la república para la administración política, que cada circunscripción se integrará con al menos tres Diputados propietarios e igual número de suplentes. Para establecer el número de Diputados por circunscripción, se dividirá el número de habitantes de cada circunscripción, entre el cociente nacional de población. Si faltaren una o más Diputaciones que asignar del total de los componentes de la Asamblea Legislativa, éstos se asignarán a las circunscripciones electorales de mayor residuo de población, hasta completar el número de ochenta y cuatro Diputados. (Código Electoral, 14/12/1992 Publicado en el Diario Oficial 16, de fecha 25/01/1993)

en la toma de las decisiones, básicamente la actividad del colectivo (en este caso el cuerpo electoral) concluye con el ejercicio del sufragio, posterior a la actividad electoral se da una separación sustancial mandantes y mandatarios.

La representación en el poder, por la misma delegación otorgada, implica que la iniciativa de ley sea limitada a los diputados (Art. 133 Cn.) y otros funcionarios; así se limita el acceso directo a la actividad legislativa y es que en virtud del mandato tienen la exclusividad en el establecimiento de normas legales. La Sala de lo Constitucional al respecto sostiene “...*que los diputados son representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones y sujetos únicamente al interés general, deben guiarse por la decisión que más corresponda al bien común, el cual prevalece sobre los intereses particulares de una circunscripción electoral, de una clase o cualesquiera otros grupos. Así, un diputado electo por una circunscripción electoral, es representante de todo el pueblo y todos los ciudadanos son sus mandantes.*” (Sentencias Definitivas de Amparo 34-A-96, 2000), en esta expresión llama grandemente la atención cuando dice: “*sujetos únicamente al interés general, deben guiarse por la decisión que más corresponda al bien común”, leyendo detenidamente lo anterior se encuentra que la limitante a la actividad de los diputados se encuentra en el “interés general” y “el bien común”, agregado la misma sentencia “*sólo será posible la labor fructífera de una representación popular si los representantes no están sujetos a instrucciones precisas, incluso porque al nombrar a un diputado no pueden preverse las decisiones que afrontará y, por otro lado, resulta impracticable una consulta continua con los votantes.*”*

La interpretación de la norma Constitucional y la práctica legislativa han generado un distanciamiento con la masa popular que en forma paulatina los ha alejado a los unos de los otros, obteniendo como resultado graves daños a la democracia, que se ven manifestados en la credibilidad y la falta de reconocimiento de las actividades de las instituciones, que en definitiva han de afectar la forma de vida y estabilidad del Estado.

Sin medidas de rectificación de la forma de ser del Estado (inter periodos) y sin la posibilidad de iniciativas de ley toda la organización legislativa tiende a desligarse de sus bases electivas, cuerpo de electores, que en algún momento acompañaron las propuestas que los funcionarios ya electos ofrecieron cumplir. La última sentencia comentada es muy clara en cuanto a la injerencia y rendición de cuentas de los diputados al cuerpo electoral, ya que asegura que no es posible exigir al diputado que cumpla con sus ofertas de campaña, encomendado indirectamente el castigo a la siguiente jornada electoral.

La participación ciudadana en la determinación de los lineamientos hacia el bien común se ve limitada al ejercicio del sufragio en la forma y tiempo que lo determina la ley, reconociéndole dos funciones básicas dentro del sistema democrático: 1) la selección y nominación de quienes habrán de ejercer el poder en el Estado, y 2) *participación gubernativa* vinculada a las formas semidirectas de democracia.

Aunque no se establece con claridad un procedimiento para su ejercicio o especifica los casos concretos en que pueda ejercerse la Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad número 28-2002 reconoce que las formas semidirectas de democracia han de *“responder a las nuevas realidades y exigencias que la comunidad jurídicamente organizada plantea, en las que el ciudadano quiere algo más que ser bien gobernado, quiere tomar parte directamente en el gobierno.”* (28-2002 Sentencias Definitivas Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional 08/04/2003, 2003), previendo la posibilidad de otros mecanismos de participación como el referéndum; esta última sentencia viene a establecer un criterio más esperanzador que el expresado en la Sentencia de Inconstitucionalidad número 41-2000 Ac que expresa: *“Si lo que se quiere es que el pueblo -titular de la soberanía- tenga efectiva participación en el proceso de toma de decisión de la Asamblea Legislativa, lo que habrá que propugnarse es la reforma constitucional, para incorporar instituciones idóneas, tales como el referéndum.”* (41-2000 Ac Sentencia de Inconstitucionalidad, 2001)

La democracia no se limita al ejercicio electoral, es decir, el sufragio y participación en la política, se ve incluida en otras relaciones de la vida en comunidad. La amplitud de la democracia es tal que se infiltra en todo tipo de interrelaciones sociales, desde la más básica que es la familia¹²⁸ a la educación¹²⁹.

3.5.1. Desobediencia civil.

Como una consecuencia lógica de los temas anteriores, en los que ronda las ideas del orden en Estado, resulta indispensable para este estudio de ponderación referirse a mecanismos de protección de la constitucionalidad diferentes a los procesos constitucionales, refiriéndose específicamente al “Derecho a la Insurrección” como mecanismo en la Constitución, posteriormente se referirá a la desobediencia civil como forma alterna.

El derecho a la insurrección es una institución jurídica con antecedente histórico en el constitucionalismo salvadoreño, su primera manifestación se da en la Constitución Política de 1886 (13/08/1886. Publicación en el Diario Oficial de fecha 13/08/1886)¹³⁰ en consecución de la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789 en la que se considera como el derecho de resistencia de los pueblos a la opresión. Debido a la turbulenta historia del país la Comisión Redactora de la Constitución de 1983 establece como propósito único del derecho el de: *“Restablecer el orden constitucional alterado.”* Tal como se expresó en la correspondiente Exposición de Motivos (Exposición de Motivos de la Constitución de la República de 1983,

¹²⁸ No hace falta que expresamente el Artículo 37 del Código de Familia considere la democracia en la familia, es claro que al expresar los cónyuges fijarán de común acuerdo todos los asuntos domésticos está orientando a ideales democráticos.

¹²⁹ Referido específicamente a los centros educativos oficiales (Art. 57 Cn) que en su organización interna implican participación activa de los miembros de la comunidad educativa. Art 43 (Ley de la Carrera Docente, 07/03/1996 Publicada en el Diario Oficial 58 de fecha 22/03/1996). Igual consideración tienen las instituciones de educación superior (Art. 63 inc 4 Cn)

¹³⁰ Posteriormente es considerada en las subsecuentes constituciones con pocas reformas. (Constitución Política de 1886, 13/08/1886. Publicación en el Diario Oficial de fecha 13/08/1886) (Constitución Política de 1886, 20/11/1945 Publicada en el Diario Oficial de fecha 10/11/1945) (Constitución de 1962, 08/01/1962. Publicado en el Diario Oficial de fecha 08/01/1962) (Constitución Política de El Salvador de 1950, 14/09/1950, publicado en el Diario Oficial de fecha 14/09/1950)

22/07/1983 publicada en el Diario Oficial de fecha 22/07/1983), el consecuencia del fin concedido el ejercicio del derecho *“se limita a separar a los funcionarios transgresores reemplazándolos de manera transitoria hasta que sean sustituidos en la forma establecida en esta Constitución”*.¹³¹ Restablecido en el sistema jurídico del país el orden esperado, el mantenimiento del orden implica que han de mantenerse la validez y eficacia del sistema normativo en su integridad, eliminando la idea de una refundación del Estado y anulando la necesidad de una nueva Constitución por el mantenimiento del status de validez de la vigente. La limitación de los efectos limita también los motivos que justificarían la insurrección.

Retomando en parte el planteamiento del autor Hans Kelsen (Kelsen 1982)¹³² sobre la pureza del derecho y asignando a la Constitución los más altos estándares de representación de la justicia junto con los demás valores que le acompañan se llegará a un sistema normativo que en conjunto estará encaminado a la realización de los más grandes fines colectivos establecidos por el sentimiento del pueblo¹³³ y para el pueblo.

Los ideales propuestos por el pueblo como su fin utópico y la forma de llegar a ellos, puede generar en el camino afectaciones diferentes a las esperadas o consentidas en los límites mínimos o máximos del pacto social. Al respecto (Rousseau, 1868) en el Capítulo VI de obra expresó:

“Las cláusulas de este contrato están determinadas por la naturaleza del acto de tal suerte, que la menor modificación las haría vanas y de ningún efecto, de modo que aun cuando quizás nunca han sido expresadas formalmente, en todas partes son las mismas, en todas están tácitamente admitidas y reconocidas, hasta que, por la violación del pacto social, recobre cada cual sus

¹³¹ Aprobada la constitución la redacción del artículo quedo de esta forma: Art. 36.-El derecho de insurrección no producirá en ningún caso la abrogación de las leyes, quedando limitado en sus efectos, a separar en cuanto sea necesario, a las personas que desempeñen el Gobierno, y nombrar interinamente las que deban subrogarlas, entre tanto se llena su falta en la forma establecida por la Constitución.

¹³² La relación será específicamente a la conformación de todo el sistema normativo en virtud de la norma primaria que se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa.

¹³³ Aquí resulta necesario rescatar las ideas del autor Jean Jaques Rousseau (Rousseau, 1868 Capitulo VI) en cuanto la existencia de un contrato social establecido por la sociedad misma para su autoregulacion, conocido de todos y respetado por todos.

primitivos derechos y su natural libertad, perdiendo la libertad convencional por la cual renunciara a aquella.”

Ya ha quedado establecido que en la vida del colectivo existe una serie de derechos y obligaciones recíprocas, entre sus componentes, necesarias para lograr una convivencia en armonía, así las obligaciones y deberes se miran en el sistema como un elemento natural de la relación. Si la afectación a los compromisos aceptados o admitidos deja al hombre en libertad de la obligación, del deber.

Una sociedad democrática, ordenada, en la que persigue la justicia no será la excepción para que en ella puedan ocurrir graves violaciones a esta. Ante esas graves afectaciones es indispensable reaccionar para mantener la armonía social; la reacción social no puede considerarse como una opción del pueblo, es más se vuelve una obligación para los individuos.

A diferencia de la insurrección la desobediencia civil tiene un nivel diferente en el cual se ejerce, ya que la primera consiste en la acción de insurrección y la segunda se caracteriza por la omisión del deber. La desobediencia civil será diferente a cualquier tipo de manifestación o revuelta, esta solo puede concebirse en un estado democrático y con claros conceptos de la justicia expresados en una constitución legítima.

La fundamentación de la desobediencia civil como deber ante graves violaciones a la justicia se justifica a partir de la fórmula propuesta por el autor Gustav Radbruch¹³⁴ que en forma resumida es “La extrema injusticia no es Derecho” y que literalmente dice:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto'”

¹³⁴ Para complementar esta idea puede verse la página 39 de este trabajo

ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica." (Radbruch, 1946)

Sostener la fórmula anterior implica el reconocimiento de la influencia moral en el derecho, dejando los rasgos iuspositivistas que pudieron determinarse de la famosa teoría del autor Hans Kelsen, en la que cualquier contenido puede ser derecho, nos trasladamos ahora a un momento en el cual aun cuando existe una ley vigente y positiva, por haber pasado un proceso de formación, deja de ser considerada dentro de la esfera del derecho al perder su eficacia social, en otras palabras, pierde el reconocimiento del colectivo.

La anterior expresión tiene una justificación que al mismo tiempo es histórica y de derecho comparado, se toma en referencia las resoluciones de los Tribunales Alemanes en los Juicios de Núremberg. De los juicios se rescata la posición de los enjuiciados¹³⁵ en su defensa, y es que ellos alegaron haber actuado conforme a las órdenes que les generaban los altos mandos y en base a lo establecido en la ley, esto se manifiesta en el "PRINCIPIO IV" (Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1983)¹³⁶ que establece:

"El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción."

¹³⁵ Los demandados fueron funcionarios y colaboradores del régimen nacional socialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos contra la Humanidad cometidos en nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939 hasta la caída del régimen alemán en mayo de 1945.

¹³⁶ En este instrumento se reúnen los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

En otras palabras, la exigibilidad se fundamenta en la obligación de una actuación moral del individuo ante la posibilidad de daño, para el caso no aplicar la ley o seguir las ordenes notablemente injustas.

La idea de no actuar ante leyes que transgreden los principios básicos considerados en la Constitución no es ajena en nuestro sistema jurídico, si consideramos la facultad de inaplicabilidad de la ley, que gozan los “tribunales dentro de la potestad de administrar justicia” en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de la Constitución permite a los jueces ejercer un control difuso de la constitucionalidad en el sentido de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición contraria a los principios constitucionales. Esta facultad permite ejercer un control de tal forma que la constitucionalidad impere dentro de un debido proceso.

El sometimiento de los jueces a la ley, pasa por observar en su actuación primeramente la constitución, como estatuto normativo supremo del ordenamiento jurídico. El ejercicio de la inaplicabilidad, demanda que el tribunal ordinario deje de aplicar un precepto legal para darle vigencia al precepto constitucional teniendo como herramienta técnica la inaplicabilidad.

La técnica del control difuso ha sido configurada dentro de un sistema jurídico de jerarquía funcional, en la cual los jueces formulan sus decisiones revestidos de independencia pero apegados a reglas de derecho, entre las que cuentan los medios de impugnación.

Una de las diferencias entre la declaratoria de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad es que la primera posee efectos interpartes, mientras que la segunda conlleva efectos erga omnes, o sea, de obligación general a través de la eliminación de la disposición constitucional. Por su trascendencia, la decisión de inaplicar una disposición legal debe ser motivada; los efectos de esta decisión alcanzan únicamente al caso concreto que se está juzgando y el precepto inaplicado ha de ser pertinente para resolver el mismo. En la desobediencia civil tal declaratoria no existe, no hay por tanto manifestación oficial sobre la no utilidad normativa, pues nos encontramos ante una aptitud del colectivo.

La mayor dificultad que presenta la figura de la desobediencia es explicar el momento en que la desobediencia civil procede y la justificación de la acción u omisión a efecto de no implicar sanciones por el incumplimiento. Al respecto el autor John Rawls (Rawls, 2000, pág. 331) considera los motivos de la desobediencia civil y las condiciones en las que tal acción está justificada en un régimen democrático.

En virtud de lo expuesto es posible determinar como fundamento de la desobediencia civil el Artículo 8 de la Constitución que dice: *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.”*. Cualquier tipo de justificación en este precepto deberá de realizarse en virtud de un análisis con un alto nivel de abstracción.

Primeramente y en virtud de las regla de interpretación se deberá considerar la Constitución en forma integral junto con sus fuentes, procurando una orientación a los fines ulteriores, con el refuerzo de la doctrina.

La norma en análisis es de carácter restrictiva en la norma y permisiva en la generalidad, entendiendo que la norma no logra abarcar todas las conductas existentes o las que en un futuro lograsen existir, será la norma la excepción a la regla general. Es de recordar que la expresión ley se da en cuanto esta tiene un reconocimiento formal, para el caso la norma contenida en la ley es más amplia y efectivamente es parte de la expresión del contrato primigenio que por la voluntad e interpretación del legislador se plasma en la ley.

Un ejemplo normativo (no de ley) similar al comentado sería *“...de todo árbol del huerto comerás; más del árbol de ciencia del bien y del mal no comerás de él;”* (Génesis 2: 16, 17). El precepto normativo considera para Adán, el gozo a plenitud y completa libertad de los recursos que producía el Edén, la única restricción eran los frutos del árbol determinado por Dios. La falta de Adán a la regla establecida trajo como consecuencia un castigo, al igual que en el derecho el incumplimiento a los preceptos de Ley traen aparejados una sanción, esto es porque todo derecho para que sea efectivo tendrá que comprender formas de ser efectivas (coercitivas y

sancionadoras). Y comió de lo no comible, dirigiendo su sanción. No cumplió la orden, no respetó los límites, sobreexpuso su libertad y se volvió merecedor de un castigo.

Adentrándonos al espíritu de las normas (la más profundas de las intenciones) encontraremos que la ley tiene como objeto *“prohibir las acciones nocivas a la sociedad”*, en el caso de Adán la prohibición impuesta tenía una consecuencia directa *“porque el día que de él comieres: morirás”* (Génesis 2: 17) entendamos este complemento no como un castigo, más bien como una advertencia, consecuencia del acto prohibido.

Toda actividad humana que no se encuentre dentro de regulación no puede ser impedida, tomándolo a partir de una concepción eminentemente positivista, nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena.¹³⁷ Estaría bien como ya se dijo, partir de una concepción eminentemente positivista, considerar la estricta aplicación de la norma como la única aplicación de la justicia, el problema resulta al plantearse la idea de que no toda ley es justa¹³⁸.

A partir del reconocimiento de la naturaleza humana y los derechos que de esta se disgregan se enriquece el mundo del derecho con elementos de moralidad, especialmente de moralidad social y colectiva, que el tiempos de la Revolución Francesa¹³⁹ permitieron la participación de los colectivos en la determinación de su futuro, como podría un pueblo equivocarse en el camino si el mismo lo ha trazado.

La autodeterminación del pueblo, soberanía y libertad¹⁴⁰, da el conocimiento para diferenciar las normas y actividades que se separan de la finalidad convenida o establecida, tal separación ameritaría la exclusión del sistema, para el caso la desobediencia civil.

¹³⁷ Al respecto el autor Montesquieu propone en el Capítulo IV, Libro XI, pág. 226: “Una Constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas” (Montesquieu, 1906)

¹³⁸ Se reconoce que no existen leyes completamente justas, no obstante la relatividad de su composición, en mayor o menor forma la finalidad deberá ser la justicia y el bien común.

¹³⁹ Artículo 5°.- La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena. (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789)

¹⁴⁰ “Por consiguiente, asegurar este libre desenvolvimiento es justamente el fin de estas diversas libertades que constituyen los derechos individuales” (Zamora y Barrientos vrs. Decreto número 5, 1995)

La crítica segura al anterior planteamiento sería en cuanto existen mecanismos y procesos legales y constitucionales destinados a la protección de los derechos y fines establecidos, no obstante es de recordar que todo proceso es susceptible de injerencias.

Al no poder ubicar la desobediencia civil como recurso o proceso, su ejercicio se condiciona a circunstancias no jurídicas y con fundamentos que no se pueden delimitar con anterioridad. Así la más mínima afectación puede ser el detonante de la exigibilidad de otras afectaciones mayores que con anterioridad no habían sido reclamadas.

En consecuencia se pueden determinar cómo parámetros de justicia las propuestas siguientes:

- 1) La democracia es indispensable en toda sociedad que pretenda valerse por los parámetros de la justicia y se logra cuando se da el reconocimiento de los fines colectivos.
- 2) Es necesaria la participación en la determinación y consecución de los fines colectivos, la falta de oportunidades en la política y administración de la cosa condiciona al derecho a buscar espacios de manifestación legítima de la sociedad.
- 3) La desobediencia civil requiere conciencia democrática, identidad social y reconocimiento de los principios que rigen la sociedad, en consecuencia en una sociedad que no sea al menos un poco justa, no resultaría viable; no es casualidad que estas exigencias sean muy similares a la inaplicabilidad.
- 4) La desobediencia civil resulta un medio de control efectivo de los actos lesivos aun cuando estos provenga de funcionario competente en ejercicio de sus funciones y dentro de un proceso de ley. Esta es una clara influencia en contra del iuspositivismo.
- 5) La defensa de la democracia, la constitucionalidad en la búsqueda del bien común y los derechos fundamentales corresponde al pueblo como obligación propia, en consecuencia quedan excluidas las relaciones entre particulares.

3.6. LA JUSTICIA COMO MEDIACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PARTICULARES

Las actividades humanas a la sombra estatal están orientadas principalmente a la preservación de la vida y a la generación de riquezas mediante la transformación de la naturaleza por el empleo de fuerza y/o el intelecto, obteniéndose bienes y servicios con valoración económica.

Serán los bienes materiales el origen de relaciones contractuales entre los particulares y para con el Estado mismo, y el proceso de generación, transformación, distribución de esos bienes conlleva al establecimiento de políticas económicas, normas contractuales, laborales, etc.,¹⁴¹ con el objeto de garantizar los derechos derivados y vinculados a estas actividades, así como el derecho a la propiedad privada, derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias, que el ordenamiento jurídico concede sobre todos los bienes susceptibles de apropiación, dicho derecho está limitado por las exigencias del bien común, la necesidad ajena, la ley y subordinado, en todo caso, al deber moral.

La forma de armonización de las relaciones comerciales y la regulación laboral tradicionalmente han determinado el tipo y organización del Estado. Teniendo diversas valoraciones de justicia en virtud de la estructuración acogida.

Para este estudio se tomarán en cuenta las variantes sobre la justicia, relativas a las relaciones entre particulares sobre la propiedad y el trabajo en forma genérica.

El Artículo 23 de la Constitución da las bases de las relaciones contractuales al establecer sus garantías, siendo las principales:

- 1) libertad de contratar conforme a las leyes.
- 2) derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.

El principal límite Constitucional de la actividad contractual entre partes se refiere a que *“ningún acto o contrato puede considerar la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o*

¹⁴¹ Como obligación del Estado según lo establecido en el Art 1 inc. 3 *“es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República.... el bienestar económico y la justicia social.”*

dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscripción o destierro." (Art. 10 Cn.), principalmente la regulación de las actividades contractuales es regulada por las leyes secundarias que vienen a establecer una serie de requisitos o exigencias propias para cada tipo de negocio jurídico. El mayor afluyente de los requisitos y solemnidades contractuales se encuentra en el Código Civil que data 1859, considerado el derecho común.

En las relaciones contractuales podemos encontrar aquellas que tienen como objeto la realización de actividades por parte de los contratantes bajo el mando o dirección de uno de ellos, teniendo como prestación una remuneración. En relación a esta clase especial de contratación la mayor limitante se encuentra en el fin mismo del contrato y es que en virtud de la protección a la dignidad de la persona humana no es posible considerar que el trabajo es un objeto de comercio.

La exclusión del trabajo como figura comercial implica que la relación contractual estará condicionada al cumplimiento de otros propósitos vinculados como el derecho al trabajo (Art. 2 Cn), la justa retribución (Art. 9 Cn.), la función social que con este se cumple (Art. 37 Cn.), entre otros. Esta concepción humanista del trabajo es el resultado de un proceso de transformación, así en las constituciones de 1880 y 1883¹⁴² el trabajo se consideraba como obligatorio.

Los parámetros de justicia en la relación entre las partes vendrán indicados así:

- 1.** La libertad de ejercicio individual y libre disposiciones de los bienes es siempre condicionada en beneficio del bien común.
- 2.** No obstante lo anterior existen bienes que se encuentran fuera del ámbito del comercio y son aquellos que pueden influenciar negativamente en el bienestar colectivo o en la dignidad de la persona.
- 3.** La realización del trabajo como derecho implica contraprestaciones justas.

¹⁴² Artículos 41 y 26, respetivamente.

4. En la relación contractual aun cuando a nivel fundamental no se expresa la voluntad se ve invalidada cuando entre las partes no existe una relación de igualdad, ejemplo de esto son las cláusulas abusivas en los contratos.

5. En el ámbito laboral la justicia implica la igualdad de oportunidades, es decir, acceso a las oportunidades de trabajo en proporción a las capacidades y exentos de todo tipo de discriminación o preferencias.

3.7. JUSTICIA COMO PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La faceta de la justicia más reconocida es la vinculada a la administración de la justicia en los procesos judiciales y administrativos, aun cuando, no es la única que evoca más familiaridad porque se encarga de resolver los conflictos que en la sociedad se suscitan diariamente.

Al apreciar a la administración de justicia como la delegación consensuada colectivamente en un tercero idóneo para la solución de las disputas, encontramos avances significativos en relación a las primeras formas adoptadas para solventar las diferencias, las cuales en buena medida fomentaban el odio, el egoísmo y desvalorizaban la propia vida e integridad de las personas. Así los actuales sistemas jurídicos buscan un castigo por los actos cometidos, como medida ejemplarizante acompañada de la compensación por los daños civiles, pero a la vez buscan una resocialización del delincuente¹⁴³.

Si el objeto del proceso es administrar la justicia, el proceso en sí deberá de ser justo. Por tanto *“una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un*

¹⁴³ El Artículo 27 de la Constitución regula las penas prohibiendo la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento y establece el régimen de los centros penitenciarios, los cuales tendrán con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.

resultado justo.” (Rawls, 2000, pág. 189), el problema a superar sería el idear un procedimiento justo.

Para lograr un procedimiento justo, es necesario trabajar a partir de las bases fundamentales que rigen el Estado, reconociendo el conjunto de libertades y garantizando su ejercicio a partir de una concepción común de la justicia como imparcialidad, para el autor John Rawls esas libertades incluyen la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal y la igualdad de derechos políticos. (Rawls, 2000).

Los procesos se vinculan a otros principios y derechos propios del área procesal que aseguran su eficacia, teniendo entre estos el acceso a la justicia, de pronta y cumplida justicia, irretroactividad de las leyes, juez natural, presunción de inocencia, el derecho de recurrir, etc.

El acceso a la justicia y a un proceso para lograr la justicia se contemplan en documentos reconocidos y ratificados por El Salvador, siendo estos:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Artículo XVIII que dice: *“Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”* (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 05/05/1992 Publicada en el Diario oficial de fecha 01/01/1948)
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo reconoce que la dignidad intrínseca y los derechos humanos son los medios para lograr la libertad, justicia y la paz y en su Artículo 10 establece lo concerniente a la administración de justicia así: *“ARTICULO 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”* (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 05/05/1992 publicada en el Diario Oficial de fecha 10/12/1948)

La Constitución por su parte considera en su artículo 11 que “ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes” es el medio para poder privar la vida, la libertad, la propiedad y posesión, así como cualquier otro derecho. Se entiende que el proceso está destinado a la delimitación de derechos de las personas para lograr la distribución adecuada que sacie la necesidad de justicia.

Serán responsables personalmente los funcionarios y empleados públicos y en subsidio el Estado por los daños materiales o morales resultantes de la violación a los derechos consagrados en la Constitución. (Art. 245. Cn)

El juzgador ha de ser primeramente un juez de la Constitución, esto implica que ha de integrar la Constitución misma a los demás preceptos normativos, y de esta relación excluir aquellas situaciones contrarias a la norma fundamental. A partir de este análisis interpretativo se deviene que el análisis de constitucionalidad no será exclusivo del proceso como tal, también deberá serlo de la resolución misma. Es aquí cuando la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones (Art. 149 en relación con 185 Cn) toman importancia y es que la inalterabilidad de los presupuestos Constitucionales que establece el Artículo 246 de la Constitución logra otras funciones más allá que la inaplicación de la ley.

Siendo el interés público prevalente al interés privado (Art. 246 inc. 2 Cn), y como ya se mencionó la Constitución prevalece inalterable ante la ley secundaria, toda actividad jurisdiccional e incluso administrativa deberá contener en su proceso y disposición resolutoria un análisis justificativo de beneficio al interés público.

Lo anterior rompe todo esquema vinculado al ius positivismo clásico al relegar la norma a simples parámetros o direccionamientos para cumplir con un precepto superior, esto implicaría que la actividad judicial pudiera ser variable. Es de aclarar que esta variabilidad será relativa al no poder sobrepasar la seguridad jurídica, por tanto será viable y necesaria ante situaciones especiales.

Recientemente ha sido reconocido, y como algo novedoso en el sistema jurídico salvadoreño, la idea del “juez constitucional”; es el Código Procesal Civil y Mercantil el medio de introducción formal del derecho a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional (Art. 1 C Pr C y M).

Es el Artículo 2 de la citada normativa que establece en forma sucinta a partir de la vinculación de los jueces a la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que estos puedan desconocerlas ni desobedecerlas.

Así todo juez deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motivada, en la que se consignen la disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan.¹⁴⁴

El examen previo de constitucionalidad no tendría sentido si no se proporcionan las herramientas jurídicas para realizarlo y justificarlo debidamente, es de recordar que al hacer el examen de constitucionalidad como regla de excepción resultaran “situaciones especiales” en las cuales será necesario efectuar actos diferentes a los estrictamente regulados.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Se sugiere ver el Código Procesal Civil y Mercantil Comentado en su pág. 2 (Cabañas García, Garderes Gasperri, & Canales Cisco, 2011)

¹⁴⁵ La consecuencia directa de estas actividades es la protección inmediata de los derechos en disputa y en forma indirecta una disminución de los procesos que tenga que conocer el tribunal especializado, en este caso la Sala de lo Constitucional. A diferencia de la inaplicación estos procesos especiales, generados y aplicados por el juzgador, quedan a su discrecionalidad y no ameritan ser informados tal y como sucede con la inaplicación tan como se establece en el Artículo 77-E que dice: *“Una vez pronunciada sentencia interlocutoria o definitiva por la que se declara la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, el juzgado o tribunal respectivo, deberá remitir el mismo día, certificación de la misma, a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”*. (Ley de Procedimientos Constitucionales, 14/01/1960 publicado en el Diario Oficial 15 de fecha 22/01/1960)

Como garantía procesal directamente establecida en el Código Procesal Civil y Mercantil¹⁴⁶ orientada a la protección constitucional de los derechos tenemos la obligación del juez de evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales (Art. 18 C. Pr C y M). Con lo anterior se sostiene una tesis eminentemente naturalista, al buscar la protección del derecho aun sobrepasando la norma positiva, tal como se consideró anteriormente.

En la creación del juez constitucional y eliminación del ritualismo del proceso¹⁴⁷ resulta necesario la sustentación de las resoluciones judiciales en un precepto de armonía y es el artículo 18 del Código Procesal Civil y Mercantil que regula lo relativo a la decisión del asunto, condicionando la interpretación normativa a modo de *“procurar la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución”*, y especifica directamente el respeto al principio de legalidad.

No es extraña la idea de que en el derecho salvadoreño existen fundamentos para darle al juez la posibilidad de ser creador del derecho, especialmente en los casos en que por el principio de legalidad no se pueda dar el debido cierre a las controversias sociales; y es que esta idea también se comparte por el autor Diego López Medina en su obra *El Derechos de los Jueces en América Latina* (Lopez Medina, 2011) pág. 18.

La naturaleza del juez como creador de derecho es aún más evidente en el Art 19 del Código Procesal Civil y Mercantil, tal y como se ha mencionado para los casos de vacío legal, al remitir el análisis y fundamentación a los principios del código, a la doctrina legal, a la doctrina de los

¹⁴⁶ Que a su vez se vuelve extensiva a todo el ordenamiento jurídico, en virtud del principio de supletoriedad establecido en el Artículo 20 de dicho Código.

¹⁴⁷ Se considera que esto vendría a propugnar un cambio en la mentalidad del juzgador, ya que dejaría de tener una función automática de la cual por la misma tradición judicial que se encuentra profundamente arraigada en el ambiente procesal.

expositores del derecho y ante la falta de estas fuentes a las consideraciones de buen sentido y razón natural.

Siendo que las facultades concedidas al juzgador no son absolutas, resulta seductor hacer el análisis del por qué en la enumeración de las fuentes del art. 19 no se considera la jurisprudencia. Parte de la respuesta la encontramos en (Cabañas García, Garderes Gasparri, & Canales Cisco, 2011), en la pág. 22 cuando enuncian las fuentes subsidiarias en tercer orden exponen: “*a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (“la doctrina legal”)*”, podría entenderse por el paréntesis que se busca igualar ambas figuras jurídicas.

No satisfecha completamente la inquietud es necesario hacer una revisión en el sistema constitucional salvadoreño sobre el valor del precedente.

3.7.1. Vinculatoriedad del precedente Constitucional.

El autor Robert Alexy al proponerse establecer un concepto de derecho considera que este deberá contener tres elementos necesarios: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material (Alexy, El concepto y validez del derecho, 2004. Pág. 21). Estos elementos vendrían a considerarse como los criterios de validez, a diferencia de la intención del autor Hans Kelsen que define al derecho como un “*orden normativo coactivo*” (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 1982. Pág. 19 y 20), para esta intención la validez de la norma se encuentra en la fuerza de aplicación que goza.

El argumento de corrección será el medio idóneo y necesario de adaptación de la norma a la evolución constante de la realidad, más cuando el sistema legislativo es de lento desarrollo, la posibilidad de la corrección radica en la naturaleza del Derecho Constitucional, pues ese se considera amplio e impreciso con el objeto de tener amplia cobertura y vigencia. En consecuencia

todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección sobre una pretensión de justicia. (Alexy, El concepto y validez del derecho, 2004. Pág. 40 y 45).

En el sistema jurídico salvadoreño, especialmente en el orden Constitucional, el valor del precedente, dentro de este la jurisprudencia¹⁴⁸ y la doctrina legal, sería el elemento de corrección del sistema por el cual vendrían a interpretarse los altos principios de la Constitución.

La ordenación del precedente en el sistema salvadoreño se puede considerar más dentro de la costumbre jurídica que una institución con fundamentación jurídica formal, al no tener una regulación directa en el ordenamiento jurídico. Esta afirmación la comparte el Doctor Ricardo Mena Guerra al sostener en su obra “Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo” lo siguiente:

“La regulación de las fuentes del ordenamiento en El Salvador no se encuentra sistematizada como en otros Estados, por tanto, su ordenación es parte de una labor de integración de diversas normas que pasan por la Constitución hasta normas procesales y de carácter administrativo. Y más complejo resulta deducir el fundamento y valor de la jurisprudencia, donde adicionalmente al orden normativo escrito, se deben considerar las construcciones pretorianas de la Sala de lo Constitucional de la CSJ sobre la regulación de la jurisprudencia.”

La anterior opinión no es aislada, también es compartida por el jurisconsulto Manuel Montecino Giralt al expresar “...a pesar de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no hay disposición constitucional o legal expresa que establezca la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, y donde la misma Sala se ha encargado de señalar el efecto vinculante de su labor interpretativa o “nomotético de las sentencias (...) o el valor objetivo

¹⁴⁸ La jurisprudencia ha sido considerada: a. Como sinónimo de Filosofía del Derecho. b. Como ciencia del Derecho; y c. Como sinónimo de los fallos o decisiones de los tribunales.

de la jurisprudencia constitucional". (Montecino Giralt M. , 2011). La falta de expresión normativa que establezca "*la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional*" no implica que la norma no exista, así es que la misma Sala de lo Constitucional en un intento proteger el principio de legalidad aplica el efecto nomotético a las sentencias con el fin de recuperar el valor objetivo de la jurisprudencia constitucional.

Establecidos los fundamentos del sistema es de valorar el origen de la jurisprudencia a efecto de justificarle, y es que esta tiene su máxima expresión en el common law, así "*La mentalidad anglosajona considera que una creación legislativa puede ser alterada, a cada sesión, para subsanar los defectos que la practica haya puesto de relieve*" (Puig Brutau & Roca i Trias, 2006. Pág. 184).

En el derecho salvadoreño, sin importar el área de estudio, la anterior idea no es compatible ya que la mayor tendencia del sistema es de carácter positivista en la cual el papel del juzgador se orienta a la aplicación de la ley, aun cuando existen la tendencia normativa de apertura en los espacios normativos, se tienen los resabios culturales como carga en los tribunales de justicia.

No obstante su origen, la jurisprudencia en Francia como la "*jurisprudence constante*" y la doctrina legal en España, ambas se refieren "*a la interpretación reiterada que hiciera la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho obligaba a los jueces inferiores a respetarla.*" (López Medina, 2006. pág. 90)¹⁴⁹.

El fundamento por el cual los jueces mantuvieran la línea interpretativa dada por la Corte de Casación era el principio de igualdad, así ante casos iguales las resoluciones deberán ser iguales; salvo justificación contraria suficiente so pena de infringir el principio citado.

¹⁴⁹ El autor Diego López Medina además señala que "la violación de la doctrina legal por el juez inferior, de otro lado, era causa suficiente para casar el fallo. No se trataba, de otro lado, de una doctrina que obligara a decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores."

La vinculación del principio de igualdad es retomada la Sala de lo Contencioso Administrativo reiteradamente al citar la obra de Roberto Dromi "Derecho Administrativo" así: *"La aplicación del principio de igualdad tiene varias posibilidades, entre éstas, especialmente, la llamada vinculación del precedente. En efecto, la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias semejantes, viola el principio de igualdad. La Administración, ante supuestos idénticos, debe decidir de manera idéntica. Sin embargo, el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho."* (Sentencias Definitivas Sala de lo Contencioso Administrativo 85-F-2004, 2009)

Inicialmente se manejó una concepción diferente en la Sala de lo Constitucional, esta consistía en restarle fuerza vinculante al precedente, reconociéndole únicamente fuerza moral, ilustrativa y orientadora¹⁵⁰ en los casos de amparos, no obstante en materia de habeas corpus se consideraba que la vinculación del precedente es efectiva únicamente ante situaciones análogas. (Sentencias Definitivas de Habeas Corpus, Sala de lo Constitucional 35-2004, 2004)

El nuevo criterio adoptado sustituye como fundamento del principio de la igualdad al principio *stare decisis* vinculándolo directamente a los principios de seguridad e igualdad jurídica.

El "*stare decisis*"¹⁵¹ es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones. La acogida de este principio se da bajo la influencia del proceso de reforma judicial establecido dentro del esquema

¹⁵⁰ Para nosotros, ciertamente, los precedentes carecen de fuerza vinculante. Pero debidamente fundamentados tienen fuerza moral, ilustrativa y orientadora. Es decir, no carecen de valor. (Sentencias Definitivas de Amparo de la Sala de lo Constitucional 569-2003, 2005) (Sentencias Definitivas de Amparo de la Sala de lo Constitucional 285-2004, 2005) (Sentencias Definitivas de Amparo de la Sala de lo Constitucional 560-2003, 2005)

¹⁵¹ Stare decisis considera una multitud de planteamientos, entre ellos "un principio de política," "una serie de consideraciones jurisprudenciales y pragmáticas" o "la mejor orientación." El stare decisis se considera también una doctrina judicial, un sistema analítico utilizado para guiar las reglas de decisión para resolver los conflictos concretos que llegan ante los tribunales.

de desarrollo del llamado Consenso de Washington del cual el autor John Rawls fue influyente en su formulación filosófica.

A partir de esta acogida las interpretaciones de la Sala de lo Constitucional han de considerarse con valor normativo y vinculante para todos los operadores del derecho, esto implica que los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores; así ante supuestos fácticos iguales, la decisión sea igual, siempre que ambos supuestos sean análogos. De esta forma se cumple la dimensión vertical del *stare decisis*, quedando la dimensión horizontal como vinculación propia del ente generador, en este caso la misma Sala de lo Constitucional. (Sentencia definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 487-2000, 2000) (Sentencia definitiva de amparo, Sala de lo Constitucional 144-2010, 2010) (Sentencia Definitiva, Cámara de la Segunda Sección de Oriente, Usulután, ENT-03-10-2012, 2012).

La Sala de lo Constitucional por su posición dentro de la estructura organizativa y la naturaleza de sus funciones¹⁵² es el ente jurisdiccional encargado de pronunciar la "última palabra", amparándose en el principio del *stare decisis* ya mencionado, en lo relativo a la interpretación de la Constitución tiene la directa obligación de garantizar dos principios superiores de orden constitucional, los cuales son la igualdad ante la jurisdicción y la

¹⁵² **Art. 174 Cn.** La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución.

La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será elegido por la misma en cada ocasión en que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial.

Art. 183 Cn. 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.

seguridad jurídica. El mecanismo por el cual este Tribunal garantiza estos principios es el precedente constitucional, atribuyéndole eficacia vinculante general, respecto al fallo y a los fundamentos del mismo.

La misma Sala de lo Constitucional ha reconocido los alcances del precedente judicial:

El sistema de stare decisis convierte por tanto al sistema jurídico en un derecho del caso judicial concreto del precedente judicial, siendo así que una realidad indiscutible es que la jurisprudencia de este Tribunal supremo vincula jurídicamente. (Sentencias Definitivas de Habeas Corpus Sala de lo Constitucional 10-G-96, 1997)

Entre los alcances que ha logrado la jurisprudencia esta la incorporación de derechos a los ya explícitos en el texto de la Constitución escrita, derivándose propiamente de la jurisprudencia constitucional, en virtud que vengan resultando imprescindibles para la eficacia de la norma constitucional. (Sentencias Definitivas de inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional 19-98 , 2002)

La mayor polémica que se determina en la vinculación del precedente se encuentra en el Artículo 172 inc. 3 de la Constitución en el momento que se instituye la independencia judicial, porque directamente se garantiza el ejercicio de la función jurisdiccional, con independientes y sometimiento exclusivo a la Constitución y a las leyes.

Es de recordar que ha quedado establecido que el valor del precedente en El Salvador se logra por la autodeterminación que genera la Sala de lo Constitucional en procesos de amparo y habeas corpus, los cuales tienen directamente efecto *inter partes*. Con se retrocedería de nuevo al inicio del problema, ante la falta de legitimación no hay forma de oposición ante las actuaciones judiciales.

Con la intención de dar una salida al problema antes propuesto la Sala de lo Constitucional en el proceso 18-IX-2009 expresa: *“todos los jueces deben tomar en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, a la luz de los Arts. 10 y 77-A Inc. Final y 77-F Incs.*

3° y 4° de la Ley de Procedimientos Constitucionales, son vinculantes para su resolución" (Sentencia definitiva de de Inconstitucionalidad 7-2008, 2009)

Aun cuando la intención de la sentencia anterior era generar una fundamentación coercitiva o al menos disuasiva a los jueces, al revisar los ya dichos artículos de la Ley de Procedimientos Constitucionales estos se refieren específicamente a la facultad de inaplicación de la ley que gozan los jueces, mas no de la forma de actuar ante los precedentes o su validez.

Por su parte la Sala de lo Civil en la sentencia del proceso 86-APL-2011 busca una justificación de carácter doctrinal, y la justifica en la necesidad de asegurar el fin de la actividad judicial. Se transcribe lo esencial de la sentencia:

Las decisiones judiciales dadas por la Sala de lo Constitucional, no sólo procuran la tutela de derechos sino que, además atribuyen contenido normativo a las disposiciones de la Constitución, en cuanto la interpreta, y en esta tarea sus pronunciamientos no se limitan al ámbito subjetivo de los individuos que intervienen en los procesos sino que trasciende al ámbito objetivo, y así cada lineamiento jurisprudencial se convierte en "criterio cierto para orientar la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales"

Esa dimensión objetiva de los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional, ha sido reconocida también en la jurisprudencia nacional, por ejemplo en las sentencias dictadas en los amparos 22-A-94 y 4-N-93, dictadas el 5-11-1996 y 24- XI-1995, respectivamente. (Sentencias Definitivas Sala de lo Civil 86-APL-2011, 2011)

Es de hacer notar que en ningún momento y junto con la relación de verticalidad se restringe al juzgador la función de interpretar la ley, más cuando este tiene un compromiso con el Estado de Derecho y el principio de legalidad, y es que la independencia judicial permite cierto espacio de discreción en el proceso de adaptar la norma al caso y en definitiva tomar una decisión, esta decisión también tendrá un límite y es que "La independencia judicial no alcanza a cubrir al juzgador cuando existen precedentes vinculantes emitidos por esta Sala. (...) Entender las sentencias de Inconstitucionalidad con distinto efecto sería desnaturalizar su finalidad, y acarrearía un desorden e inseguridad jurídica, dejando que los

jueces traspasen la línea de la jurisprudencia y entren al ámbito de la arbitrariedad, que bajo ninguna forma puede llegar a verse como ejercicio de su independencia; ésta no es una inmunidad que les permita resolver al margen de la ley ni los convierte en autoridades separadas entre sí.” (Sentencia interlocutoria de Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional 7-2008, 2009)

3.7.2. Relación entre la Jurisprudencia y la Doctrina Legal.

En el apartado anterior se exponen la justificación doctrinaria y la fundamentación normativa – resolutive auto determinada propuesta por la Sala de lo Constitucional por las que se reconoce la vinculación del precedente Constitucional en virtud del principio del “*stare decisis*” manifestándose específicamente en un sistema de resoluciones con criterios normativos denominado como jurisprudencia. Con lo funcional del sistema queda pendiente hacer referencia a la institución jurídica regulada por la normativa y que se refiere a la “Doctrina legal”.

La definición de doctrina legal la podemos encontrar en diversos cuerpos normativos y con el objeto de apreciar sus similitudes se presentan en la siguiente tabla:

Cuerpo legal	Autoridad de la cual emana	Número de sentencias uniformes	Resolución sobre materias idénticas en casos semejantes
CÓDIGO PROCESAL PENAL (Art. 478 núm. 6to) ¹⁵³	Tribunal de Casación	3	Si aplica
CÓDIGO DE TRABAJO (Art. 588. Ord 2 do núm. 1 ro) ¹⁵⁴	Tribunal de Casación	5	Si aplica

¹⁵³ Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales con competencia en casación en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes. (Código Procesal Penal, 22/10/2008 publicado en el Diario Oficial 20 de fecha 30/01/2009)

¹⁵⁴ “Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de casación, en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes” (Código de Trabajo, de fecha 23/06/1972 publicado en el Diario Oficial 142 de fecha 31/07/1972)

CÓDIGO TRIBUTARIO (Art. 5 lit b, Inc. 1 ro y 2 do) ¹⁵⁵	- Sala de lo Constitucional (amparo) - Sala de lo Contencioso Administrativo - Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos	3	Si aplica
LEY DE CASACIÓN (Art. 3 Ord 1 ro) ¹⁵⁶ (derogada)	Tribunal de Casación	3	Si aplica
CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (Art. 522 ord. 3ro) ¹⁵⁷	Tribunal de Casación	3 o mas	No lo determina

De la información presentada es posible determinar que la autoridad generadora de “Doctrina Legal” es el “Tribunal de Casación”, la excepción se da en materia tributaria (limitándose exclusivamente en esta área) al referirse a la Sala de lo Constitucional en materia de amparo, la Sala de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos.

El Tribunal de Casación se conforma por la Corte Suprema de Justicia en Pleno para conocer del recurso de casación cuando la Sala de lo Civil ha conocido en apelación, con exclusión de los magistrados que integran dicha sala (Art. 27 C Pr C y M) y por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (Art. 28 núm. 2 C Pr C y M). Se encuentra una delimitación

¹⁵⁵ d) La Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias.

Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos.

Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes. (Codigo Tributario, 14/12/2000 publicado en el Diario Oficial 241 de fecha 22/12/2000)

¹⁵⁶ Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes; (Ley de Casación, 31/08/1953 publicado en el Diario Oficial 229 de fecha 09/12/1969 (DEROGADA))

¹⁵⁷ Hay infracción de doctrina legal cuando se hubiera violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal. (Codigo Procesal Civil y Mercantil, 18/09/2008 Publicado en el Diario Oficial 224 de fecha 27/11/2008)

puntual de la autoridad competente en esta materia, por exclusión cualquier resolución, aun cuando llene los dos requisitos subsiguientes, sería jurisprudencia mas no doctrina legal.

La doctrina legal será la Jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación en el número de sentencias uniformes y no interrumpidas con otra en contrario que la ley determine, no constituyendo doctrina legal la Jurisprudencia de cualquier Tribunal. El Artículo 524 del Código Procesal Civil y Mercantil dice que: “Las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica.”, curiosamente la expresión “jurisprudencia” no aparece más en el código.

La jurisprudencia propiamente tal será un pronunciamiento judicial con criterio constante, es decir, que sea reiterativo, para lo cual es suficiente con dos sentencias en la misma línea, situación que no implica identidad entre una y otra, sino que en ambas se utilice el mismo criterio o fundamento en la sentencia (Mena Guerra, 2011 pág. 32), siendo esta la diferencia fundamental entre ambas. No obstante la constancia en las resoluciones esto no implica que no puedan cambiar su orientación¹⁵⁸.

¹⁵⁸ No obstante el principio de stare decisis corresponde a la jurisprudencia evolucionar hacia mayores niveles de justicia, pues sería jurídicamente absurdo y socialmente pernicioso que los criterios jurídicos se mantuvieran petrificados. (Sentencia Definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 300-2000, 2002) En el mismo sentido: “Si bien conforme a los principios de igualdad y de seguridad jurídica, la jurisprudencia debe tener un adecuado seguimiento y apego por parte del respectivo tribunal que la dicta, esto no es óbice para que los criterios jurisdiccionales sean modificados parcial o incluso totalmente, pues si bien dichos criterios deben ser firmes y sostenidos, no pueden por ello revestir un carácter pétreo y de absoluta invariabilidad.” (Auto interlocutorio – sobreseimientos Amparo, Sala de lo Constitucional 358-2002, 2003) (Auto interlocutorio – sobreseimientos Amparo, Sala de lo Constitucional 416-2002, 2003) (Auto interlocutorio – sobreseimientos Amparo, Sala de lo Constitucional 650-2002, 2003) y “...*la posición jurídica sustentada por la Sala de lo Constitucional, posición que a la fecha debe entenderse como jurisprudencia constitucional que le vincula y obliga, lo que no implica que sea un criterio o posición irreformable (...) los cambios jurisprudenciales requerirían de otra decisión institucional en la que se contengan, volviéndose nuevos precedente con carácter vinculante para la Sala.*” (Sentencia Definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 674-2001, 2003), así “...*la posición jurídica sustentada por la Sala de lo Constitucional, posición que a la fecha debe entenderse como jurisprudencia constitucional que le vincula y obliga, lo que no implica que sea un criterio o posición irreformable (...) los cambios jurisprudenciales requerirían de otra decisión institucional en la que se contengan, volviéndose nuevos precedente con carácter vinculante para la Sala.*” (Sentencia Definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 674-2001, 2003)

En cuanto a la materia objeto de casación existe determinación expresa de las materias objeto del recurso, siendo estas civil y mercantil, familia, y en materia de trabajo.¹⁵⁹ (Artículo 519 del Código Procesal Civil y Mercantil¹⁶⁰). Así determinado cualquier otra resolución aun cuando fuere de las mismas autoridades no sería constitutiva de Doctrina Legal.

Previo a la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil se exigía que la doctrina legal versare sobre resoluciones en materias idénticas y casos semejantes, lo cual ya no aparece en esta normativa, dando la oportunidad de fundamentar en base a resoluciones cruzadas, es decir lo aplicable en otras aun cuando no sea sobre casos análogos.

En la mayoría de regulaciones normativas se opta por que el número de resoluciones de casación para que se considere que un planteamiento conforma doctrina legal sea en número de tres, siendo la excepción el Código de Trabajo que se decanta por cinco resoluciones sobre situaciones similares. La exigencia de resoluciones constantes, continuas en una cantidad determinada se da con el objeto de salvaguardar “... *el derecho de seguridad jurídica que se entiende como la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara; en otras palabras, la confianza del gobernado que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente.*” (Sentencias Definitivas Cámara de Familia de la Sección de Occidente, Santa Ana 007-12-SA-F2, 2012) Así también el Artículo 524 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “*Las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia como medio*

¹⁵⁹ El Artículo 478 del Código Procesal Penal, al referirse a los casos de procedencia del recurso de casación establece: “6) Si la sentencia se ha pronunciado con vulneración de la doctrina legal. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales con competencia en casación en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra,”

¹⁶⁰ es de tomar en cuenta que esta es una norma nueva y especial que deroga tácitamente otras delimitaciones de jurisdicción.

para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica.”, curiosamente la expresión “jurisprudencia” no aparece más en el código.

En consecuencia de lo expuesto la doctrina legal tiene claras limitaciones en cuanto al funcionario competente, materias de aplicación y la forma de vinculación del precedente creado, así en todos los textos normativos que haga referencia a la doctrina legal serán directamente relacionados a resoluciones de la Sala de lo Civil o de la Corte en Pleno según el caso. Toda restante manifestación jurisdiccional será considerada como jurisprudencia, la cual según lo presentado, no es vinculante y cualquier referencia a esto sería errónea.

4. CAPITULO IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La metodología que se utiliza es en su mayoría cualitativa y está constituida de diferentes enfoques que, para este caso, serán complementarios, basándose en las teorías filosóficas positivista y no positivistas, tomando en cuenta los fenómenos desde la perspectiva de los actores que se involucrarán en la investigación.

El sistema positivista permite la existencia de un estudio más crítico del fenómeno a investigar, que tiene como base el método científico, con el objeto de proporcionar a la temática en estudio una secuencia sistemática, disciplinada y controlada en la recopilación, tabulación, análisis e interpretación de la información.

En una segunda etapa, y en cumplimiento de los objetivos de la investigación será utilizada una metodología de carácter cuantitativa con la finalidad de obtener una valoración del manejo, concepción y aplicación del axioma de la justicia por los operadores de justicia, en virtud del universo determinado.

Se considera de importancia la realización de esta medición por ser el Juez el instrumento jurisdiccional del manejo de las normas y de las resultas de la medición, en contraste con el estudio resultante en la primera etapa, podrán proponerse las políticas y/o instrumentos considerados en los objetivos de la investigación.

4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Debido a la naturaleza del trabajo de investigación, éste obliga a realizarlo en dos etapas:

Primeramente mediante un razonamiento deductivo de los parámetros generalizados, dirigiéndose a un ámbito mucho más específico del mismo, por medio del abordaje de la doctrina, variedad de principios, así como también, la consulta y análisis de la normativa legal positiva de ordenamiento jurídico, del mismo modo auxiliándose de las resoluciones que para el caso en concreto la Honorable Sala de lo Constitucional y tribunales de segunda instancia han generado y que fueron relacionadas en el capítulo respectivo al marco legal.

En una segunda etapa, haciendo uso de la técnica de la encuesta se obtendrán datos sobre el uso y concepción de la interpretación y el manejo y aplicación de los parámetros para la consecución de justicia en las resoluciones que se emiten, tanto los juzgados de Paz, Primera y Segunda instancia, en virtud de sus competencias y por medio de la muestra considerada en el límite espacial establecido, lo que proporcionará elementos para formular juicios y posturas que contribuyan a darle una mejor interpretación al fenómeno que se está estudiando en este momento y generar un acercamiento a la situación por la que atraviesa actualmente el sector justicia.

A diferencia de lo propuesto en el protocolo de investigación se presenta una modificación en la estructura metodológica para la obtención de los resultados, específicamente se prescindirá de la entrevista, por considerar que los aportes de los perfiles señalados no generarían información diferente a la que podrían proveer en la encuesta elaborada.

Así mismo se limita el universo a considerar en la muestra de la encuesta, reorientando el perfil del encuestado a ser Jueces propietarios y/o suplentes, en cantidad de uno por tribunal. Este cambio se justifica al considerar que la formación académica de colaboradores y/o resolutores en los tribunales en su mayoría corresponden a Bachilleres en proceso de estudio en Licenciatura en Ciencias Jurídicas, además se excluyen los secretarios por considerar que el exclusivo responsable de las resoluciones dictadas por el tribunal es el juzgador.

4.2. DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO Y DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA

La muestra del presente estudio, estará constituido por 40 Jueces de Paz, Primera y Segunda Instancia, radicados en el departamento de Santa Ana.

Al estar delimitado el universo objetivo al departamento de Santa Ana y encontrando en ese departamento radicados 4 Cámaras de Segunda Instancia, 27 Juzgados de Primera Instancia y 18 Juzgados de Paz, haciendo un total de 49 Sedes Judiciales, corresponde la muestra seleccionada a un ochenta y uno punto sesenta y tres por ciento del universo delimitado en el

planteamiento de la investigación, inclusive si fuera consideradas las 22 sedes judiciales del departamento de Ahuachapán y junto con las 29 sedes judiciales del departamento de Sonsonate, la muestra representaría el cuarenta por ciento de las sedes del occidente del país. En consecuencia la muestra establecida se considera representativa.

4.3. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADOS

Para realizar la investigación se hizo uso de la encuesta, se diseñando un cuestionario dirigido a la muestra seleccionada, siendo estos los Juzgados de Paz, Primera y Segunda instancia del departamento de Santa Ana.

4.4. CUESTIONARIO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS PREGUNTAS REALIZADAS.

El cuestionario se elaboró en una matriz de doce preguntas, con respuestas pre establecidas y cerradas, concebido para ser contestado en no más de diez minutos y sin la ayuda de material didáctico o apoyo legal.

Aunque el cuestionario está dirigido a ser contestado por Abogados y Doctores en derecho se ha procurado utilizar un lenguaje sencillo y claro, que no deje dudas en su interpretación.

Al pretender medir las nociones básicas del axioma de la justicia en la práctica judicial, la formulación de las preguntas será en forma sencilla y adaptada a la práctica cotidiana en la cual afloran decisiones con inherencia en el tema de estudio.

A la vez se incluyen cuestionamientos orientados a medir el nivel de capacitación y formación en manejo de la jurisprudencia y el presente legal.

CUESTIONARIO

- 4. ¿En qué circunstancias una resolución judicial puede ir en contra de lo expresamente establecido por la ley?**

Las posibles respuestas son:

- a. Inaplicación de ley,
- b. Atente contra la justicia,
- c. Afecte derechos humanos,
- d. Por acuerdos de las partes, y
- e. En ningún caso

De esta interrogante se pretende evaluar el nivel de conocimiento sobre el manejo y aplicación de la jurisprudencia en el tribunal y la familiarización con la aplicación de resoluciones extraordinarias para casos difíciles.

Esta pregunta va orientada a las actividades del funcionario en la institución.

5. Para Ud. la moral es:

Las posibles respuestas son:

- a. Su forma de vivir,
- b. Un parámetro de conducta social,
- c. El reflejo de la justicia,
- d. No existe realmente, y
- e. Parte de la fe (religión)

Esta pregunta se orienta a la esfera de formación personal y profesional, ya que al tener la posibilidad de múltiple selección permite establecer a donde se decanta la opinión. Por medio de esta se pretende evaluar el manejo de las nociones de lo que es la moral y la ética.

También sirve como preparación a las dos preguntas subsecuentes.

6. ¿Existe relación entre la moral y el derecho?

Esta pregunta ofrece únicamente respuesta en sentido afirmativo o negativo. El objeto de esta es la identificación del encuestado con alguna de las teorías predominantes en la investigación, ya fuere el positivismo o el iusnaturalismo.

7. ¿Es utilizada la moral en la actividad judicial?

Esta pregunta ofrece únicamente respuesta en sentido afirmativo o negativo. El objeto de esta es determinar a aplicación de moral en la actividad judicial, aunque no se expresa en que forma interviene esto no resulta relevante porque adelante se obtendrá esa información.

8. La figura del Juez la visualiza como:

Las posibles respuestas son:

- a. Mediador entre la ley y las partes,
- b. Aplicador de la ley,
- c. Aplicador de la ley en virtud de su propio criterio

Esta pregunta tiene una relación teórica con el planteamiento de Ost, del cual establece los perfiles judiciales. Esta pregunta es importante porque de aquí se determinan los parámetros del sistema filosófico preponderante.

9. Se considera un juez de:

Las posibles respuestas son:

- a. la justicia, y
- b. la ley.

Esta pregunta está íntimamente vinculada con el precepto constitucional que evoca la función del Juez. Además orienta parámetros del sistema filosófico preponderante.

10. ¿Existe fundamento legal para la jurisprudencia en El Salvador?

Esta pregunta ofrece únicamente respuesta en sentido afirmativo o negativo. La importancia de esta interrogante radica en que la jurisprudencia es aplicada en el medio jurídico salvadoreño y se pretende establecer si se tiene claridad de los preceptos por los aplicadores.

11. La jurisprudencia implica:

Las posibles respuestas son:

- a. Dictar resoluciones en el mismo sentido,
- b. La resolución de un caso en específico,
- c. Una opinión más,
- d. ser un anexo a la ley, obligatoria.

Con esta interrogante se pretende determinar el nivel de comprensión de lo que son los alcances de la jurisprudencia.

12. Cuando considera que existe jurisprudencia

Las posibles respuestas son:

- a. Una resolución de la Sala de lo Cn.,
- b. Dos resoluciones en el mismo sentido,
- c. Tres resoluciones en el mismo sentido,
- d. cuando se revisa el caso en 2 da instancia

Con esta interrogante se pretende determinar si el propio aplicador de la jurisprudencia tiene claridad de cuando existe jurisprudencia.

13. ¿Se puede inaplicar la jurisprudencia?

Esta pregunta ofrece únicamente respuesta en sentido afirmativo o negativo. Esta pregunta se orienta al conocimiento del aplicador sobre el control difuso, además de los efectos de las sentencias de la Sala de lo Constitucional.

14. ¿Quién genera jurisprudencia?

Las posibles respuestas son:

- a. todos los tribunales,
- b. las Cámaras,
- c. las Salas,
- d. exclusivamente la Sala de lo Const.,
- g. Asamblea Legislativa

Con esta interrogante se pretende determinar si el propio aplicador de la jurisprudencia tiene

claridad de cuando existe jurisprudencia. Intencionalmente no se define el área jurisprudencial y esto es con el objeto de evitar tendencias en la respuesta.

15. ¿Ha sido capacitado en argumentación e interpretación Constitucional?

Las posibles respuestas son: si, y no.

Con esta pregunta se pretende obtener insumos para considerar posibles sugerencias.

4.5. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

Distribución temporal	1	2	3	4	5	
ACTIVIDADES POR SEMANA						
Arqueo bibliográfico						
Determinación del problema de investigación						
Elaboración del Marco teórico						
Elaboración de Protocolo						
Elaboración del Capítulo 1						
Elaboración de base de entrevistas						
Entrevistas						

4.6. RECURSOS

Rubros	Cantidad	
Recolección de datos	15 entrevistas	\$ 285.00
Transporte y combustible	20 viajes	\$ 225.00
Viáticos	Unidades	\$ 60.00
Compra de materiales		
		\$ 405.00
Papelería y útiles para oficina	----	\$ 150.00
Fotocopias	2000 unidades	\$ 60.00
Materiales para grabación	-----	\$ 25.00
Empastado	1	\$ 20.00
Encuadernado	3	\$ 60.00
Papel	5 resmas	\$ 25.00
Impresor de inyección	1	\$ 35.00
Tinta para impresor	3	\$ 30.00

	Compra de material especializado	\$ 350.00
	Revistas judiciales	\$ 100.00
	Libros de texto	\$ 250.00
	TOTAL	\$ 950.00

5. CAPITULO V. RESULTADOS

5.1. PRESENTACIÓN DE LOS HALLAZGOS

En virtud de la información recopilada y analizada, se logran determinar importantes vinculaciones del sistema normativo salvadoreño con las corrientes filosóficas expuestas.

El Salvador cuenta con el sistema Constitucional estable, con una Constitución vigente que data de 1983, la cual desde su origen tuvo una influencia muy importante de las Constituciones Políticas de 1962 y 1950, y de los grandes movimientos en beneficios de la protección de los derechos humanos.

La creación normativa está confiada a la Asamblea Legislativa quien la ejerce esta facultad en virtud del mandato Constitucional, teniendo como control directo el ejercido por el Presidente de la República a través del veto o sanción de Ley y la Sala de lo Constitución de la Corte Suprema de Justicia, para los caso de veto por inconstitucionalidad o el proceso de declaratoria de inconstitucional de la ley como tal.

La aplicación de la justicia está confiada principalmente al Órgano Judicial, que lo ejerce por mediante la Corte Suprema de Justicias a través de los respectivos Jueces y Magistrados; adicionalmente se imparte justicia por medio de otros funcionarios que ostentan cargos eminentemente administrados, con dependencia del Órgano Ejecutivo, bajo la influencia de los mismos preceptos normativos que los procesos judiciales, con la diferencia que son de competencia reducida y las resoluciones no son igual de gravosas.

Es perceptible que el sistema judicial ha sido grandemente influenciado por diferentes corrientes filosóficas del derecho, estando esto a cargo de diversos procesos de reforma judicial por cuenta de cooperantes internacionales interesados en el desarrollo de los sistemas jurídicos en virtud de las propias experiencias. La consecuencia directa de esto es un sistema con

fundamentos filosóficos mixtos que generan confusión, incertidumbre e incluso desidia por parte de los operadores de justicia, especialmente los auxiliares de estos, en las actividades de administrar la justicia.

5.1.1. Exposición por la Teoría de los PINES

Ante la confluencia e irregularidad filosófica presente en el sistema normativo y la práctica judicial, resulta necesario para el cumplimiento de los fines del estudio implementar otros mecanismos que permitan visualizar los componentes cardinales del pacto social, que es donde radica la formulación del axioma de la justicia en la sociedad salvadoreña. A ese efecto se propone la teoría de los PINES, la cual se desarrollará brevemente, tomando en consideración la información recopilada en los capítulos precedentes.

LOS PRINCIPIOS

El análisis y determinación de los principios, tal y como fue propuesto en la parte teórica de esta investigación, implica un análisis histórico, social, de costumbres, tradiciones e incluso orientaciones políticas de un pueblo y en un lugar determinado, así entre más específico sea el sujeto de estudio mejor será el resultado obtenido.

El Salvador en sus nociones más remotas y a la idea del Dr. Santiago I. Barberena:

“En mi concepto nuestra región pipil ha de haber sido el asiento de una confederación análoga en el fondo a la mejicana de la época de Montezuma, constituida, no por un gobierno feudal, sino por una democracia militar, cuya organización se fundaba en el régimen por tribus, con propiedad común de la tierra, y no dudo que Cuscatlán era la metrópoli de esa federación.”

(Barberena, 1914. Pág. 225)

El paso del tiempo trajo agentes externos, específicamente se refiere a la conquista española, que bajo su influencia se encargaron de sustituir completamente el esquema de vida para ese entonces. No es esta la única transformación es más la sociedad salvadoreña es el

resultado de múltiples transformaciones sociales, económicas y políticas que en un periodo relativamente corto han cambiado una y otra vez la forma de vida, hacer negocios e incluso las relaciones sociales.

Tradicionalmente, y a partir de la colonia, en El Salvador no se ha contado con una capacidad autosustentable en base a su producción, esto es debido a que la economía nacional se ha basado en la producción agrícola de bienes, que en el momento de su adopción fueron viables, pero no sostenibles debido a situaciones propias del mercado internacional.

Entre esos productos podría mencionarse el añil, cacao y bálsamo en los tiempos de la colonia y posterior a la independencia con España. Lastimosamente, y al igual que otros productos adoptados, la comercialización de estos bienes depende de la competencia generada en el mercado internacional, especialmente el añil pierde el valor de venta en el momento en que se descubre la elaboración de colorantes sintéticos y a menores costos, esto obliga al país a realizar cambios drásticos en el país.

En manos del presidente Rafael Zaldívar, se da una de las más grandes transformaciones económicas por las que ha de pasar el país al anular el sistema de tierras comunales y ejidales, establecidas desde la época colonial. Con esto se logra el cambio en la tenencia de la tierra y la liberación de la mano de obra, dando la posibilidad que grandes extensiones territoriales se concentraran en pocas familias y con recurso humano disponible. En este periodo y por la posibilidad de acceso a la tierra se genera la inmigración de familias europeas y árabes que lograron establecerse como un fuerte bastión económico debido a su conocimiento y manejo con el mercado internacional.

Para ese entonces se considera que el producto con mayor posibilidad comercial era el café, el cual se establece como el principal producto agrícola acompañándose de la caña de azúcar y el algodón en las tierras que no eran aptas para el primero. Este período histórico se le reconoce como la "República Cafetalera".

Desde la perspectiva social, tenemos a una comunidad que en su mayoría es campesina con ascendencia indígena o mestiza, que se ve seriamente reprimida con el objeto de desbaratar cualquier tipo de organización social; los cambios implican que el campesino al no tener acceso directo a la tierra para la producción de los productos para comerciar y alimentar su hogar, se ve en la necesidad de vender su fuerza de trabajo a las grandes fincas, recibiendo pagos miserables por su trabajo, aunque gozan de algunas prestaciones que los obligan a permanecer en los lugares en que son necesarios para trabajar.

La insatisfacción de las nuevas generaciones a las forma de vida impuesta los impulsa a generar la primera gran migración interna del campo a la ciudad y a otras tierras, entre estas Honduras. En ese entonces toda la actividad del Estado estaba orientada a conservar una unidad productiva fuerte a favor de los poseedores de los recursos, facilitándoles todos los medios para ese fin; por misma la necesidad de mantener la fuerza de trabajo disponible se considera que **“el trabajo es obligatorio”** en las Constituciones de 1880 y 1883 en sus artículos 41 y 26 respectivamente, correspondiéndole a la Policía Agrícola y la Guarda Nacional su cumplimiento (Ley Agraria, 22/08/1941 publicada en el Diario Oficial 66 de fecha 21/03/1942).

Como era de esperar el desarrollo económico generado por la industrial del café empezó a mermar los ingresos al país, especialmente ante la competencia que Vietnam y otros países comenzaron a gestar en los mercados internacionales; esto obliga al sector cafetalero a emigrar a otras actividades económicas del país, entre esas la que más atrajo su interés fue la inversión en la banca, es de recordar que después de establecerse un sistema de banca mixta, en los 90 se da la privatización de la banca nacional con la “Ley de Privatización de los Bancos Comerciales y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo”; a la fecha en el mercado salvadoreño no hay un banco con capital cien por ciento nacional.

Socialmente tenemos una distribución basada en un grupo especializado en prácticas agrícolas recluido en las grandes fincas de café y otro más concentrado en las zonas urbanas del país carentes de educación formal en su mayoría, este periodo a pesar que se contaba con un

flujo económico bastante bueno no necesariamente se daba una justa distribución de los ingresos obtenidos de la actividad.

Los sentimientos de revolucionarios hacia la forma de organización del estado fueron manifestados comúnmente, no obstante fueron fuertemente aplacados por los gobiernos de turno y serían los golpes de estado un medio por el cual se legitimaba el poder y procuraba ganar la confianza popular ante la posibilidad de un cambio de mandos. Ya en esta época los sentimientos de identidad cultural del gran colectivo se ven afectados, en principio por la persecución del pueblo indígena y del obrero en general y la falta de espacios de participación en la política; esto viene creando en el pueblo una actitud conformista ante los sucesos políticos y sociales, en esta época historia e inclusive en la actualidad, la masa social es predominante siendo pocas cosas las que despiertan la pasión del pueblo.

Como se observa la falta de espacios en la participación política en el país es de carácter histórico, aceptado o ignorado por la mayoría de la población. Más que un problema de momento esto se transforma en un problema generacional, al transferirse en forma continua como patrón cultural, generando apatía, falta de civismo y desagrado en los asuntos públicos; en otros aspectos como el económico, la falta de respeto institucional¹⁶¹, aleja la inversión privada y extranjera, limitando en consecuencia el desarrollo económico y social, y el mejoramiento del nivel de vida de la población.

La brecha entre el pueblo (gobernados) y la clase política¹⁶² tiende a incrementarse en la medida en que los intereses sociales resultan afectados, ya sea por fenómenos internos o

¹⁶¹ Que se transforma en un irrespeto normativo.

¹⁶² La clase política o elite política hace referencia a la coexistencia de dos clase, la minoría dominante y una mayoría dirigida; el concepto hace referencia a un grupo relativamente pequeño de activistas que solo viven "para la política" desarrollando carreras que les permiten vivir de ella. El respecto puede verse (Weber, 1967 pág. 84) y (Pro Ruiz, 2001 pag. 446)

internacionales¹⁶³. La relación entre el pueblo y la clase política se da en la percepción social en momentos muy específicos y puntuales, tales como los períodos electorales.

El mayor peligro en la existencia de la clase política¹⁶⁴ es cuando ese pequeño grupo dominante comete errores como: abandonar las cuestiones de interés general, conformar grupos carentes de liderazgo, buscar el protagonismo con el objeto de lograr simpatías o lograr alianzas, o manipular los medios de comunicación. (Sartori, 2000)

El abandono del campo, que era el sostenimiento del grueso poblacional de ese entonces, la falta de libertades y la brecha entre ricos y pobres; fue la coyuntura económica, política y social que permitió el conflicto armado que se extendió por doce años en el país.

De lo anterior se puede considerar que los principios que identifican la justicia en la sociedad salvadoreña están determinados por:

16. La migración social, actualmente nos encontramos en un nuevo proceso de emigración que a diferencia de la primera esta se da en dos formas: una migración interna, que consiste en el traslado de las zonas más afectadas por el conflicto a las ciudades en busca de protección; y otra migración externa, caracterizada por la salida del país por grandes cantidades de individuos y con destino a países del norte.
17. Grave disgregación del núcleo familiar, primeramente por la participación directa o como resultado del conflicto armado, y las emigraciones parciales de la familia, es decir, por regla general eran los padres los que tomaban la opción de salir del país, dejando a los hijos generalmente con familiares. Esto genera que en muchos de los casos no se de una adecuada orientación sobre patrones de conducta social, identidad familiar, participación

¹⁶³ En un mundo globalizado los fenómenos sociales, económicos y políticos no pueden considerarse en forma aislada, así la más mínima perturbación en las grandes bolsas de valores de Nueva York o

¹⁶⁴ Reconocida o auto reconocida como tal. En El Salvador es común escuchar a los diputados autonombrarse como tal.

social a los jóvenes y adolescentes, aunado a esto se pierde el modelo familiar que es muy influyente en la asimilación de habilidades laborales.

18. Económicamente se observa una disminución de la inversión internacional y local debido al temor generado por el conflicto en su momento y actualmente por los altos índices de violencia. No obstante en la época del conflicto la economía se observa estable en virtud que los gastos de la guerra y la inversión social en su mayoría fue financiada por organismos internacionales y que es la deuda que en la actualidad se está pagando. La mayor fuente de los ingresos familiares se genera a partir de las remesas provenientes del extranjero, esto implica que muchas familias dependen exclusivamente de las remesas familiares para su subsistencia.
19. La actividad agrícola se ve influenciada por dos situaciones: por una parte el Gobierno de turno y como medida ante subversiva propugna la reforma sobre la tenencia de tierra, buscando dar el acceso de la tierra al productor directo, limita en consecuencia la extensión máxima que una persona puede poseer de bienes rústicos en la República. Terminado el proceso de reforma agraria las políticas gubernamentales optan por favorecer otros tipos de producción, como lo son las fábricas y maquilas, descuidando el sector agrícola.
20. Grupos poblacionales desocupados ante la falta de actividades económicas fuertes que absorban la carga laboral. La falta de oportunidades en el mercado laboral, las comodidades que generan las remesas, el clima de inseguridad generalizado y las trabas gubernamentales merman el emprendimiento de actividades productivas que en consecuencia producen mayores niveles de desocupación como parte de un ciclo vicioso.

21. La apatía que genera la falta de identidad y los valores distorsionados que se manejan en los grupos familiares desintegrados general índices elevados de desconfianza en las instituciones estatales, especialmente las legislativas.¹⁶⁵

LOS INTERESES

Los intereses al ser la expresión del colectivo en el contrato originario sobre el fin utópico de la relación social adaptada y adaptable a las fluctuaciones de las necesidades, serán establecidos en la norma constitucional como valores, principios y derechos, por tanto es la Constitución vigente, la base de donde el estudio de estas expresiones ha de originarse pero lo más importante es el análisis sobre la forma de adaptación a las necesidades emergentes.

Las revisiones periódicas, tal como el autor John Rawls las considera, se encuentran en el sistema jurídico salvadoreño en el valor del precedente, manifestándose como jurisprudencia y doctrina legal.

Es clara que la intención de la Sala de lo Constitucional está orientada en reconocer el valor del precedente judicial para proteger y asegurar derechos constitucionales que por vacíos o deficiencias en la norma y los procesos se ven afectados, no obstante se pueden percibir fisuras en la construcción del actual sistema adoptado y validado por la comunidad jurídica salvadoreña y que se basa en la primacía de la jurisprudencia de ese tribunal de justicia.

El mayor problema presente en el sistema tal como está construido es que no se respeta la distinción entre la jurisprudencia y la doctrina legal, y que aun cuando existe una relación de género a especie¹⁶⁶, en la normatividad tienen caracteres diferentes.

¹⁶⁵ Curiosamente las mayores afectaciones que reporta la población tienen que ver con su bienestar económico y la seguridad, dejando en planos inferiores a la corrupción. Información detallada sobre los índices específicos a El Salvador se pueden encontrar en Rule of Law Index. (2015). Washington: World Justice Project pág. 86; además sobre los problemas que afectan a la población se recomienda ver el informe 2013 de la Corporación Latinobarómetro.

¹⁶⁶ siendo más amplia la jurisprudencia pues hace referencia a toda resolución judicial y la otra más específica al exigir un número determinado de resoluciones en mismo sentido y ante circunstancias similares

En el apartado 3.7.1 denominado “Vinculatoriedad del precedente Constitucional” se proponen las diversas resoluciones judiciales que determinan el valor de la jurisprudencia como precedente constitucional. En ese apartado se manifiesta que no existen en el sistema normativo salvadoreño disposición constitucional o legal expresa que establezca la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, es decir, que sin importar el número de resoluciones en sentido semejante que se provean no hay forma de estructurar tales expresiones de forma tal que sean de obligatorio cumplimiento, más haya que para el caso específico de que se trata.

Al estudiar la “doctrina legal” se encuentra que esta institución jurídica tiene efectivamente carácter vinculante, esto es, una vez conformada se vuelve obligatoria tal cual fuera disposición normativa, en virtud del principio de igualdad y seguridad jurídica. A diferencia de la simple jurisprudencia la doctrina legal exige un número determinado de resoluciones para considerarse como tal, esto implica que tiene que pasar un tiempo para que tres casos iguales lleguen al Tribunal de Casación, que de paso es el único que puede generar doctrina legal. Esta mecánica asegura que los cambios se den en forma lenta y ante necesidad reales, repetición constante de casos iguales y en las áreas del derecho en que la casación será viable, lo cual ha de estar expresamente determinado en la ley.

El uso de la jurisprudencia tal cual se hace en el país, parece ser el resultado de un trasplante jurídico del sistema anglosajón. Se han retomado las nociones de que el juez puede adjudicarse en la marcha los cambios en la normativa, crear derecho, y que estos cambios sirvan de fundamento a otros casos, aun cuando no resulten similares en todo el contexto, para el caso por la autodeterminación de la Sala de lo Constitucional mediante sus propias resoluciones se reconocen para sí esta prerrogativa al ser “la última palabra” en el sistema de interpretación de la Constitución.

Aun cuando por sentencias se ha justificado en parte la funcionalidad de la jurisprudencia, faltan regulaciones que determinen los alcances, formas, operatividad, competencia, reservas de ley, requisitos mínimos y cuanto recurso jurídico fuera necesario, además lo más importante de

regulación es la obligatoriedad de los preceptos generados; de la misma forma se ha dejado fuera del contexto lo que en el *common law* se conoce como el “*law review*” que vendría a ser la recopilación, ordenación y publicidad de las resoluciones en su sentido más preciso, para facilitar su posterior aplicación.

LAS NECESIDADES

Más allá de las necesidades biopsicosociales el ser humano, tenemos aquellas relacionadas a la solución de los problemas suscitados en la vinculación Estatal, refiriéndose, a la satisfacción del sentimiento de justicia.

Las necesidades en lo relativo a la justicia pueden verse desde dos perspectivas: la primera, relacionada a la posibilidad el acceso a los medios o recursos destinados a la administración de la justicia; y la segunda, obtener una respuesta que satisfaga o solvete los conflictos o solicitudes que a la institución se presenten en forma efectiva.

La satisfacción del clamor de justicia implica cumplir con las expectativas sociedad en primacía sobre otra situación, en esta evaluación no es trascendental el fundamento ni el resultado del proceso basta con que la respuesta sea efectiva y cumpla con el alcance social. Para objeto del análisis se opta por situaciones generalizadas a la sociedad y evitar así el subjetivismo de casos específicos. La mayor necesidad del hombre en sociedad se resume en ser oída y obtener una respuesta, así cuando las instituciones jurídicas ordinarias no dan una solución a los problemas resulta necesario e incluso obligatorio ¹⁶⁷ la realización de otras actividades no ordinarias como lo son la insurrección, la desobediencia civil y otros recursos de protección de la Constitucionalidad.

En cuanto a las necesidades la importancia radica que las instituciones gocen de la debida

¹⁶⁷ según los propuesto en el apartado 3.5.1 titulado la “Desobediencia Civil”

legitimidad. Así la falta de legitimidad implicaría una reforma obligatoria, caso contrario, la necesidad se considera satisfecha.

La legitimidad de las instituciones se determina en relación a la capacidad de reaccionar ante la realidad, generando niveles de confianza y aceptación del trabajo realizado.

En cuando a la efectividad de las instituciones de justicia es necesario evaluarlas en virtud de las orientaciones filosóficas de las cuales se impregna, ya que con esto se podrá percibir la forma en que se considera la satisfacción de la justicia. Esto se justifica al no tener un sistema procesal criollo o con una tendencia clara, hay que reconocer que cada proceso de reforma está vinculado por regla general a proyectos financiados por países amigos. Así cada proceso de reforma ha traído una corriente de pensamiento a implementar, basándose en experiencias y teorías muchas veces muy distantes unas de las otras.

La conjunción de los diversos modelos ha traídos a nuestro sistema algunos beneficios, pero también muchas afectaciones de las cuales la mayoría resultan por la falta de comprensión de los operadores de justicia. La consecuencia de esto es procesos mal aplicados, que en la mayoría de los casos terminan desarrollándose como la tradición lo ha establecido¹⁶⁸.

Los trasplantes jurídicos menos exitosos son los que a poco tiempo de la entrada en vigencia han necesitado de un nuevo esfuerzo para reorientar sus parámetros, perdiendo en ese paso el espíritu original por el cual fueron concebidos. Al respecto la autora Linn Hambergren señala claramente las más graves deficiencias de los nuevos sistemas, a modo de ejemplo se hace referencia a los juicios por jurados de los cuales testifica:

¹⁶⁸ Esto se sostiene en virtud del comentario de la autora Linn Hambergren: *"In El Salvador, following constitutional amendments in the early 1990s emphasizing due process rights, judges hearing criminal cases often stuck to the letter of the still unreformed criminal procedures code, insisting that it was this law that should guide their actions."* (Hambergren, 2007. pág. 173), la traducción de lo anterior sería: En El Salvador, tras las enmiendas constitucionales en la década de 1990 destacando derechos del debido proceso, los jueces penales de la audiencia a menudo se apegan a la letra del código de procedimiento penal todavía no reformado, insistiendo en que es esta ley que debe guiar sus acciones.

“El Salvador is one notable example. What came to be regarded as an overly permissive code (“designed for Switzerland, not for Latin America”) was subsequently amended to strengthen its law and order elements.” (Hammergren, 2007. pág. 33)¹⁶⁹

Otro error común es la elaboración o formulación de disposiciones judiciales sin tener alguna experiencia en la práctica judicial o estableciendo solemnidades más allá de las necesarias por la misma desconfianza al funcionario, en relación a los planteamientos iniciales expresa: *“Some codes have suffered subsequent amendments for example, the anticrime elements added to El Salvador’s initial law. It should also be recognized that for the most part code drafting was done by academics, many of whom had negligible experience in litigating cases under any system.”*¹⁷⁰ (Hammergren, 2007. Pág. 41) Con relación al excesivo ritualismo que vuelve tedioso el trabajo judicial, expresó: *“It was not uncommon for judges to fall asleep during the presentations or step out of the courtroom to relieve their boredom”*¹⁷¹ (Hammergren, 2007, Pág 31)

La administración de la justicia no puede estar limitada exclusivamente a la esfera judicial, para el efectivo cumplimiento de los altos fines que al justicia exige debe haber conciencia colectiva y reconocimiento de los parámetros de la autodeterminación, así mismo el desarrollo y profesionalismo de las instituciones es sumamente importante.

Temas como la corrupción y el efectivo manejo de recursos deben ser tomados como prioridad. Como ejemplo de un mal precedente institucional la autora Linn Hammergren considera:

“For the police, the situation is still worse. Absent an overall reform as in El Salvador, or the existence or creation of a special body attached to the public ministry (Colombia, Mexico,

¹⁶⁹ El Salvador es un ejemplo notable. Lo que llegó a ser considerado como un código excesivamente permisivo (“diseñado para Suiza, no para América Latina”) fue enmendado posteriormente para fortalecer los elementos de la ley y el orden.

¹⁷⁰ Algunos códigos han sufrido modificaciones posteriores, por ejemplo, los elementos anticrimen añadidos a la ley inicial del Salvador. También debe reconocerse que en su mayor parte la redacción de los códigos fue hecho por académicos, muchos de los cuales tenían insignificante experiencia en litigar casos bajo cualquier sistema.

¹⁷¹ Es frecuente que los jueces se durmieran durante las presentaciones o salieran de la sala de audiencias para aliviar su aburrimiento.

Panama, Costa Rica), police investigators are usually part of an underpaid, undermotivated, underprepared, and largely unreformed organization.” (Hammergren, 2007. Pág 51)¹⁷²

Recientemente y como resultado de la delincuencia y crimen organizado se ha dado en el país un aumento significativo de delitos especialmente relativos a la vida, integridad de la persona humana y propiedad, poniendo a prueba todo el Estado en espera de una respuesta.

En base a las estadísticas proporcionadas por la Fiscalía General de la República se puede observar una tendencia a la alza en el número de solicitudes por el cometimiento de delitos, y en sentido proporcional inverso se percibe una disminución en el número de casos resueltos, así en los delitos relativos a la vida en el año de 2013 se tuvieron 2404 expedientes activos de los cuales se finalizaron 1620, en el año de 2014 se tuvieron 4600 expedientes activos de los cuales se finalizaron 966; en los delitos relativos al patrimonio en el año de 2013 se tuvieron 13100 expedientes activos de los cuales se finalizaron 12431, en el año 2014 se tuvieron 17257 expedientes activos de los cuales se finalizaron 6495. Información complementaria puede encontrarse agregada en anexos 7.4.

Las estadísticas penitenciarias proporcionadas por la Dirección General de Centros Penales al 14 de septiembre de 2015, revelan que el sistema penitenciario cuenta con 23251 personas condenadas de los cuales 8909 (25.99%) tienen penas que rondan entre los 6 a 10 años de prisión y 9174 (26.77%) tienen penas entre los 11 a los 20 años de prisión. Siendo los delitos de mayor incidencia el homicidio con 10515, la extorsión con 5831 y el robo con 3971. Además el porcentaje de reincidencia es del 17.81% que equivale a 5598 personas.

¹⁷² Para la policía, la situación es todavía peor. Ausencia de una reforma global al igual que en El Salvador, o la existencia o creación de un órgano especial, adscrito al ministerio público (Colombia, México, Panamá, Costa Rica), los investigadores policiales son generalmente parte de una organización mal pagada, desmotivada, sin preparación y en gran parte no reformada.

Tomando en consideración los sondeos de percepción realizados por el World Justice Project y expresados en los informes correspondientes a los años 2013 y 2015¹⁷³ se puede inferir que la población salvadoreña no se encuentra satisfecha con la forma en que se está administrando la justicia en el área criminal especialmente, razón de lo cual el sistema judicial se encuentra en grave riesgo de legitimidad. Para mejor percepción de lo expresado se presenta en forma comparativa la información pertinente.

Factores evaluados	2013			2015		
	Nota	Posición regional	Posición global	Nota	Posición regional	Posición Global
Limite al poder del gobierno	.50	10/16	64/97	.52	9/19	60/102
Orden y seguridad	.58	12/16	83/97	.68	6/19	69/102
Derechos fundamentales	.58	10/16	57/97	.62	6/19	69/102
Justicia civil	.49	9/16	67/97	.51	9/19	58/102
Justicia criminal	.25	15/16	96/97	.34	10/19	81/102

5.1.2. Influencias de las filosofías del derecho inmersas en la Constitución

En forma puntual se señalan las influencias ius positivas e iusnaturalistas advertidas en la Constitución salvadoreña de 1983:

Elementos de carácter positivista:

- a) Es una ley, esencialmente escrita y sancionada por el Poder Constituyente.
- b) Determina competencias específicas para los Órganos de Estado y otras instituciones auxiliares.
- c) Se establece un proceso de formación de le, refuerza la vigencia en el Artículo 140 al

¹⁷³ Esta información corre agregada en Anexos 7.5

decir: “Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación...”

d) Se imposibilita la reforma de algunos artículos que tienen que ver con la forma de gobierno y la alternabilidad del poder. Artículo pétreos.

e) Cuenta con la norma de clausura en el Artículo 8, cuando dice: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.*”

a) Cierra la posibilidad de interpretación de las leyes y las limita a un procedimiento en el Artículo 142, que dice: “Para interpretar, reformar o derogar las leyes se observarán los mismos trámites que para su formación.”

b) Corresponde al Órgano judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.

a) La toma protesta de funcionarios públicos regulada en el Artículo 235 de la Constitución impone “cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto” y agrega “cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen,” Aquí hay una clara determinación a la forma de interpretar y aplicar la norma Constitucional. Para este Artículo la interpretación tiene que ser rigorista textual.

Elementos de carácter iusnaturalista:

a) Contiene un preámbulo, característica propia de esta corriente. En el preámbulo se hace referencia a Dios, a los altos destinos de la patria y a los valores de la herencia humanista, el bien común y la justicia.

b) Se reconoce en el Artículo 1 Constitución la obligación del Estado de “asegurar a los

habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.”

c) Los derechos establecidos en la Constitución son de carácter amplio, por lo que son susceptibles de interpretación. El Artículo 268 considera algunas herramientas interpretativas, mas no establece un método.

d) Se determina el principio de ley previa. Art. 15 Constitución.

a) Existen relaciones directas al bien común y el interés social, por ejemplo los Artículos 101, 102 y 130 Constitución. Al no estar claramente determinadas las figuras del bien común y el interés social, la aplicación de estos artículos implica interpretación. Esta es una indeterminación intencionada.

b) Se establece una jerarquía normativa, en Constitución, tratados internacionales y la ley. Artículo 246, cuando dice “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

a) sobre el interés privado.” Se concede a los Tribunales la posibilidad de inaplicar leyes y tratados internacionales, así mismo a la Sala de lo Constitucional la posibilidad de declararlos inconstitucionales. Artículos 149 y 185 Constitución.

a) Por los Artículos 174 y 183 se establece la Sala de lo Constitucional, que hace las veces de un Tribunal de la Constitución, así como su competencia exclusiva declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, la resolución proveída será de modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano. Nótese que la función de la Sala de lo Constitucional es de carácter reactiva y no proactiva como

se podría esperar del iusnaturalismo.

Aun con esto es viable la determinación de parámetros de justicia tanto en la norma Constitucional, leyes secundarias y demás actuaciones de los funcionarios que conforman el Estado, y es que la conciencia de justicia está ampliamente arraigada en la moral social, la misma que ha sido reconocida por la normativa Constitucional y que viene a ser el fundamento del pacto social.

RESUMEN

- En consideración de la normativa y jurisprudencia relacionada se puede asegurar que el sistema jurídico salvadoreño no cuenta con un sistema jurisprudencial de carácter reglado.
- Existe confusión entre lo que es jurisprudencia y doctrina legal.
- Las resoluciones de la Sala de lo Constitucional en relación a la jurisprudencia (no Doctrina Legal) establecen la valoración y control en forma auto determinante, es decir, se da a través de un proceso de autocontrol y auto atribución.
- Las leyes que hacen referencia a la doctrina legal la separan de la jurisprudencia en si, tal es el caso del Cogido Tributario, Código Procesal Civil y Mercantil, Código de Trabajo y Código Procesal Penal.
- No existe uniformidad del número de resoluciones necesarias para ser considerada doctrina legal, de la jurisprudencia no se dice nada.
- En virtud de los datos obtenidos en la encuesta queda evidenciado que la misma confusión en la determinación de la ley es trasladada a los aplicadores en la administración de la justicia. Ver ilustraciones 4, 5 y 6.

5.2. ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

Es indudable que existe una relación importante entre la justicia y el derecho, en este estudio se propusieron tres tendencias de cómo se percibe el Derecho y la forma en que este se organiza, pero siempre la relación con la justicia siempre existe, ya sea como una cosa fija y determinada por un precepto normativo, a través de una idea utilitarista o con las libertades del derecho natural, en definitiva el fin es el mismo con el que se procura llegar en diversas formas, claro unas más acertadas que otras.

Se ha hecho hincapié en la determinación de la jurisprudencia en el sistema jurídico salvadoreño por ser el objeto de estudio la influencia del iusnaturalismo, pues si de positivismo se tratase no tendría objeto.

La dinámica social crea dinámicas jurídicas y esos cambios, a veces lentos y en otras veces abruptos, implican afectaciones o beneficios que han de ser regulados.

Como ejemplo de como la dinámica ha puesto en dificultades a los sistemas jurídicos podemos señalar al avance en la ciencia y la tecnología. Haya por 1983 el legislador no pudo suponer, ni siquiera por las novelas de ficción de todos los medios con los que hoy se cuentan y la facilidad con la que la tecnología se adquiere por los particulares. Así el legislador constituyente expresa tímidamente en el Artículo 24 de la Constitución el derecho a la inviolabilidad de la correspondencias, y se dice tímidamente por que actualmente la correspondencia no son las simples cartas que en ese tiempo eran el medio de comunicación por excelencia y que hoy se ha quedado casi en el olvido, gracias a otras formas de comunicación. ¿Serán análogas estas situaciones a las que establece la Constitución? ¿Cómo aplicaría el principio de territorialidad de la ley a una publicación de Facebook o WhatsApp?, como se aprecia no es únicamente el hecho de buscar el caso análogo, hay otras situaciones vinculadas que necesitan de una interpretación.

Siempre será el fin último la justicia, eso es innegable, pero ¿qué tan factible es el sistema jurídico salvadoreño para dar respuestas rápidas, efectivas y completas para satisfacer las necesidades de justicia? O ¿hay que esperar un cambio en la norma?

La aproximación a los objetivos propuestos se lograra mediante un desglose temático de la problemática.

5.2.1. Las actividades legítimas del juzgador.

“Puede el juez en una actividad legítima, sobreponer sus resoluciones a derechos consagrados en el marco normativo, volviendo mínimos estos, por considerarlos inaplicables.”

Para iniciar con el planteamiento es necesario hacer algunas consideraciones previas, así la teoría jurídica tiene relación directa con las reglas por las cuales el derecho¹⁷⁴ se rige o han de condicionar su ejercicio, en este sentido han de incluirse enunciados como la interpretación¹⁷⁵, la validez de las consideraciones jurídicas, entre otros.

Esto nos lleva a un proceso de adecuación entre el derecho y un contexto, y su forma de realización. En cuanto a la premisa expuesta el problema principal se da cuando al determinar las libertades que tiene el juzgador sobre los asuntos concretos y de cómo la aplicación del derecho influirá en las categorías de ponderación de estos.

Ya para el autor Hans Kelsen la interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior. El autor Hans Kelsen acepta que toda norma, aunque sólo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual

174 *“El derecho se ocupa de ordenar las relaciones entre los agentes o las personas en una amplia variedad de niveles, y no solamente aquellas que tienen lugar dentro de un Estado o sociedad singularmente considerados.”* (Twining & Saldoval Villaba, 2003, pág. 122)

175 *“La teoría jurídica se refiere a una variedad de cuestiones conceptuales, normativas, empíricas e interpretativas”* (Twining & Saldoval Villaba, 2003, pág. 128)

es aplicada. En la medida o parte en que no lo determina, la norma superior es un marco abierto a varias posibilidades (o en todo caso, siempre por lo menos habrán dos) y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco. (Kelsen, 1982)

En cuanto a la tesis propuesta, es indispensable determinar el marco de referencia conceptual y normativa para determinar la validez de sus actuaciones.

Ya en un caso concreto esta situación sería, cuando el Juez absuelve a los imputados por delitos relativos a la trata de blancas, inducción a la prostitución, violación u otros relativos, por considerar que la víctima menor de edad, fue la que victimizó a los imputados, cuando ella les propuso prostituirse. (Martínez, 2010)

Sobre el caso concreto sería pertinente determinar los derechos vinculados, encontrándonos por una parte todas las prerrogativas que protegen a los menores en cuanto a su esfera jurídica y personal, así mismo por la misma calidad de menor es de resaltar los atributos que posee y aquellos de los cuales adolece, entre estos el ser incapaz.

En contraste a lo anterior los imputados gozan además de los derechos procesales, de algunas libertades, que la misma moral determinará, y ¿es que tener a su cargo prostíbulos implica un negocio lícito o legal?, ¿sería que el Juez con la resolución estaría legitimando este tipo de actividad, y el uso de menores en ella?, y si después del rescate de la menor, esta regresa a la prostitución, podría decirse ¿Qué es porque el juez lo ha avalado?

El problema se encuentra en la discrecionalidad del funcionario, y si esta es válida en virtud de la premisas dadas, ya centrándose en un derecho legítimo o en un abuso de su autoridad.

La norma es clara, proteger al menor, y por el mal uso de la discrecionalidad funcional, se olvida la protección al menor y aplica un análisis tratando de determinar otras situaciones adiciones que estarían alejados del centro del problema (core), a tal punto de lograr una

abstracción a un punto de penumbra que transgrede los principios elementales del derecho.

Pero este caso no es el único que la tesis habría de comprender, pues (Twining, 2003, pág. 122) considera que la *“teoría jurídica puede ser considerada como una tradición, como una ideología, y como la actividad de teorizar, es decir, de representar, discutir, argumentar y resolver cuestiones generales referentes a las materias del derecho como disciplina”*, lo que llama a la interrogante ¿existen jueces morales?

Si el manejo del propio razonamiento jurídico, o bien en la teoría jurídica analítica o bien en la normativa es también una *mera cuestión de conveniencia*. (Twining, 2003, pág. 146)

Sería ante todo una vinculación de este ente a la Teoría jurídica normativa, resumiéndose como un interlocutor entre el derecho, la política y la moralidad. (Twining, 2003, pág. 142)

Y es que el autor Daniel Maldonado Bonilla expresa: *“La idea de que los principios pueden ser ponderados, y el cuestionamiento que hace la separación conceptual entre derecho y moral, se razona, aparta radical e indebidamente justicia y derecho.”* (Bonilla, 2009, pág. 18)

El análisis del razonamiento en virtud de la moralidad en cuanto considera que el derecho es independiente de la moralidad, además sostiene que este desacuerdo no tiene una base en la moral sino en el hecho, es decir a los conceptos. (Atria, 1999, pág. 83)

Si la base normativa de la Sala de lo Constitucional es la Constitución y una ley adaptada por un grueso de jurisprudencia, ha de entenderse a la Constitución en sí misma como un fin moral último (Kelsen, 1982, pág. 354) y es que ya en su preámbulo determina *“Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en asamblea constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de el salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la*

persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista”

Además la interpretación vinculada a la norma Constitucional, (es decir la norma de carácter social, que refleja toda la expectativa de un pueblo) ha de darse en una tensión entre certeza y adecuación, (Twining, 2003, pág. 85) buscando un concepto adecuado a una realidad, que responda a un interés social.

Aquí la rigidez de la norma no permitiría la introducción de situaciones de penumbra, y es que el pacto social para que permanezca en el tiempo implicaría la adecuación de sus amplios principios a una realidad cambiante. **“Por lo tanto el deber ser ha de ser considerado como un deber ser moral en cuanto las necesidades sociales (valores morales) intervinientes se resalten.”**

Al respecto recuerdo la frase "*Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.*" (Couture, 2002), pero ¿cómo adaptar nuevas concepciones sin violentar la norma?

El autor Robert Alexy, al respecto propone (Atria, 1999) para casos en los cuales existe un espacio de penumbra entre el core y el caso, la utilización de lenguajes naturales (que denomina textura abierta) como un mecanismo para adoptar las situaciones a las normatividades, pero al caso, el problema sería que ante las facultades de la Sala, las resoluciones pueden tener un carácter de general y obligatorio cumplimiento, por lo que un lenguaje de textura abierta podría generar problemas de aplicación, he incluso, al ir mas haya la desobediencia ante resoluciones que sean consideradas contrarias a la Constitución.¹⁷⁶

176 Art. 8.- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

La idea será la integración de todo el sistema normativo constitucional a efecto de generar un razonamiento jurídico y un razonamiento moral¹⁷⁷, para combinar originalidad con tradición, y lograr así resoluciones ordenadas y acorde a las necesidades de la sociedad en los contextos que se desarrolla.

Ahora, en la realidad se han determinado salidas que muchas veces distan de ser jurídicas o sociales y pasan a ser políticas o de interés, como al principio de esta idea se establecía, situación que genera repercusiones en la concepción social de la institucionalidad, y aun peor desconfianza, que se traslada indefiniblemente a todo el órgano.

Esto nos lleva al análisis de la estructura jurisdiccional, y en la cúspide de esta, las Salas de la Corte Suprema de Justicia, entre ella la Sala de lo Constitucional, encargada directamente velar por el cumplimiento e interpretación última de la Constitución,¹⁷⁸ sin llegar a ser un Tribunal Constitucional como lo determina la doctrina, en cuanto a la independencia de los órganos del Estado.

Aquí se encuentran situaciones que han de ser resaltadas, primero es la dependencia de la Sala al Órgano Judicial, ya que en muchos casos se ha convertido en juez y parte; segundo la ley que regula su actividad por ser antigua ha sido condicionada por la jurisprudencia de la misma Sala; y tercero, no existe un sistema normado de jurisprudencia en el país, sumado a esto sus resoluciones tienen el carácter de definitividad, es decir no admiten ningún tipo de recurso o

Art. 87.- Se reconoce el derecho del pueblo a la insurrección, para el solo objeto de restablecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecido, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución.

El ejercicio de este derecho no producirá la abrogación ni la reforma de esta Constitución, y se limitará a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios transgresores, reemplazándolos de manera transitoria hasta que sean sustituidos en la forma establecida por esta Constitución.

Las atribuciones y competencias que corresponden a los órganos fundamentales establecidos por esta Constitución, no podrán ser ejercidos en ningún caso por una misma persona o por una sola institución.

177 Según la noción de Raz, (Twining & Sandoval Villaba, 2003, pág. 112)

178 Art. 174, 318, 182 Ord. 7, 183 de la Constitución.

revisión.

5.2.2. El papel activista de los Jueces.

Dar respuesta a esta idea implicará entender el valor del positivismo judicial, al respecto se entiende que se encuentra íntimamente ligado con los modelos de interpretación constitucional, en la medida que la misma Constitución deja reglas amplias que su aplicación será en virtud de análisis, que en trasfondo pueden tener injerencias políticas (Palacios Mejía, 2001, pág. 6 y 7), así el activismo en extremo no es bueno, porque puede entenderse como POPULISMO JUDICIAL al excederse de sus funciones y generen abuso del poder. Lo anterior con el agravante que este abuso se refugia en el mismo texto normativo; la opción sería por lo tanto un activismo por medio de una interpretación en equilibrio, limitándose por la Constitución, pero implicando elementos de discrecionalidad del Juez mediante actos reglados, sin anularla (Palacios Mejía, 2001, pág. 13). Se entenderá por lo tanto la regulación como aquella orientada a evitar que el Juez ingrese en áreas de la economía y política por sus sentencias, y la intromisión en el poder judicial generando ilegitimidad funcional.

Como resultado de un activismo mal logrado se generan:

- ❖ Politización de las Sentencias.
- ❖ Existencia de una intromisión del Poder Judicial en el Poder Legislativo, lo cual es ilegítimo.

5.2.3. El uso de la doctrina como medio de justificación de las resoluciones judiciales.

"Ante la falta de elementos de justificación normativos, el juzgador ha de hacer uso de la doctrina que sustenta la norma y a falta de elementos de justificación en ésta, el juzgador no debe utilizar doctrina alguna"

De una orientación de la teoría analítica es de entender que este problema se basa en aquellos casos difíciles, que requieren una interpretación adicional (Feteris, 2008, pág. 29), es decir, resolver por otros medios distintos de la norma la solución de los problemas.

Inicialmente sería menester definir el contexto sobre el cual la tesis ha de tomar sus elementos de valoración, primero, la justificación judicial de las resoluciones, en nuestro sistema jurídico se basa en la interpretación de la normas y esto se encuentra regulado en el Art. 19 del Código Procesal Civil y Mercantil¹⁷⁹, el cual hace referencia expresa de los medios de fundamentación de las resoluciones judiciales.

Es de entender por doctrina en materia jurídica, la consistente en la exposición científica o racional de los diferentes aspectos del derecho, elaborada por los juristas o expositores del Derecho. Así la Doctrina legal, será aquella doctrina que tiene fuerza de ley. En el artículo dicho, se expresa en sus enunciados a la doctrina legal y a la doctrina de los demás expositores del derecho, y esto se debe a una adecuación a la Ley de Casación, la cual en su Art. 3 Ord. 1 establece¹⁸⁰ la “**doctrina legal**”, no obstante en nuestro sistema tanto la jurisprudencia como la doctrina legal sólo tienen en principio, un valor informativo, ya que al no existir legislación que regule la forma de su aplicación y sus consecuencias jurídicas, no es posible volver imperativa su utilización y bastará que el tribunal justifique su aplicación o no, sin consecuencias ulteriores. Esta idea contrasta diametralmente con la concepción del sistema anglosajón (*common law*), en el cual la base del sistema será las resoluciones históricas de problemas, con un fuerte toque de

179 Integración de las normas procesales Art. 19.- En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso. Código Procesal Civil y Mercantil.

180 1º- Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes. (Ley de Casación)

oponibilidad al juzgador.

La importancia de la explicación por medio de la doctrina representará un elemento de información para el Juez o el abogado, y además constituye una fuente que orienta la aplicación de las leyes, cuando éstas, aparentemente no regulan determinadas situaciones. Pudiendo llegar a ser inclusive fuentes del derecho.

La jurisprudencia emanada por la Sala de lo Constitucional específicamente en los Procesos de declaratoria de inconstitucionalidad, vienen los únicos de carácter general y obligatorio cumplimiento, pues se considera que al ser la Sala de lo Constitucional el ente que goza de la exclusividad de realizar interpretaciones legales de la Constitución, estas interpretaciones tendrán un carácter similar a la Constitución misma, esto tiene como efecto que ningún Juez, funcionario o persona alguna puede alegar desobediencia a estas resoluciones¹⁸¹.

El problema jurídico normativo que tiene la Sala de lo Constitucional es que maneja el principio del valor del precedente en beneficio de la estructuración de su propia regulación.

5.2.4. Proceso de Adecuación y de Contextualización

En nuestro medio la elaboración de doctrina es escasa y la que existe no cuenta con mecanismos de validación adecuada, por lo que nos volvemos importadores de doctrina, de normas y de parámetros de aplicación.

Y ante un caso difícil ¿Cuáles serán las herramientas del Juzgador?

El Juez ante un caso concreto se encuentra con el problema de ante qué y cómo recurrir en

¹⁸¹ La única excepción viable es la insurrección, derecho que garantiza la Constitución para este tipo de caso.

la búsqueda del entendimiento de la norma, alcances y ampliación correcta de esta. Especialmente porque el sistema no le genera elementos de convicciones previas en forma ordenada. En el caso de que sea acucioso llegará a ideas foráneas que en el mejor caso le solucionen su problema, pero no necesariamente será una solución razonable y racional. (Atienza Rodríguez, 1987, pág. 191)

Tomando en cuenta que “El modelo contextual parte de la base de la estrecha relación entre derecho y sociedad” (Bonilla, 2009, pág. 22), la aplicación de la tesis del espejo sería ineficaz, ahora nace la interrogante ¿Cómo sería el proceso de contextualización que realizaría el Juez? y ¿Quién validará su actividad?

En cuanto a la primera, la respuesta ha de encontrarse en el intérprete mismo, es decir en su propio intelecto, será la razonabilidad el mecanismo intelectual que determinará a través de la aplicación del proceso de razonabilidad al caso concreto, siguiendo parámetros como los que determina el autor Manuel Atienza Rodríguez en su obra. (Atienza Rodríguez, 1987, pág. 193 y 194)

En cuanto a la segunda interrogante, la validación ha de tener dos componentes, por una parte, el que se origine del razonamiento aportado al caso y por otra los elementos de moralidad que acepten la resolución, ahora estos parámetros se han de encontrar en una formación previa en la sana crítica, que por el entendimiento del entorno se logre consolidar.

En cuanto a la segunda parte del planteamiento *si el Juzgador a falta de elementos de justificación en la norma, no debe utilizar doctrina alguna*, esto nos lleva a dos posibles salidas, por una parte la norma como elemento de derecho ha de tener un origen intelectual que genera los lineamientos y parámetros para su concreción, estos podrían encontrarse en un autor o en una realidad, y es así porque la norma no surge de forma espontánea, incluso diversas teorías han tratado la naturaleza del origen normativo, enmarcándolo desde un medio de control, de

opresión o como de expresión popular, por tanto, significación ideológica y pragmática; por otra parte, se tiene que el derecho se encuentra en un constante cambio y adaptación a las circunstancias cambiantes de los fenómenos sociales, es decir, ha de cambiar como ha de cambiar la sociedad, para lograr mantenerse en el tiempo resultará necesario cambiar de tanto en tanto las concepciones, pero esto tendrá que tener límites, ya que una teoría nueva sobre una norma vieja podría tener consecuencias jurídicas importantes, desde una afectación de derechos hasta una vulneración de la ley.

La norma ha sido creada para un contexto específico, implicando un tiempo y un lugar, no obstante esto podría considerarse alguna elasticidad en cuando a la incorporación de elementos doctrinarios nuevos siempre y cuando sean de la misma naturaleza, no es solo la historia determinante para su aplicabilidad, incluso al considerarse el sistema normativo como un conjunto de conceptos e ideas que eventualmente tienen significación diferente podría darse una aplicación extensiva, siempre orientado a su fin último, para esto puede valerse de los métodos de interpretación que se fundamentan en los argumentos lingüísticos (Feteris, 2008, pág. 32).

Ya en nuestro medio se da un ejemplo puntual con el Art. 24 de la Constitución ya que su texto garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, que en su tiempo fue un concepto completamente válido, pero en la actualidad en virtud de los avances de la tecnología, la comunicación telefónica no es el único medio de comunicación que se ha de proteger, en este sentido la premisa ha cambiado en cuanto a su entorno, pero el concepto de la comunicación telefónica se adapta para mantener una validez sin cambiar el sustrato del cual se origina la normatividad, y es proteger la privacidad.

Para cerrar con la idea resulta obligatorio hacer un análisis de dos conceptos vinculados directamente con la justificación que esta situación a de acompañar al proceso judicial y será la materialización de la interpretación realizada, esta tendrá que generarse en virtud de una

indeterminación no intencional del acto aplicación del derecho (Kelsen, 1982, pág. 350), el uso de la dogmática jurídica y una investigación en sociología jurídica.

Esto último es un reto para el Juzgador, pero es que él es un intelectual, consiente de su realidad, versado en derecho y amparado en la convicción de aplicar justicia y además imparcial.

Se propone un seguimiento estructurado para ese efecto:

1. determinación de la situación de íntima convicción del caso.
2. análisis y adecuación normativa de los elementos objetivos encontrados, mediante una interpretación de los textos de ley.
3. establecer un marco teórico y conceptual adecuado, para evitar las búsquedas infructuosas de información, para evitar la incorporación de elementos inapropiados.
4. determinación de las fuentes de las normas vinculadas, y la evolución de los conceptos intervinientes.
5. prever el alcance social de la aplicación de la resolución, sana crítica, uso de la psicología jurídica, etc.
6. establecer claramente sus enunciados y fundamentos, determinando los orígenes normativos y doctrinarios, así como la influencia que han proveído.

Todo esto traerá como consecuencia, solución adecuada de problemas jurídicos, por el manejo adecuado de la lógica jurídica, y la exclusión de la injerencia de los grupos de interés (Feteris, 2008, pág. 45) se aspiraría a una estandarización de resoluciones similares, así mismo y de ser necesario ante nuevas tendencias doctrinarias la posibilidad del cambio normativo en virtud de una necesidad manifiesta.

5.2.5. Alcances y Limitaciones de Control de Constitucionalidad

Por si misma la Constitución establece los límites del ejercicio del poder, siendo esta el instrumento pleno de regulación y limitación del poder del Estado frente a los particulares, pero con las condicionantes que la misma establecerá, siendo la primaria la que garantice la separación del ejercicio del poder, esto nos genera una esfera de protección sobre la injerencia Inter órganos del Estado.

El Control Constitucional está orientado al establecimiento de un sistema democrático, donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse pero asegurando las condiciones mínimas de dignidad. (Uprimnu, 2001, pág. 54). Así al hablar de ciudadanos libres e iguales hablamos de gobierno democrático.

El Control Constitucional implica una facultad política, que se refiere tanto a la Ley así como la interpretación que de esta hacen los Jueces. Por lo tanto, los Jueces Constitucionales, son actores por derecho propio en la definición legislativa de Políticas Públicas en todas las materias.

5.3. IMPACTO ESPERADO

El impacto esperado del presente trabajo definir las nociones para una teoría de la justicia en El Salvador, a partir del análisis crítico y reflexivo de los contenidos que se han presentado.

Se espera que las propuestas sean consideradas a efecto de crear una política judicial y legislativa que armonicen la forma de la generación jurisprudencia y de la doctrina legal en el país.

Se ha generado un aporte a la filosofía del derecho al socializar las diferentes teorías a un lenguaje sencillo y de más fácil comprensión en donde se procuró resaltar los aspectos que más influencia tienen en el quehacer cotidiano.

Desde una concepción academia se han presentado las teorías filosóficas del derecho más importantes, en forma ordenada y coherente a forma que puedan ser trasladados en un programa de educación superior.

Propone el reto de fomentar el estudio e investigación de temas relacionados con la filosofía jurídica.

5.4. CONCLUSIONES

1) Se cuenta en El Salvador con un sistema jurídico de tipo “eclético” en relación a las corrientes epistemológicas del ius positivismo y el iusnaturalismo, que hay logrado convivir con disimulada armonía, en espera de una catástrofe.

2) Por una parte la Constitución mantiene un corte positivista con rasgos garantistas en la constitución de derechos y establecimiento de los fines trascendentales. La problemática surge cuando se busca dar contenido Constitucional a la estructuración de las salidas alternas, puertas de escape, necesarias para solventar casos difíciles, excepcionales.

3) Ante la falta de orientación y la paciencia del normativo se han introducido al sistema elementos propios del iusnaturalismo, tales como la concepción del juez de la Constitución en el Código Procesal Civil y Mercantil, el uso de la oralidad, que evoca a la retórica y que se encuentra en varias áreas del derecho entre otras situaciones.

4) Se considera que la filtración de las tendencias naturalistas es buena, no es correcta la forma en cómo se presentan a los operadores, auxiliares y al público. En las ilustraciones 1, 2 y 3 se puede percibir claramente que existe además de confusión de los conceptos de la jurisprudencia, justicia y moral, estos conllevan a una mala aplicaciones de las prerrogativas que genera.

5) No lograr justicia en los niveles bajos del sistema judicial implica para el Estado un gasto innecesario de recursos que eventualmente llegarían a la Sala de lo Constitucional en referencia a un proceso Constitucional.

6) No es una situación propiamente económica, sino que también es necesario tomar en consideración la seguridad jurídica y la pronta y cumplida justicia, en el desarrollo de la investigación sobre las sentencias de la Sala de lo Constitucional es posible percibir una gran

numero de resoluciones similares, circunstancias diferentes pero la misma connotación y por lógica la misma respuesta del tribunal que es trasladada de caso en caso, algunas veces hasta con el mismo tipo de letra.

7) Lo anterior resta eficiencia al Tribunal generando retrasos en los tiempos de respuesta.

8) En cuanto a los tribunales de primera y segunda instancia, estos adoptan una posición cómoda y pasiva con relación al precedente o jurisprudencia, pues no se aplica a menos que sea necesario.

9) En cuanto a los usuarios del sistema judicial, estos tienen la facultad de exigir la aplicación de resoluciones jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, pero para eso antes tienen que contestar lo siguiente ¿Cómo lo demuestro? ¿Cuántas resoluciones tengo que presentar? ¿A dónde las encuentro? Estas simples preguntas tienen el poder de desanimar a cualquier litigante por que implican un arduo trabajo de búsqueda, interpretación y síntesis; y lo más desdichado es que lo reciba alguien que por no entenderlo no le preste atención.

5.5. RECOMENDACIONES

Se recomienda:

a) La creación de una oficina dependiente de la Corte Suprema de Justicia, que tenga por misión la recopilación, manejo, síntesis y facilitación de las sentencias de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, así como al recopilación de los criterios judiciales en una revista de acceso público. Que se establezca un método para la determinación de la jurisprudencia vigente en virtud de la sentencia hito, similar al estilo propuesto por el autor Diego López Medina (López Medina, 2011).

b) Que se genere una política judicial a efecto de apoderar a los operadores de justicia y en generar a todos los sujetos vinculados con la administración de la justicia, de los conocimientos mínimos en retórica y argumentación y la forma de aplicarse. Que esta política incluya la incorpore en el pensum de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas el estudio de la filosofía del derecho, el precedente, la argumentación y la jurisprudencia de caos desde una concepción teórico – práctico.

c) Sean uniformen las leyes a efecto de armonizar la concepción de la doctrina legal y la jurisprudencia en cuanto a su concepción y número de sentencias exigidas. Que en el paquete de reformas sea incluida la Ley de Procedimientos Constitucionales, para que incluya en forma integral y armónica todos los criterios que actualmente se manejan a nivel de resoluciones de Sala.

d) En vista de la indisoluble relación entre ética, moral y justicia, se dé un proceso de humanización en la sociedad, en especial en la comunidad jurídica, con el objeto de rescatar los valores y premisas sociales que en la turbulenta realidad que se vive resultan sumamente necesarias. Esta humanización se pretendería salga de los límites de la sentencia y se traslade

a una forma de vida, es posible mediante el modelaje de la moral y las justas actuaciones por parte de los aplicadores de la norma. Esto trae como consecuencia el respeto de la institucionalidad, credibilidad del sistema normativo y con esa armonía y respeto la legitimidad del sistema judicial.

5.6. PROPUESTA

Se propone que a partir de una minuciosa selección (por su idoneidad) se conforme una mesa de estudios jurídicos multidisciplinaria con carácter permanente a efecto que constantemente evalúe y analice los procesos de cambio jurídico que se dan el sistema salvadoreño, así mediante sus análisis se vinculen las expectativas de los ciudadanos, la realidad económica y los interés de los Órganos.

Lo anterior es necesario, porque en vista de la evidencia encontrada durante el estudio se denotan grandes discrepancias en los juicios del poder, y esto repercute en la desmotivación de los operadores y la desconfianza popular.

Sea considerado el presente estudio como estructura pedagógica para la implementación del estudio de la justicia en la Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

6. Bibliografía

Resoluciones judiciales

- 16-1999 Sentencias Definitivas de Inconstitucionalidad, 16-1999 (Sala de lo Constitucional 26/06/2000 26 de 06 de 2000).
- 28-2002 Sentencias Definitivas Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional 08/04/2003, 28-2002 (Sala de lo Constitucional 08 de 05 de 2003).
- 41-2000Ac Sentencia de Inconstitucionalidad, 41-2000Ac (Sala de lo Constitucional 13 de 11 de 2001).
- 61-2009 Sentencias Definitivas Inconstitucionalidad, 61-2009 (Sala de lo Constitucional 29 de 07 de 2010).
- Auto interlocutorio – sobreseimientos Amparo, Sala de lo Constitucional 358-2002, 385-2002 (Sala de lo Constitucional 27 de 02 de 2003).
- Auto interlocutorio – sobreseimientos Amparo, Sala de lo Constitucional 416-2002, 416-2002 (Sala de lo Constitucional 04 de 02 de 2003).
- Auto interlocutorio – sobreseimientos Amparo, Sala de lo Constitucional 650-2002, 650-2002 (Sala de lo Constitucional 07 de 02 de 2003).
- Casación Civil, 203/2010 (Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente 5 de 1 de 2011).
- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. (05/05/1992 Publicada en el Diario oficial de fecha 01/01/1948).

- *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.* (26 de agosto de 1789). Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* (05/05/1992 publicada en el Diario Oficial de fecha 10/12/1948).
- Declaratoria de Inconstitucionalidad, 5/99 (Sala de lo Constitucional 20 de 08 de 1999).
- Declaratoria de Inconstitucionalidad, 11/94 (Sala de lo Constitucional 24 de 02 de 1995).
- Sentencia de Inconstitucionalidad 7-L-95, 7-L-95 (Sala de lo Constitucional 03 de 05 de 1995).
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional 40-2009/41-2009, 40-2009/41-2009 (Sala de lo Constitucional 12 de 11 de 2010).
- Sentencia de Inconstitucionalidad 10-C-93, 11-C-93 (Sala de lo Constitucional 02 de 06 de 1993).
- Sentencia de Inconstitucionalidad 61-2009, 61-2009 (Sala de lo Constitucional 29 de 07 de 2010).
- Sentencia definitiva de amparo, Sala de lo Constitucional 144-2010, 144-2010 (Sala de lo Constitucional 26 de 3 de 2010).
- Sentencia Definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 300-2000, 300-2000 (Sala de lo Constitucional 12 de 02 de 2002).
- Sentencia definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 487-2000, 487-2000 (Sala de lo Constitucional 19 de 12 de 2000).
- Sentencia Definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 674-2001, 674-2001 (Sentencia Definitiva de Amparo, Sala de lo Constitucional 674-2001 23 de 12 de 2003).

- Sentencia definitiva de de Inconstitucionalidad 7-2008, 7-2008 (Sala de lo Constitucional 18 de 09 de 2009).
- Sentencia Definitiva, Cámara de la Segunda Sección de Oriente, Usulután, ENT-03-10-2012, ENT-03-10-2012 (Cámara de la Segunda Sección de Oriente, Usulután 03 de 10 de 2012).
- Sentencia interlocutoria de Inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional 7-2008, 7-2008 (Sala de lo Constitucional 18 de 09 de 2009).
- Sentencias Definitivas Cámara de Familia de la Sección de Occidente, Santa Ana 007-12-SA-F2, 007-12-SA-F2 (Cámara de Familia de la Sección de Occidente, Santa Ana 26 de 01 de 2012).
- Sentencias Definitivas de Amparo 34-A-96, 34-A-96 (Sala de lo Constitucional 26 de 06 de 2000).
- Sentencias Definitivas de Amparo de la Sala de lo Constitucional 285-2004, 285-2004 (Sala de lo Constitucional 24 de 05 de 2005).
- Sentencias Definitivas de Amparo de la Sala de lo Constitucional 560-2003, 560-2003 (Sala de lo Constitucional 26 de 05 de 2005).
- Sentencias Definitivas de Amparo de la Sala de lo Constitucional 569-2003, 569-2003 (Sala de lo Constitucional 17 de 05 de 2005).
- Sentencias Definitivas de Habeas Corpus Sala de lo Constitucional 10-G-96, 10-G-96 (Sala de lo Constitucional 10 de 11 de 1997).
- Sentencias Definitivas de Habeas Corpus, Sala de lo Constitucional 35-2004, 35-2004 (Sala de lo Constitucional 29 de 04 de 2004).
- Sentencias Definitivas de inconstitucionalidad Sala de lo Constitucional 19-98 , 19-98 (Sala de lo Constitucional 26 de 02 de 2002).

- Sentencias Definitivas de Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional 11-2005, 11-2005 (Sala de lo Constitucional 29 de 4 de 2011).
- Sentencias Definitivas Inconstitucionalidad, Sala de lo Constitucional 61-2009, 61-2009 (Sala de lo Constitucional 29 de 07 de 2010).
- Sentencias Definitivas Sala de lo Civil 86-APL-2011, 86-APL-2011 (Sala de lo Civil 09 de 12 de 2011).
- Sentencias Definitivas Sala de lo Contencioso Administrativo 85-F-2004, 85-F-2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo 02 de 10 de 2009).

Normativa jurídica

- *Acta de Independencia de la Provincia.* (21/07/1821). El Salvador.
- *Código de Derecho Internacional privado.* (08/05/1970, publicado en el Diario Oficial de fecha 10/06/1931).
- *Código de Ética Judicial de El Salvador.* (17/12/2013 Publicado en el Diario Oficial 24 de fecha 06/02/2014).
- *Código de Trabajo.* (de fecha 23/06/1972 publicado en el Diario Oficial 142 de fecha 31/07/1972).
- *Código Electoral.* (14/12/1992 Publicado en el Diario Oficial 16, de fecha 25/01/1993).
- *Código Municipal.* (de fecha 31/01/1986. Publicado en el Diario Oficial número 23 de fecha 05/02/1986).

- *Código Procesal Civil y Mercantil*. (18/09/2008 Publicado en el Diario Oficial 224 de fecha 27/11/2008).
- *Código Procesal Penal*. (22/10/2008 publicado en el Diario Oficial 20 de fecha 30/01/2009).
- *Código Tributario*. (14/12/2000 publicado en el Diario Oficial 241 de fecha 22/12/2000).
- *Constitución de 1962*. (08/01/1962. Publicado en el Diario Oficial de fecha 08/01/1962).
- *Constitución de la Republica de El Salvador*. (14/12/1983, DO 16/12/1983).
- *Constitución Frustrada De 1885*. (1885 23/11/1885. Publicación en el D.O.: 23/11/1885).
- *Constitución Política*. (10/03/1864. publicado en el Diario Oficial de fecha 19/03/1864).
- *Constitución Política de 1886*. (13/08/1886. Publicación en el D.O.: 13/08/1886).
- *Constitución Política de 1886*. (20/11/1945 Publicada en el Diario Oficial de fecha 10/11/1945).
- *Constitucion Política de 1939*. (Constitucion Política de 1939 20/01/1939. Publicación en el D.O.: 20/01/1939).
- *Constitucion Política de El Salvador de 1950*. (14/09/1950, publicado en el Diario Oficial de fecha 14/09/1950).
- *Exposición de Motivos de la Consitución de la República de 1983*. (22/07/1983 publicada en el Diario Oficial de fecha 22/07/1983).
- *Ley Agraria*. (22/08/1941 publicada en el Diario Oficial 66 de fecha 21/03/1942).
- *Ley Básica de la Reforma Agraria*. (05/03/1980, Publicado en el Diario Oficial numero 46 de fecha 05/03/1980).

- *Ley de Casación*. (31/08/1953 publicado en el Diario Oficial 229 de fecha 09/12/1969 (DEROGADA)).
- *Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por El Estado* . (25/07/1939, Publicado en el Diario Oficial 174 de fecha 17/08/1939).
- *Ley de la Carrera Docente*. (07/03/1996 Publicada en el Diario Oficial 58 de fecha 22/03/1996).
- *Ley de Minería*. (14/12/1995 Publicado en el Diario Oficial 16 de fecha 24/01/1996).
- *Ley de Procedimientos Constitucionales*. (14/01/1960 publicado en el Diario Oficial 15 de fecha 22/01/1960).
- *Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal* . (01/09/2010. publicado en el Diario Oficial 169 de fecha 10/09/2010).
- *Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita* . (07/11/2013. Publicado en el Diaro Oficial 223 de fecha 28/11/2013).
- Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. (13 de abril de 1983). A/CN.4/368. ONU.
- *Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa*. (28/07/2005 Publicado en el Diario Oficial 198 de fecha 25/10/2005).

Libros y documentos

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (E. G. Valdez, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y validez del derecho* (2 ed.). (J. M. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Aquino, (. (1981). *Los Mandamientos*. (S. Abascal, Trad.) México: Tradición.
- Aristóteles. (1931). *Ética a Nicomaco* (Vol. Obras completas VI). (F. G. Palés, Trad.) Madrid: Imprenta de L. Rubio.
- Aristóteles. (1948). *La Consitutción de Atenas*. (A. Tovar, Ed., & A. Tovar, Trad.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Aristóteles. (1973). *Ética Nicomaquea* (5 ed.). (A. G. Robledo, Trad.) Mexico: Porrúa.
- Aristoteles. (s.f.). *La Política*. (N. Estévanez, Trad.) Paris: Casa Editorial Garnier Hermanos.
- Atienza Rodríguez , M. (1987). Para una defincion razonable. *Doxa*, 4, 191.
- Atria, F. (1999). Del Derecho y el razonamiento jurídico. *DOXA* 22, 83.
- Bachof, O. (1987). *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas.
- Barberena, S. I. (1914). *Historia de El Salvador* (Vol. Tomo I). San Salvador: Imprenta Nacional.
- Bechara Llanos, A. Z. (2011). *La Ponderación y los Derechos Fundamentales*. Cartagena de Indias: Editorial Universidad Libre Sede Cartagena.
- Belaunde, D. G. (1975). *La Justicia en los orígenes de la filosofía del Derecho* . Lima: Sociedad Perunana de Filosofía.
- Belaunde, D. G. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. TEMIS.

- Bobbio, N. (1980). *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate.
- Bonilla, M. D. (2009). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico.
- Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en derecho civil*. México: Cajica.
- Cabañas García, J. C., Garderes Gasparri, S., & Canales Cisco, O. A. (2011). *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado* (2da ed.). San Salvador: Unidas Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, CNJ.
- Carbonell, M. (2004). *Los Derechos Fundamentales en México*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Cárcamo, C. (2011). *Pensamiento y lenguaje. Conectando a individuo y sociedad*. Valdivia: Universidad Austral de Chile.
- Clará, M. A. (27 de 04 de 2014). Valor limitado de jurisprudencia. *El Diario de Hoy*, pág. 5. Obtenido de <http://www.elsalvador.com/noticias/EDICIONESANTERIORES/EDITORIALES/edito6.html>
- Corominas, F. (2012). *Educación Hoy. Instintos Guía. Periodos Sensitivos* (19 ed., Vol. 1). Madrid: Palabra.
- Corporación, L. (2013). *Informe 2013*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro.
- Couture, E. J. (2002). Los Mandamientos del Abogado. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, LII(238).
- Dromi, R. (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Londres: Harvards University Press.
- Dworkin, R. (2002). *Los Derechos en serio*. (G. M, Trad.) España: Ariel.

- Esquirol, J. (2009). *El derecho fallido en América Latina*. (9/01/2009 ed.). Colombia: Legispress.
- Fernández, E., & Laporta, F. (1966). El Derecho y la Justicia. En H. Kelsen, *La Doctrina del Derecho Natural ante el Tribunal de la ciencia* (pág. 215). Madrid: Trotta.
- Fernandez, R. S., & Monroy Campero, A. (1986). *Curso de Teología Moral*. México: Minos.
- Feteris, E. T. (2008). *Fundamentos De La Argumentacion Jurídica: Revision De Las Teorias Sobre La Justificacion De Las Decisiones Judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fraga, F. A. (2005). La teoría de la justicia en el estado natural y en el estado político, según Hobbes. *Pensamiento*, 61(229), 95-116.
- Haba Muller, E. P. (2004). *Axiología Jurídica Fundamnetal*. San José: Universidad de Costa Rica.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (M. J. Redondo, Trad.) Madrid: Trotta.
- Hammergren, L. (2007). *Envisioning Reform Improving Judicial Performance In Latin America*. Pennsylvania : The Pennsylvania State University Press University Park.
- Harnecker, M. (2005). *Loc conceptos elementales del materialismo histórico*. México: Siglo XXI Editores, S. A. de C. V.
- Hart, H. L. (1980). *El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral en Dwonkin, R. M.* Mexico: Donde de Cultura Económica.
- Hart, H. L. (2004). *El concepto de Derecho*. (G. Camó, Trad.) Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Hobbes, T. (1964). *Liviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Hobbes, T. (2005). *Leviatan o la materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Huffman, C. (Fall 2011 Edition). Pythagoras. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Obtenido de: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/pythagoras/>
- Issac, D. (2003). *La Educación de las virtudes humanas y su evaluación*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A.
- Jenofonte. (1993). *Recuerdos de Sócrates- Económico - Banquete - Apología de Sócrates*. (S. Pacheco, Ed., & J. Zaragoza, Trad.) Madrid: Gredos, S. A.
- Juan Jacobo, R. (2008). *El Contrato Social*. Valladolid: Naxtor.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.) México: UNAM. Obtenido de www.unam.edu.mx
- Kelsen, H. (1988). Teoría General del Derecho y Del Estado. En H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y Del Estado* (E. G. Máñez, Trad., pág. 4). Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- La protección estatal de los derechos humanos. (2000). En L. P. Sanchís, *Diccionario crítico de los Derechos Humanos* (pág. 201). Huelva.
- Lopez Medina, D. (2011). *El Derecho de los Jueces en América latina: historia, usos y técnicas*. San Salvador, El Salvador: USAIS CAFTA-DR.
- López Medina, D. E. (2006). *Interpretación Constitucional* . Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Marrou, H. (1978). *Teología de la Historia*. Madrid: Rialp.

- Martínez, C. (12 de 12 de 2010). Así se hace justicia en Santa Ana. *El Faro*. Obtenido de www.elfaro.net/es/201012/noticias/3090/
- Mena Guerra, R. (2011). *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*. San Salvador: USAID.
- Montecino Giralt, M. (ene/jun de 2011). El amparo en El Salvador: finalidad y derechos protegibles. *IUS*, 5(27), 124-144. Recuperado el 01 de 08 de 2015, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100007#nota
- Montecino Giralt, M. A. (2007). Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control. *Tendencias actuales del amparo en El Salvador*, 399-418. Recuperado el 1 de 10 de 2014, de <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20071/pr/pr20.pdf>
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. (S. G. Mazo, Trad.) Madrid: Hijos de MG Hernandez.
- Negri, H. (1976). *La Justicia en el libro I de "La República"*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/237275033/Negri-La-Justicia-en-El-Libro-I-de-La-Republica-de-Platon>
- Ojeda Bohorquez, R. (2001). *El amparo contra normas con efectos generales*. México: Porrúa.
- Ost, f. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 8, 101-130.
- Palacios Mejía, H. (2001). *En control constitucional en el Tropicó*. Colombia: Precedente.
- Palma, L. M. (18 de julio de 2001). Es necesario transformar el Estado para poder refundar la Nación. *INFOBAE*.

- Pattaro, E. (1980). *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Perelman, C. (1964). *De la justicia*. (R. Guerra, Trad.) México: UNAM.
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Platón. (1871). *Menon - Platón, Obras completas* (Vol. 4). (P. d. Azcárate, Ed.) Madrid: Patricio de Azcárate. Obtenido de <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf04275.pdf>
- Platón. (1885). *Platón - Diálogos Socráticos* (2 ed., Vol. I). (J. De Vargas, Trad.) Madrid: Biblioteca Económica Filosófica. Obtenido de http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080021716/1080021716_01.pdf
- Pro Ruiz, J. (2001). La formación de la clase política liberal en España (1833-1868). (M. G. Portilla, Ed.) *Historia Contemporánea*, 445-481.
- Puig Brutau, J., & Roca i Trias, E. (2006). *La Jurisprudencia como fuente del Derecho* (2da ed.). Barcelona: Bosh, S. A.
- Radbruch, G. (1946). Injusticia legal y de derecho. *Süddeutschen Juristen-Zeitung*, 105-108.
- Raphael, D. D. (1986). *Filosofía Moral*. (J. J. Utrilla, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2000). *Teoría de la Justicia* (2 ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, C. (1997). *La Decisión judicial: el debate Hart - Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Rojas Amandi, V. (2012). *La Ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

- Rousseau, J.-J. (1868). *El Contrato Social : Ó Sea Principios Del Derecho Político*. Barcelona: De Manero.
- *Rule of Law Index*. (2015). Washington: World Justice Project.
- Sánchez, E. A. (1998). *El Significado Actual de la Constiución*. Mexico: UNAM.
- *Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento*. (2009). (C. De Reina, Trad.) Salt Lake City, Utah, EUA: La Iglesia de Jesucristo.
- *Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento*. (2009). OCEANO.
- Sartori, G. (2000). *La Sociedad Teledirigida*. Madrid: Tecnos.
- Sen, A. (2011). *La idea de la Justicia*. México: Pensamiento.
- Squella Narducci, A. (2000). *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Twining, W., & Saldoval Villaba, C. (2003). *Derecho y Globalizacion*. (O. Guardiola Rivera, C. Sandoval Villalba, & D. E. López Medina, Trads.) Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes.
- Uprimnu, R. (2001). *Legitimidad y conveniencia del control Constitucional de la economia*. Cali: ILSA.
- Vergottini, G. d. (2004). *Derecho Constitucional Comparado*. (C. Herrera, Trad.) Mexico: UNAM.
- Weber, M. (1967). *La Política como Vocación, en el Político y el Científico*. Madrid: Alianza Editorial.
- Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (1ra ed.). Bogotá: ILSA.

- Zamora y Barrientos vrs. Decreto número 5, 4-94 (Sala de lo Consitucional 6 de 13 de 1995).

7. ANEXOS

7.1. Hoja de encuesta.

La presente encuesta se realiza con el objeto de obtener información sobre el que hacer judicial en cuanto la influencia de las corrientes del derecho natural en el Derecho Constitucional, en virtud del Estudio denominado “*La influencia de ius naturalismo en el axioma de la Justicia en el Derecho Constitucional Salvadoreño*”, parte de la Maestría en Estudios Judiciales de las Universidades UNICO, ESEN, DR. JOSÉ MATÍAS DELGADO.

La naturaleza del estudio es eminentemente académica, por lo que la información recolectada es confidencial y no presente en ningún momento una opinión oficial.

1. ¿En qué circunstancias una resolución judicial puede ir en contra de lo expresamente establecido por la ley? (Puede marcar más de una)

a. Inaplicación de ley	24
b. Atente contra la justicia	10
c. Afecte derechos humanos	8
d. Por acuerdos de las partes	
e. En ningún caso	2

2. Para Ud. la moral es: (Puede marcar más de una)

a. Su forma de vivir	8
----------------------	----------

b. Un parámetro de conducta social	24
c. El reflejo de la justicia	8
d. No existe realmente	4
e. Parte de la fe (religión)	4

3. ¿Existe relación entre la moral y el derecho?

[32] Si. [8] No.

4. ¿Es utilizada la moral en la actividad judicial?

[34] Si. [6] No.

5. La figura del Juez la visualiza como: (Marque solo una)

a. Mediador entre la ley y las partes	6
b. Aplicador de la ley	34
c. Aplicador de la ley en virtud de su propio criterio	8

6. Se considera un juez de: (Marque solo una)

la justicia	32
la ley	8

7. ¿Existe fundamento legal para la jurisprudencia en El Salvador?

[36] Si. [4] No.

8. La jurisprudencia implica:

a. Dictar resoluciones en el mismo sentido	28
b. La resolución de un caso en específico	8
c. Una opinión mas	0
d. ser un anexo a la ley, obligatoria	4

9. Cuando considera que existe jurisprudencia

a. Una resolución de la Sala de lo Cn.	4
b. Dos resoluciones en el mismo sentido	0
c. Tres resoluciones en el mismo sentido	36
d. cuando se revisa el caso en 2 da instancia	0

10. ¿Se puede inaplicar la jurisprudencia?

[22] Si.

[18] No.

11. ¿Quién genera jurisprudencia?

a. todos los tribunales	4
b. las Cámaras	4

c. las Salas	32
d. exclusivamente la Sala de lo Const.	0
e. Asamblea Legislativa	0

12. ¿Ha sido capacitado en argumentación e interpretación Constitucional?

a. Si, por la institución	12
b. Si, por mi propia cuenta	4
c. no	24

TABULACIÓN DE DATOS

7.2. DATOS RECOLECTADOS Y TABULADOS

Ilustración 1



Ilustración 2



Ilustración 3

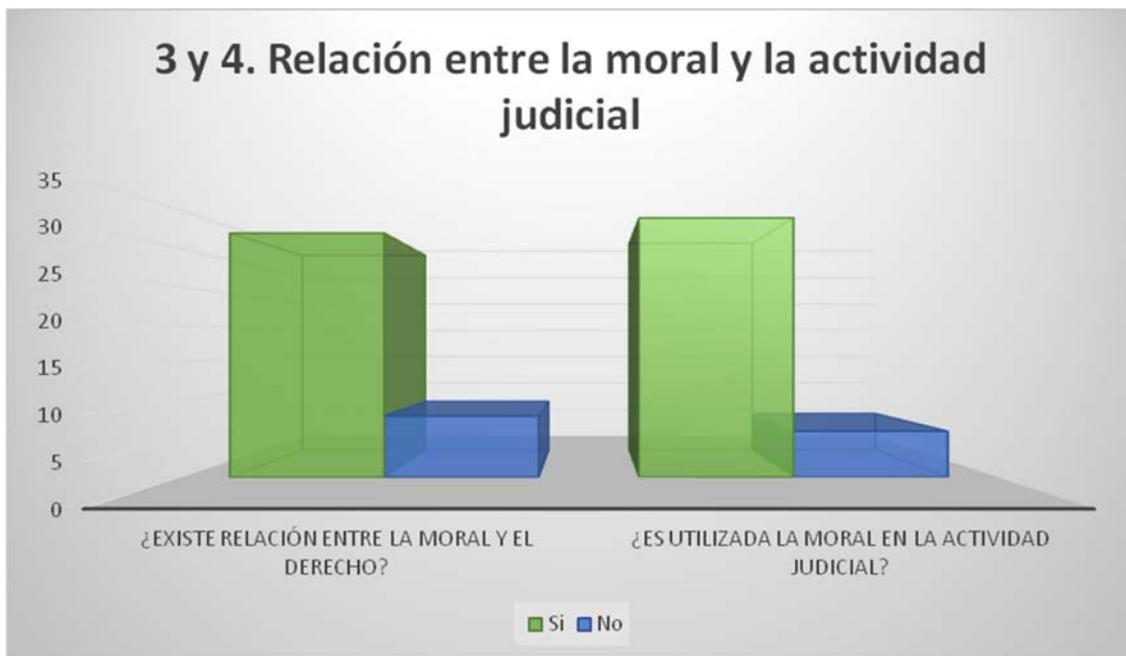


Ilustración 4



Ilustración 5



Ilustración 6

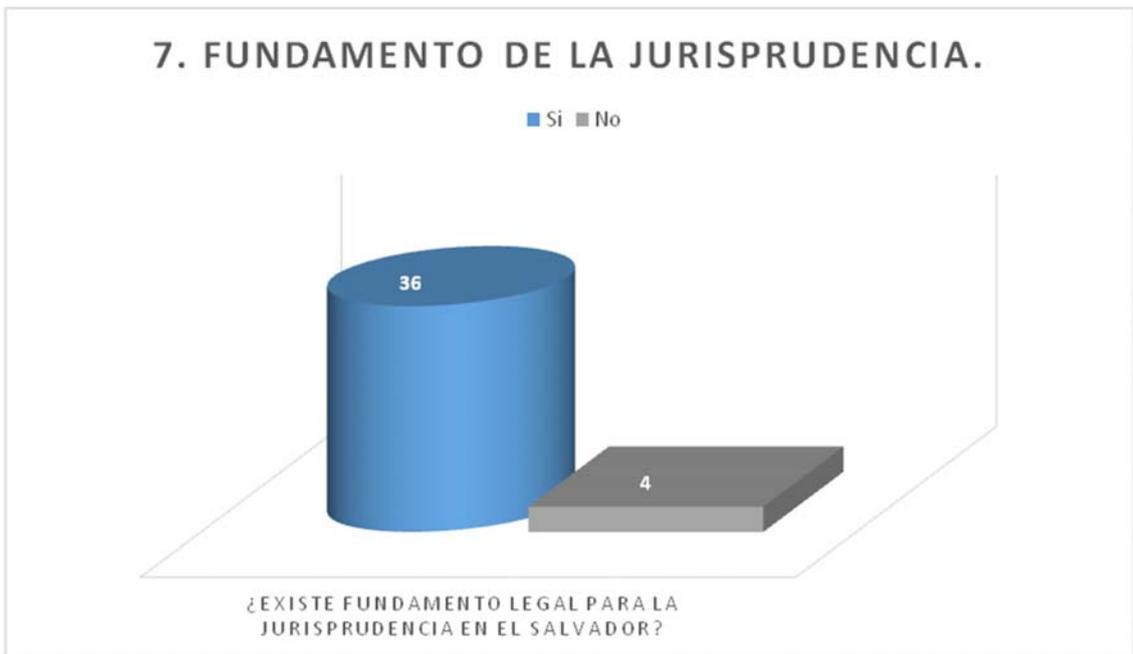


Ilustración 7

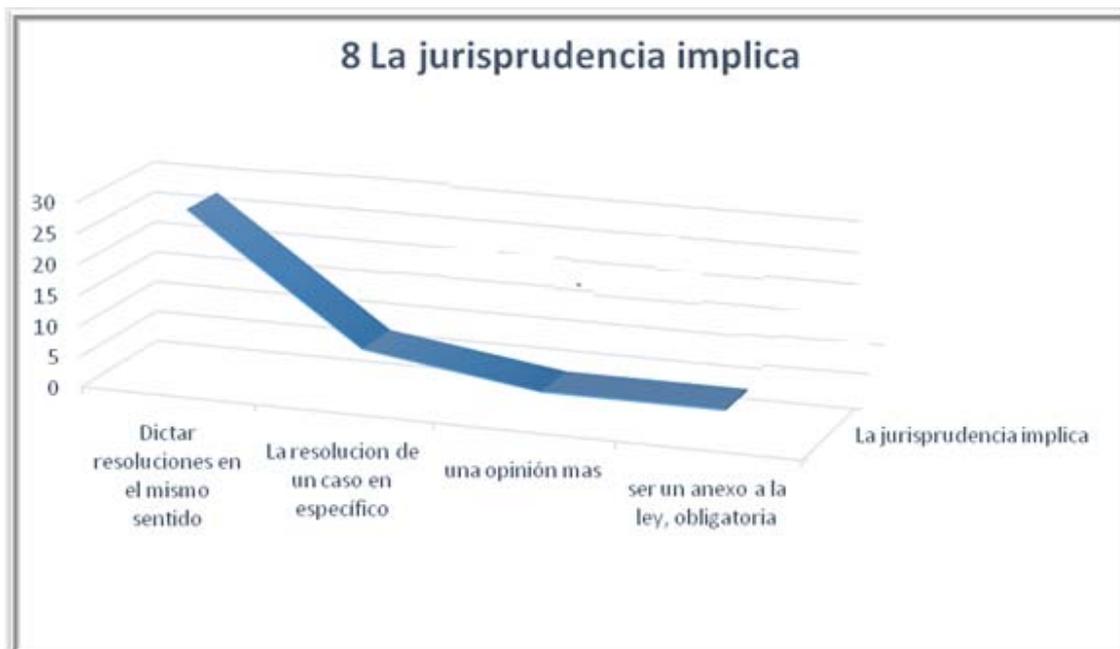


Ilustración 8

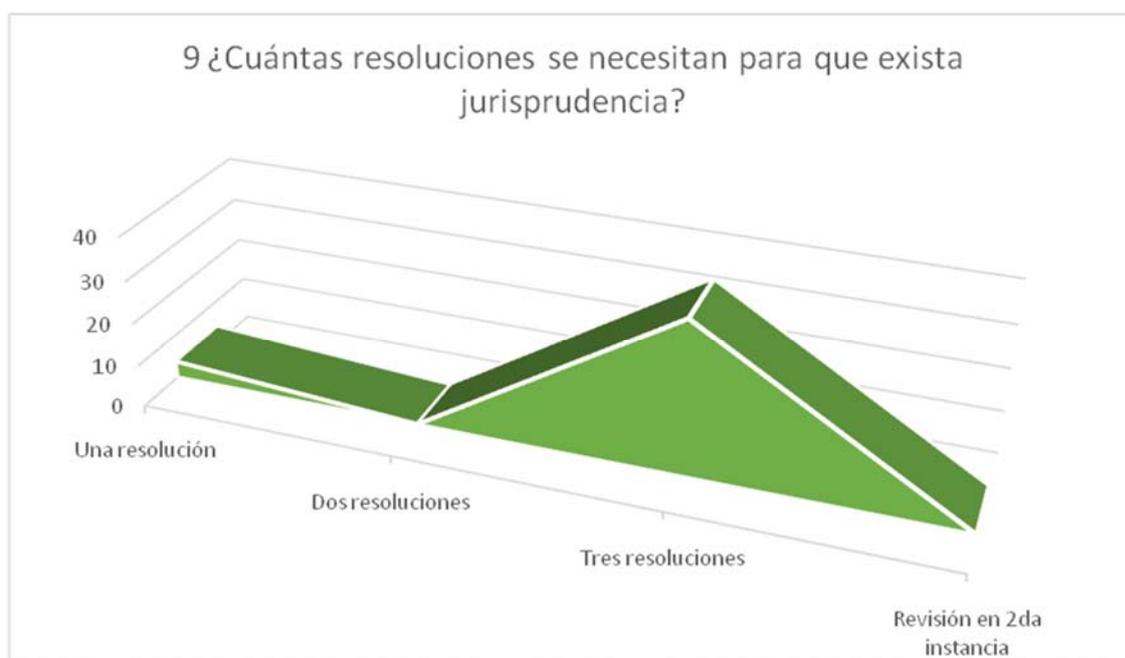


Ilustración 9

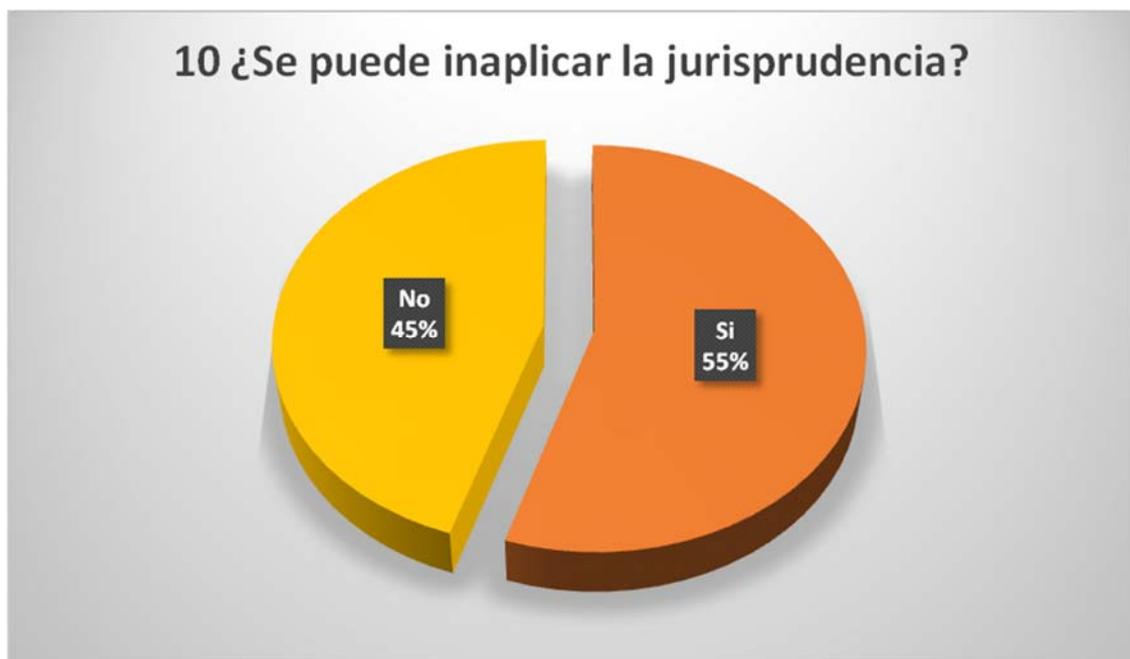


Ilustración 10

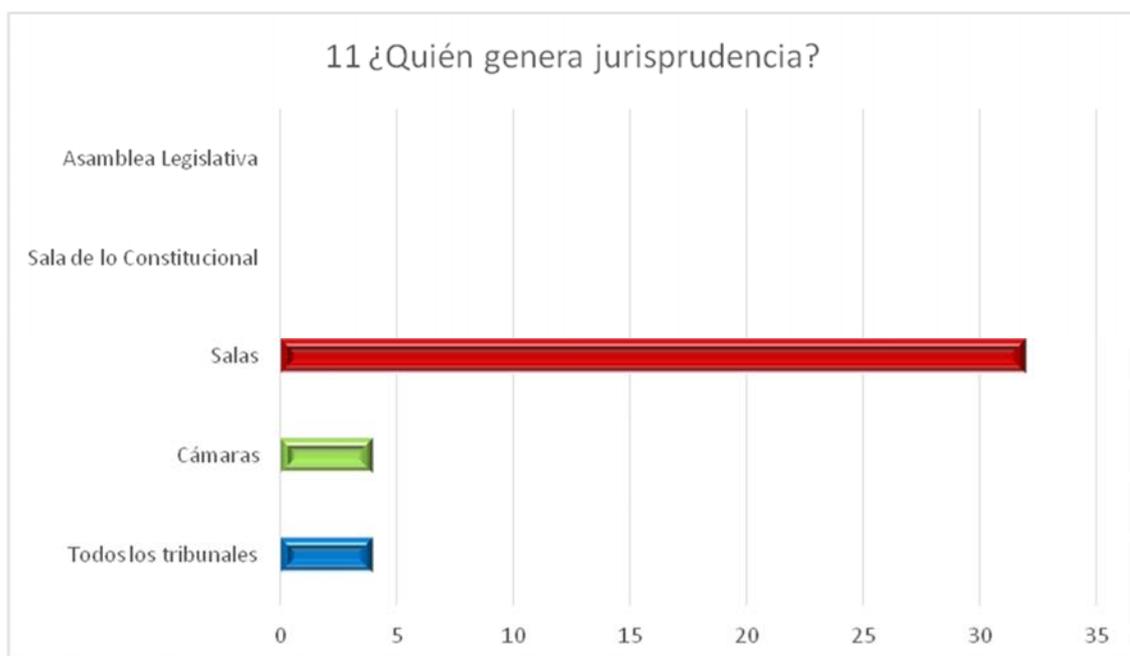
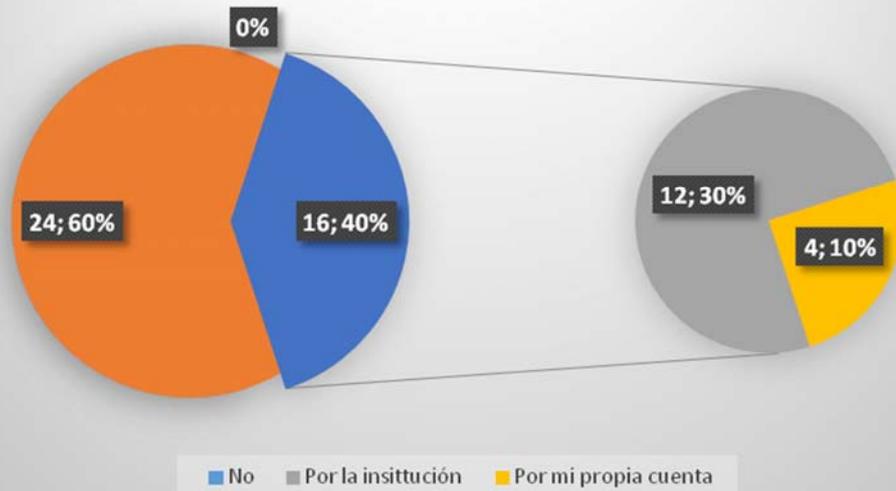


Ilustración 11

12 ¿Ha sido capacitado en argumentacion e interpretacion Constitucional?



7.3. GLOSARIO TÉCNICO

- A -

AMPARO:

Proceso de defensa de la constitucionalidad ante la competencia de la Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por la violación de los Derechos constitucionales con excepción del de Libertad ambulatoria, se encuentra establecido por los artículos 174, 184, 247 constitucionales.

ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD:

Caracteres propios de la persona humana, innatos por su propia naturaleza. Son los siguientes: nombre, domicilio, estado familiar, nacionalidad y patrimonio.

AXIOMA, verdad incontrovertible, que no necesita comprobación.

AXIOLOGÍA, ciencia que estudia la moral

- C -

CARDINALIDAD, hace referencia a las musas griegas que representan las virtudes.

CLASE POLÍTICA, grupo relativamente pequeño de activistas que solo viven "para la política" desarrollando carreras que les permiten vivir de ella

CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS, códigos de conducta basados en la razón humana y bajo lineamientos éticos, son personales e individualizados, y por esto mismo no coercitivos.

COMUNIDAD INTERNACIONAL:

El conjunto de Estados organizados a nivel mundial o zonal, con el objeto de cooperación, solidaridad, comercio y autocontrol. Se manifiesta a través de organismos como la Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, etc.

CONVENCIÓN:

Acuerdo vinculante entre Estados; es también llamada Tratado y Pacto. Las convenciones vinculan legalmente a los gobiernos que las firman, teniendo mayor fuerza que las Declaraciones.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH):

Institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- D -

DECLARACIÓN:

A diferencia de la Convención es un acuerdo sobre normas que no es legalmente vinculante y se materializa en un documento.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH):

Adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Es un documento esencial de las Naciones Unidas en el que se determinan los criterios y normas por los que se rigen los derechos humanos. Todos los Estados Miembros se han manifestado de acuerdo en dar cumplimiento a la DUDH. Aunque la intención era que esta declaración tuviese carácter no vinculante, con el paso del tiempo sus diversas provisiones han recabado considerable respeto de los Estados, de tal forma que hoy en día se puede decir que son parte del Derecho

Internacional Consuetudinario.¹⁸²

DERECHO:

Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.

DERECHO CONSTITUCIONAL:

Rama de la ciencia del Derecho, que se especializa en el estudio de la Constitución.

DERECHO NATURAL:

Tomando a Ulpiano (Digesto, I, I, 1, 2 - 4) "*is naturale est quod natura Omnia animalia docuit*", es decir, el Derecho natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales.

Derechos inherentes al ser humano, por su propia naturaleza, con carácter inalienable e imprescriptible.

DERECHOS HUMANOS:

Son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente

¹⁸² Tomado de <http://www.crin.org/en/library/news-archive/better-care-network-bcn-regional-technical-knowledge-management-specialist>

moral (Carbonell, 2004, pág. 5).

DERECHOS FUNDAMENTALES

Se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental.

Robert Alexy dice: “El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es propio de las posiciones iusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido. (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 63 y 412)

DERECHO POSITIVO:

Hace referencia a la norma aplicable, es decir, tomada como válida por el pueblo.

DIGNIDAD:

Reconocimiento que se le da a la persona humana como parte de su carácter y valor ante el Estado y los demás.

- E -

EQUIDAD:

Aristóteles: “Lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. (...) Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.” (Aristóteles, 1973, pág. 262)

ENUNCIADOS DE VALIDEZ NORMATIVA, son los derechos resultantes del proceso de incorporación.

EPISTEMOLOGÍA:

Doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico. (Carbonell, 2004)

ESTADO FUERTE – ESTADO DÉBIL. Hacer referencia a si su sistema normativo es rígido o flexible.

EXPROPIACIÓN. Es la privación de la propiedad por ministerio de ley por la cual se recibe una compensación, por causa de utilidad pública o interés social.

- F -

FILOSOFÍA DEL DERECHO:

Tiene por objeto de estudio al derecho, al Derecho natural y al Derecho positivo conjuntamente, con la finalidad de definir al derecho en cuanto a su validez, coerción y fundamentación.

GARANTÍAS:

Son el complemento necesario de los derechos protegidos del individuo, pues implican los mecanismos que orientan y protegen su efectividad.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:

Conjunto de declaraciones, medios y recursos que establece la Constitución y las leyes para asegurar a los ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen.

GARANTÍAS INDIVIDUALES:

Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos. De esta forma, puede haber garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumir se en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”. (Carbonell, 2004)

GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO:

Principio jurídico procesal de carácter constitucional, por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso.

GLOBALIZACIÓN:

El acto de volver una práctica de carácter regional a un nivel de aplicación mundial, o al menos de reconocimiento global.

- I -

IUS: La cosa justa, el derecho.

IUSNATURALISMO:

Escuela de pensamiento jurídico, que desde consideraciones científicas y filosóficas, propone la existencia del Derecho natural.

IUSPOSITIVISMO:

Escuela de pensamiento jurídico, que desde consideraciones eminentemente científicas, considera que el derecho solo lo es el positivo. Tiene como principal expositor a Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho.

- J -

JUSTICIA:

SANTA BIBLIA. En la Biblia los pasajes más importantes que se refieren a la justicia son:

“No harás injusticia en el juicio; no favorecerás al pobre ni complacerás al grande; con justicia juzgaras a tu prójimo” (Levítico 9:15) (Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, 2009, pág. 206

b)

“Pero si hay otros daños, entonces pagaras vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.”(Éxodo 21:31-25) (Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, 2009, pág. 131 b)

“Oísteis que fue dicho: Ojo por ojo, y diente por diente. Pero yo os digo: No resistáis al malo; antes bien, a cualquiera que te golpee en la mejilla derecha, vuélvele también la otra;”(Mateo 5: 38-39) (Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, 2009, pág. 1512 b)

Heráclito, *“El sol no desviará un solo paso de su trayectoria, so pena de que las diosas del Destino, las emisarias de la Justicia, lo encuentren y lo vuelvan de inmediato a su curso”*. (Squella Narducci, 2000, pág. 6)

Empédocles, Tratando de justificar el universo expresa: *“Lo que es justo puede muy bien ser expresado dos veces”* (Belaunde D. G., 1975, pág. 16).

Demócrito, *“Quien comete injusticia es más desafortunado que el que la sufre”; “La ley tiene su base en la justicia, y por eso es que la polis debe ser gobernada por aquella”; “La justicia consiste en hacer lo que se debe, la injusticia es omitir el deber, esto es, dejarlo de lado”* (Belaunde D. G., 1975, pág. 10)

Sócrates, En los recuerdos de Jenofonte: *“la justicia y las demás virtudes en general son sabiduría, pues las acciones justas y todo cuanto se hace con virtud es bello y hermoso, y ni quienes las conocen podrían preferir otra cosa a cambio, ni quienes no las conocen podrían llevarlas a cabo, sino queerrarían aunque lo intentaran”* (Jenofonte, 1993, pág. 131)

Trasímaco de Tarso, En el libro la República de Plantón, precisamente en el Libro I: *“[...] la justicia y lo justo es en realidad un bien ajeno, conveniencia para el poderoso y en el gobernante y daño propio del obediente y sometido; y que la injusticia es lo contrario, y que gobierna a los que son de verdad sencillos y justos, y que los gobernados realizan lo conveniente para el que es más fuerte, y sirviéndole, hacen a éste feliz, pero de ninguna manera a sí mismo”*. (Negri, 1976, pág. 40)

Aristóteles, *“Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales.”*

Hans Kelsen, *“El deseo de justicia es tan elemental, está tan profundamente arraigado en la mente humana porque es una manifestación del indestructible deseo del hombre de alcanzar su propia felicidad subjetiva”*

“La búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo y por ello la busca en la sociedad”

Chaïm Perelman, Propone que tanto la justicia formal y abstracta como *“un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera.”* (Perelman, 1964, pág. 28)

Tomás de Aquino, En consecuencia, la equidad no es algo distinto de lo justo, sino algo justo que es mejor que lo justo legal. Dicho brevemente: lo equitativo es justo, y, a la vez, mejor que lo justo legal. (Aquino, 1981)

John Rawls, *“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”.* (Rawls, 2000, pág. 17)

Herbert Lionel Adolphus Hart, en su obra "El concepto de Derecho" (Hart, El concepto de Derecho, 2004, págs. 192-208), afirma que una norma jurídica es buena porque es justa o injusta, pero no es justa porque es buena, o injusta porque es mala.

Thomas Hobbes *“... los hombres, antes de pactar entre sí, vivían en un estado de guerra de todos contra todos, por tanto carente de justicia. Tampoco había leyes, ni propiedad, ni civilización alguna. En concreto, no existían los derechos, y por tanto era imprescindible buscar una solución eficaz. Deciden por mutuo acuerdo nombrar un garante de sus derechos y obligaciones; entonces nace el Estado y sólo a partir de ese momento queda instaurada la justicia”* (Fraga, 2005, pág. 1)

“En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia, no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones. Son, aquéllas, cualidades que se refieren al hombre en sociedad, no en estado solitario. Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio, ni distinción entre *tuyo* y *mío*,” (Hobbes, *Liviatán*, 1964, pág. 104)

Gustav Radbruch, *"El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como "Derecho injusto" ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo "Derecho injusto", sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica."*

Jürgen Habermas, *"debe sobrevivir a la prueba de universalización que examina qué es igualmente bueno para todos"* (Habermas, 1998, pág. 153) para considerarse una norma válida de justicia.

Amartya Sen, Sigue el camino trazado por John Rawls, propone los elementos de una teoría de la justicia a través de un avance de la determinación de las injusticias así: *"incluyen poner la razón en juego en el diagnóstico de la justicia y la injusticia (...) estudiosos de la justicia en diferentes partes del mundo han intentado ofrecer el fundamento intelectual para pasar de un sentimiento general de injusticia a diagnósticos particulares razonados de la injusticia, y de éstos*

a los análisis de las formas de promover la justicia” se preocupa por “identificar los esquemas institucionales justos para la sociedad” y “concentra su atención en lo que identifica como justicia perfecta,” (Sen, 2011, pág. 23 y 24)

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:

Rubio Llorente, entiende por jurisdicción constitucional aquella que “enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder”

JURISPRUDENCIA, que en el uso común se considera como algo dado, valido y eficaz

- L -

LEY:

Norma jurídica de carácter general y expreso, cuya función principal es la de organizar y regular una sociedad.

LEY ETERNA:

Según Tomás de Aquino en la Suma Teológica, es la sabiduría divina en cuanto principio directivo de todo acto y todo movimiento del universo.

LEY NATURAL: Según Tomás de Aquino es la vía de conocimiento de la ley eterna en el ser humano, es decir, “la participación de la ley eterna en la criatura racional”. Es una ley moral.

- M -

NOMOTÉTICA.

Es una clasificación que se emplea en la actualidad para referir a un grupo de ciencias que

tienen como aspecto común enunciar ciertas leyes de gran estabilidad.

MORAL:

Es el reflejo de los actos del hombre, en cuanto a su bondad o maldad, en la búsqueda de un fin sobrenatural. Es posible definir la moral social en el reconocimiento de actos como buenos o malos por el colectivo.

- N -

NORMA:

Imperativo moral del que se impregna la ley, espíritu de la norma, fin último del Derecho.

NORMA JURÍDICA:

Norma de derecho que ha pasado por un proceso formador y sancionador, reconocido y aplicable con carácter coercitivo.

PONDERAR. Significa asignarle un peso determinado a cada principio en el caso concreto, pues si no se realizara dicho procedimiento. (Bechara Llanos, 2011)

- S -

SENTENCIAS HITO:

Resoluciones especiales que marcan un punto de partida como consideración de precedente, estableciendo o cambiando la línea jurisprudencial.

SISTEMAS JURÍDICOS:

Conjunto ordenado y sistemático que conforma el ordenamiento jurídico y de aplicación jurídica de un Estado.

SISTEMA DIFUSO:

Luis Carlos Sáchica: La característica fundamental del sistema difuso de justicia constitucional estriba en el hecho de que el control lo llevan a cabo todos los jueces u órganos judiciales de un determinado ordenamiento jurídico, durante el curso de un determinado proceso y por vía incidental o principal; pero sin que existe un proceso constitucional especial.

Al sistema difuso también se le conoce como sistema o tipo norteamericano de control, fundamentalmente por su creación jurisprudencial, por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuyo momento estelar lo constituye la clásica y tantas veces citada sentencia escrita por su Presidente, John Marshall, en el caso “Marbury versus Madison”, en 1803.

SISTEMA CONCENTRADO.

Mauro Cappelletti: “la inconstitucionalidad y consiguiente invalidez y consecuente inaplicabilidad de la ley no puede ser verificada y declarada por cualquier juez, como mera manifestación de su poder y deber de interpretación y aplicación del derecho, “valido” en los casos concretos y sometidos a su competencia jurisdiccional”

SISTEMA INTEGRAL O IBEROAMERICANO

Se denominará así, por que combina en uno solo el sistema difuso y el sistema concentrado de control constitucional. Algunos también lo denominan sistema integral y paralelo.¹⁸³

El sistema integral o iberoamericano obedece a una serie de valores constantes, entre los que se destaca el reconocimiento de un derecho fundamental a la supremacía constitucional en

¹⁸³ Gaona Cruz, M. (1984). Aspectos de Control constitucional en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 82

favor de las personas, con la consiguiente amplitud de legitimación de todo interesado para impugnar las normas o actos inconstitucionales, directamente ante la propia justicia constitucional. (La protección estatal de los derechos humanos, 2000)

7.4. DATOS ESTADÍSTICOS

- The World Justice Project – Rule of Law Index (2012-2013)..... Pág. 203
- The World Justice Project – Rule of Law Index (2015)..... Pág. 205
- Corporación Latinobarómetro – informe 2013..... Pág. 207
- Corporación Latinobarómetro – informe 2016..... Pág. 211
- Informe de acceso a información pública FGR..... Pág. 219
- Estadística Penitenciaria, Dirección General de Centros Penales.... Pág.225

1. WJP Rule of Law Index

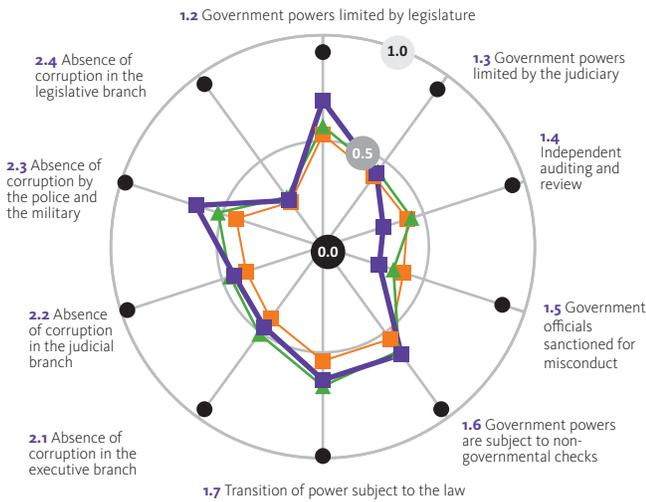
	WJP RULE OF LAW INDEX FACTORS	SCORE	GLOBAL RANKING	REGIONAL RANKING	INCOME GROUP RANKING
Income Lower middle Region Latin America & Caribbean Population 6m (2012) 65% Urban 49% in three largest cities	Factor 1: Limited Government Powers	0.50	64/97	10/16	11/23
	Factor 2: Absence of Corruption	0.45	54/97	7/16	5/23
	Factor 3: Order and Security	0.58	83/97	12/16	18/23
	Factor 4: Fundamental Rights	0.58	57/97	10/16	8/23
	Factor 5: Open Government	0.37	82/97	15/16	17/23
	Factor 6: Regulatory Enforcement	0.52	50/97	6/16	4/23
	Factor 7: Civil Justice	0.49	67/97	9/16	11/23
	Factor 8: Criminal Justice	0.25	96/97	15/16	23/23

2. Scores for all WJP Rule of Law Index sub-factors

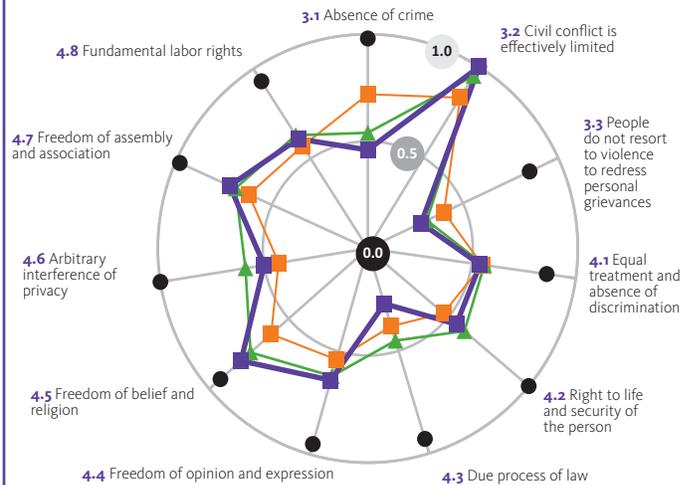
In each graph, a sub-factor is represented by a radius from the center of the circle to the periphery. The center of each circle corresponds to the lowest possible score for each sub-factor (0.00); the outer edge of the circle marks the highest possible score (1.00).



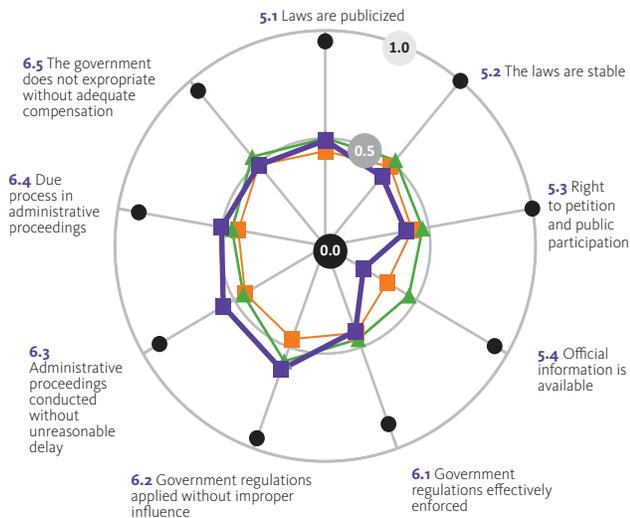
Accountable Government



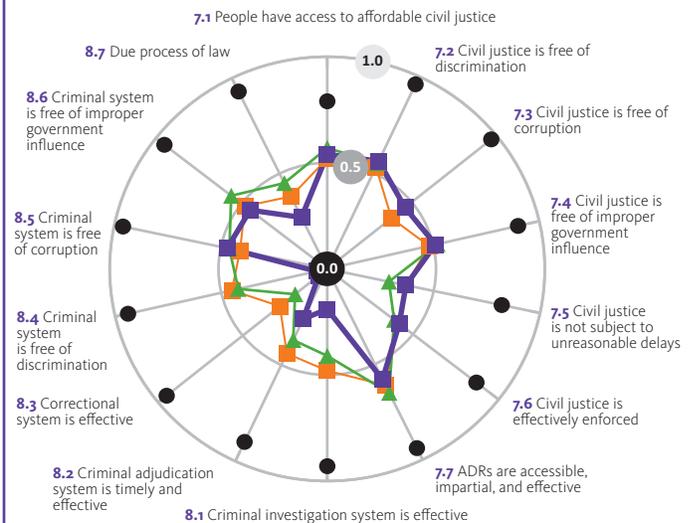
Security and Fundamental Rights



Open Government and Regulatory Enforcement



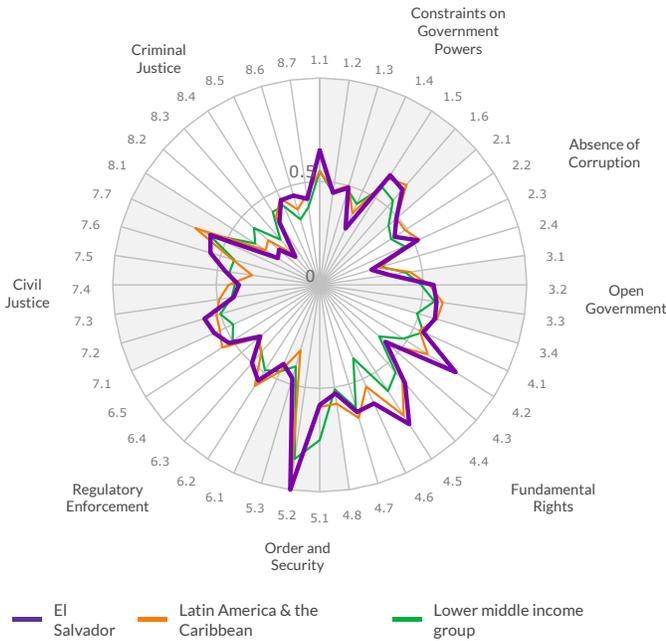
Delivery of Justice



El Salvador

San Salvador, San Miguel, Santa Ana
Region: Latin America & the Caribbean | Income group: Lower middle income

Overall Score	Regional Rank	Income Rank	Global Rank
0.51	8/19	8/25	57/102



Factor	Trend	Factor Score	Regional Rank	Income Rank	Global Rank
Constraints on Government Powers	—	0.52	9/19	9/25	60/102
Absence of Corruption	—	0.43	10/19	9/25	62/102
Open Government	—	0.51	13/19	10/25	58/102
Fundamental Rights	—	0.62	6/19	4/25	41/102
Order and Security	—	0.68	6/19	15/25	69/102
Regulatory Enforcement	—	0.48	11/19	9/25	62/102
Civil Justice	—	0.51	9/19	7/25	58/102
Criminal Justice	—	0.34	10/19	16/25	81/102

Constraints on Government Powers

1.1 Limits by legislature	0.65
1.2 Limits by judiciary	0.45
1.3 Independent auditing	0.49
1.4 Sanctions for official misconduct	0.3
1.5 Non-governmental checks	0.63
1.6 Lawful transition of power	0.61

Fundamental Rights

4.1 Equal treatment / no discrimination	0.55
4.2 Right to life and security	0.78
4.3 Due process of law	0.42
4.4 Freedom of expression	0.63
4.5 Freedom of religion	0.8
4.6 Right to privacy	0.63
4.7 Freedom of association	0.64
4.8 Labor rights	0.53

Civil Justice

7.1 Accessibility and affordability	0.56
7.2 No discrimination	0.58
7.3 No corruption	0.42
7.4 No improper gov. influence	0.39
7.5 No unreasonable delay	0.46
7.6 Effective enforcement	0.55
7.7 Impartial and effective ADRs	0.58

Absence of Corruption

2.1 No corruption in the executive branch	0.49
2.2 No corruption in the judiciary	0.43
2.3 No corruption in the police/military	0.52
2.4 No corruption in the legislature	0.26

Order and Security

5.1 Absence of crime	0.58
5.2 Absence of civil conflict	1
5.3 Absence of violent redress	0.47

Criminal Justice

8.1 Effective investigations	0.24
8.2 Timely and effective adjudication	0.26
8.3 Effective correctional system	0.18
8.4 No discrimination	0.36
8.5 No corruption	0.45
8.6 No improper gov. influence	0.45
8.7 Due process of law	0.42

Open Government

3.1 Publicized laws and government data	0.34
3.2 Right to information	0.55
3.3 Civic participation	0.57
3.4 Complaint mechanisms	0.58

Regulatory Enforcement

6.1 Effective regulatory enforcement	0.42
6.2 No improper influence	0.55
6.3 No unreasonable delay	0.5
6.4 Respect for due process	0.38
6.5 No expropriation w/out adequate compensation	0.52



C O R P O R A C I Ó N Latinobarómetro

Informe 2013

La década de América Latina anunciada en 2010 se confirma con los datos 2013. América Latina vive un momento de disminución de la pobreza, aumento de la educación, aumento del crecimiento económico, que ha proporcionado el mayor nivel de satisfacción de vida desde 1995.

La precariedad, la pobreza, la desigualdad, la discriminación, siguen siendo, sin embargo, el Talón de Aquiles de la región, que de alguna manera le impide pasar al siguiente escalón. La democracia se ve retenida por la desigualdad en el acceso a bienes políticos y también bienes económicos.

En total un 68% de la región se ubica en la clase baja, un 30% en la clase media que va en aumento y un 2% en la clase alta. Ese 68% de clase baja tiene la mitad de sus integrantes en situación precaria, a algunos no les alcanza para comprar alimento.

Tenemos con ello dos américas latinas, la que disfruta de los beneficios del crecimiento y la que mira como disfrutaban los otros. Veremos más y más las protestas como manifestación de una ciudadanía consciente de las deficiencias del sistema económico, político y social. Hay demanda por más democracia.

1 De Noviembre / Santiago de Chile

BANCO DE DATOS EN LÍNEA

www.latinbarómetro.org





Tabla 24: Promedio 1995 -2013 Apoyo a la democracia

P: ¿Con cuál de las siguientes frases está Ud. más de acuerdo? La democracia es preferible a cualquier otra forma de Gobierno; En algunas circunstancias, un Gobierno autoritario puede ser preferible a uno democrático; A la gente como uno, nos da lo mismo un régimen democrático que uno no democrático.

	Apoyo	Autoritarismo	Indiferencia
Uruguay	78	15	10
Venezuela	71	19	11
Costa Rica	69	9	10
Argentina	68	17	12
Rep. Dominicana	65	9	8
Bolivia	56	15	15
Chile	55	15	26
Panamá	55	14	16
Perú	54	17	18
Nicaragua	53	12	19
El Salvador	50	13	20
Ecuador	49	19	19
México	49	19	25
Colombia	48	13	23
Honduras	47	13	21
Paraguay	45	34	17
Brasil	44	19	24
Guatemala	38	21	22

Fuente: Latinobarómetro 1995-2013

2. EL PERFIL DE LOS DEMÓCRATAS

Sociodemográfico

En general, a lo largo de los años encontramos un perfil de demócratas que persiste en todos los países y en todo momento del tiempo. A mayor educación, hay mayor nivel de apoyo a la democracia.

La edad del ciudadano no tiene importancia en determinar cuál es nivel de apoyo a la democracia y el sexo se ve influenciado por la educación, ya que las mujeres que acusan menor nivel de apoyo tienen al mismo tiempo menor nivel de educación. Es decir, la educación es el único determinante sociodemográfico que importa al definir mayores grados de democracia. Ello, porque en América Latina el nivel de educación está directamente relacionado con el ingreso y por ende el nivel socioeconómico de la población.



8. LA APROBACIÓN DE GOBIERNO

Los años del hiperpresidencialismo en que los presidentes eran crecientemente vistos como capaces de resolver los problemas de la gente parecen estar en retroceso.

Durante siete años desde 2002 al 2009 la aprobación de gobierno en promedio aumentó de 36% a 60% para los 18 presidentes. A partir de 2010 esta comienza a bajar. En 2013 baja por cuarto año consecutivo alcanzando 49%.

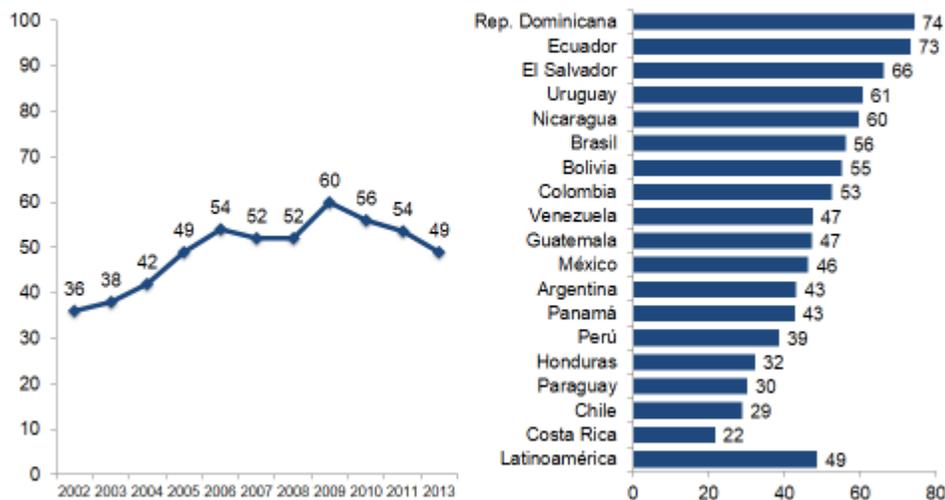
Los presidentes de la región ya no son lo que eran antes. Hoy hay 10 gobiernos que tienen menos del 50% de aprobación. En el año 2009 habían 12 gobiernos con más del 50% y ocho de ellos tenían aprobación más del 60%. Eso ha quedado reducido a la mitad en 2013.

Los gobiernos con mayor nivel de aprobación en 2013 con República Dominicana y Ecuador y los con menor aprobación son Costa Rica y Chile.

APROBACIÓN DE GOBIERNO

TOTAL AMÉRICA LATINA 2002 – 2013 - TOTALES POR PAÍS 2013

P. ¿Usted aprueba o no aprueba la gestión del gobierno que encabeza el presidente (nombre)...? *Aquí solo 'Aprueba'.



Fuente: Latinobarómetro 2002 - 2013



Algunos de los datos de aprobación de gobierno dan pistas importantes sobre los países. Por ejemplo la aprobación hacia el gobierno Venezolano muestra como la mitad de los ciudadanos apoya el chavismo, antes con Chávez y ahora con Maduro.



llama, las manifestaciones “no convencionales”, es decir más allá de lo autorizado. Los ciudadanos cortan las carreteras, interrumpen en tránsito, se manifiestan sin autorización.

Disposición a Protestar

En el año 2013 para ello aplicamos preguntas nuevas sobre las protestas y nos encontramos con amplios niveles de aceptación a protestar que manifiestan mucho más allá de lo convencional que se ve en las respuestas recién mencionadas. A diferencia de la participación clásica en organizaciones, la población latinoamericana está dispuesta a participar para demandar sus expectativas por temas. No participa en organizaciones dedicadas a estos temas, sino se moviliza según las circunstancias.

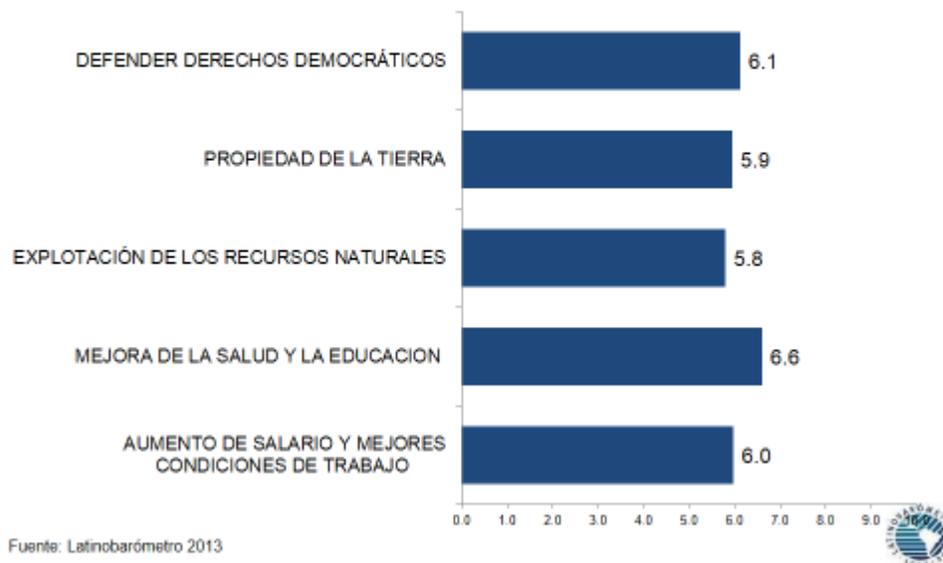
Esto es un cambio significativo respecto de la teoría clásica que sostiene la importancia de la participación. En este caso a participación no convencional, no estructurada, sin organizaciones de por medio, resulta en un desafío y no un instrumento de consolidación. Las instituciones que deberían ser intermediadoras de las demandas, interpretándolas, no cumplen a cabalidad su tarea produciendo la protesta.

En una escala de 1 a 10 donde 1 significa “nada” y 10 significa “mucho”, encontramos que la disposición a protestar de los latinoamericanos en temas todos los temas testeados es superior a la media de 5, lo que implica que la gente se inclina más bien por la protesta en todos los temas.

DISPOSICIÓN A PROTESTAR POR...

TOTALES AMÉRICA LATINA 2013

P. En una escala de 1 a 10, donde 1 significa “nada” y 10 “mucho” ¿cuán dispuesto estaría usted de salir a marchar y protestar por...?





C O R P O R A C I Ó N
Latinobarómetro

Informe 2016

Latinobarómetro inicia con esta medición su tercera década. Los datos acumulados a través del tiempo dan cuenta de una región que no da el salto a grados superiores de democracia. La democracia parece consolidarse de manera imperfecta, quedándose anclada en algunos temas.

América Latina enfrenta grandes transformaciones en la forma como se comportan los ciudadanos, al mismo tiempo que permanecen los valores tradicionales. Esto crea tensiones valóricas, de desarrollo y de crecimiento que se manifiestan como crisis.

Hay cambios significativos en la forma y el contenido de los espacios públicos y el modo como las personas los perciben. Es la democracia, su lugar, pero también el de la libertad, el orden, el crédito y la credibilidad que se le otorga a las instituciones y a quienes las encarnan, las que se están consolidando simultáneamente y con desfases. Las demandas ciudadanas son claramente de inclusión de igualdad de trato, acceso y desmantelamiento de las desigualdades. Esos son los bienes políticos que le faltan a las democracias para salir del estancamiento en que se encuentran.

El pasado no parece repetirse, pero tampoco el futuro imitar otras latitudes. América Latina está claramente en un territorio nuevo. Tenemos evidencia de tiempos nuevos que desafían a las instituciones nacionales y multilaterales, así como a los sujetos sociales, los centros académicos y de pensamiento a profundizar y ajustar sus análisis, a afinar las capacidades de interpretación, a reflejar con mayor nitidez las formas en su evidente complejidad.

Sin guerras, América Latina acusa violencia, corrupción y la desigualdad como los fenómenos mas potentes que retienen a la democracia

Buenos Aires

BANCO DE DATOS EN LÍNEA

www.latinbarómetro.org



En Chile se había producido un aumento del apoyo a la democracia con la alternancia en el poder que tuvo lugar en 2010, este aumento se había sostenido hasta 2015, cayendo abruptamente en 2016 11 puntos porcentuales. En Chile la caída del apoyo a la democracia está también ligada a la corrupción, se trata de los escándalos que comienzan a explotar particularmente durante el 2015 y que involucran a una parte importante de actores políticos y económicos.

Nicaragua tuvo un período de buen desempeño de su democracia en la época de Violeta Chamorro hasta 1997, como muestra el indicador alcanzando 68% al fin de su mandato. Luego la alternancia con Aleman llega a 72% el máximo que ha tenido Nicaragua en éstos 21 años. A partir del 2007 con la llegada de Daniel Ortega a la presidencia alcanza 61% para comenzar a disminuir desde entonces perdiendo siete puntos porcentuales entre 2015 y 2016.

Venezuela ha sido históricamente controvertido el indicador de apoyo a la democracia, ya que es uno de los países que tiene el indicador mas alto, especialmente a partir de 2008 donde alcanza cifras por encima de 80%. Este indicador alcanza su máximo el año de la muerte de Hugo Chávez en 2013 con 87%. Entre 2015 y 2016, pierde 7 puntos porcentuales llegando al 77%.

En el caso del El Salvador la caída en el apoyo a la democracia, de cinco puntos porcentuales entre 2015 y 2016 está causada por esta ola de violencia, donde se ha afirmado que ese país vive la época de más violencia en el último siglo.

En 2016 la caída del apoyo a la democracia en América Latina o su estancamiento según el país, es evidente. Podemos sólo esbozar los motivos por los cuales esto sucede, pero en ninguno de los casos se trata de fenómenos pasajeros o de fácil solución. Se trata mas bien de una profundización de las demandas de mas democracia de los ciudadanos de la región. Es la corrupción, la violencia, la inclusión, el acceso, la desigualdad que no logran controlarse y superarse. Los motivos del declive o estancamiento de la democracia son claros, los ciudadanos ya no aceptan lo que era aceptable hace diez años atrás. Porque la violencia, la corrupción, la desigualdad han existido siempre, son las taras de la región, sólo que ahora ya no son aceptables. Estos datos revelan así el peso de los factores políticos en el desarrollo de las democracias de América Latina.

Son al final del día los líderes, política y sus formas, las que marcan la diferencia del estado de las democracias en la región mucho mas que el impacto de los factores económicos.

TABLA 2 - EL APOYO A LA DEMOCRACIA POR PAÍS Y AÑO 1995-2016

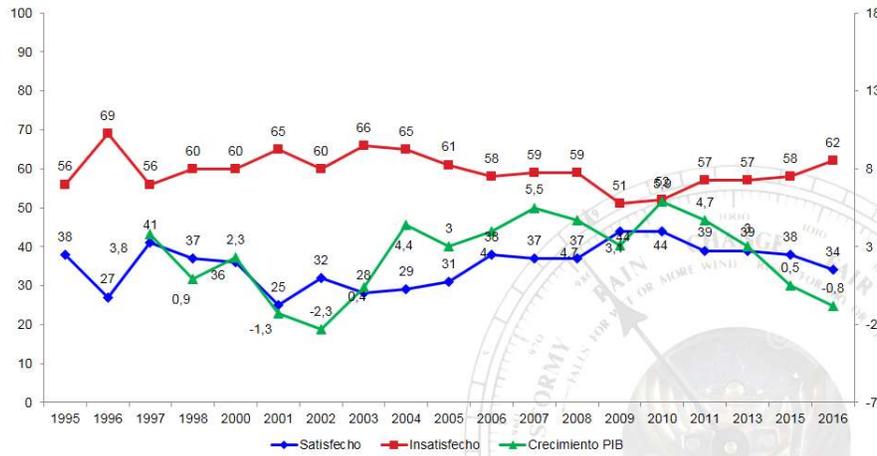
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2013	2015	2016	DIFERENCIA
Paraguay	52	59	45	51	45	35	41	39	39	32	41	33	53	45	49	49	54	50	44	55	11
Costa Rica		80	83	69	81	71	77	78	67	73	75	83	67	74	72	72	65	53	57	60	3
Panamá		75	71	71	61	34	55	51	64	52	55	62	56	64	61	60	60	49	44	45	1
Argentina	76	71	75	73	71	57	65	69	64	66	74	63	60	64	66	70	73	73	70	71	1
Honduras		42	63	57	64	57	57	55	46	33	51	38	44	53	53	43	43	44	40	41	1
México	49	53	52	51	44	46	63	53	53	59	54	48	43	42	49	40	40	37	48	48	0
							DISMINUCIÓN NO SIGNIFICATIVA ENTRE 2015 Y 2016														
Bolivia		64	66	55	60	54	52	50	45	49	58	67	68	71	68	64	64	61	65	64	-1
Colombia		60	69	55	40	36	39	46	46	46	53	47	62	49	60	55	52	52	55	54	-1
Guatemala		50	48	54	39	33	45	33	35	32	41	32	34	14	46	36	41	41	33	31	-2
							DISMINUCIÓN MUY SIGNIFICATIVA ENTRE 2015 Y 2016														
Perú	52	63	60	63	59	62	55	50	45	40	55	47	45	52	61	549	56	56	56	53	-3
Rep. Dominicana																					
Ecuador		52	41	57	52	40	47	45	46	43	54	65	56	43	64	61	61	62	71	67	-4
							DISMINUCIÓN MUY SIGNIFICATIVA ENTRE 2015 Y 2016														
Brasil	41	50	50	48	38	30	37	35	41	37	46	43	47	55	54	45	45	49	54	32	-22
Chile	52	54	61	53	54	45	50	51	57	59	56	46	51	59	63	61	61	63	65	54	-11
Uruguay	80	80	86	81	83	79	77	78	78	77	77	75	79	81	75	75	75	71	76	68	-8
Venezuela	60	62	64	60	61	57	73	68	74	78	70	67	82	85	84	77	77	87	84	77	-7
Nicaragua		59	68	72	62	43	63	51	39	57	56	61	58	55	58	50	50	50	48	41	-7
El Salvador		56	66	79	55	25	40	45	50	59	51	38	50	68	59	54	54	49	41	36	-5

Fuente: Latinobarómetro 1995-2016.

SATISFACCIÓN CON LA DEMOCRACIA TOTAL AMÉRICA LATINA 1995 – 2016



P. En general, ¿Diría Ud. que está Muy satisfecho, Más bien satisfecho, No muy satisfecho o Nada satisfecho con el funcionamiento de la democracia en (país)? *Aquí 'Muy satisfecho' más 'Más bien satisfecho' y 'No muy satisfecho' más 'Nada satisfecho'.



Fuente: Latinobarómetro 1995-2016

5. AUTORITARISMO POLÍTICO

Repetimos en 2016 una batería de preguntas que miden los grados de autoritarismo que presentamos a continuación.

No me importa un gobierno no democrático si resuelve los problemas

El autoritarismo político se expresa en este indicador: “No me importa un gobierno no democrático si resuelve los problemas”. Este disminuye 6 puntos porcentuales en 8 años desde el 53% en 2008 al 47% en 2016. Sin embargo, todavía la mitad de la región piensa que vale la pena un gobierno no democrático para resolver los problemas.

En los 6 países de Centroamérica y República Dominicana el autoritarismo alcanza al 50% o más. Esto es contradictorio con la democracia “churchiliana” que se examinó en la sección anterior, y revela mucho de lo que los ciudadanos de la región entienden por democracia.

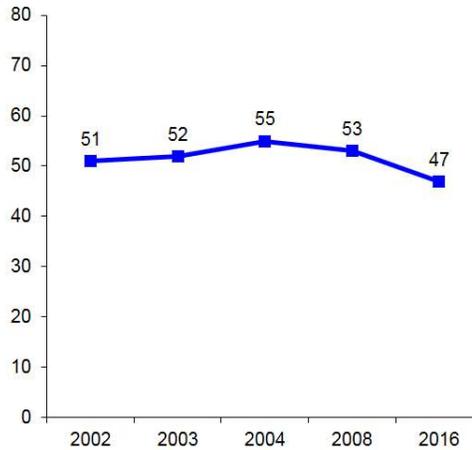
Medidos con este indicador, los países más autoritarios son Honduras y El Salvador con el 62%, y en el extremo opuesto, el menos autoritario es Chile con el 29%.

NO ME IMPORTA UN GOB. NO DEMOCRÁTICO SI RESUELVE PROBLEMAS

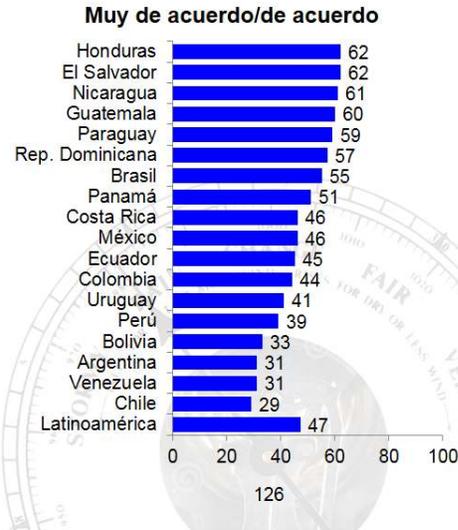
AMÉRICA LATINA 2002-2016 - TOTALES POR PAÍS 2016.



P. ¿Está Ud. Muy de acuerdo, De acuerdo, En desacuerdo o Muy en desacuerdo con las siguientes afirmaciones? No me importaría que un gobierno no democrático llegara al poder si pudiera resolver los problemas económicos. *Aquí solo 'Muy de acuerdo' más 'De acuerdo'



Fuente: Latinobarómetro 2002-2008.



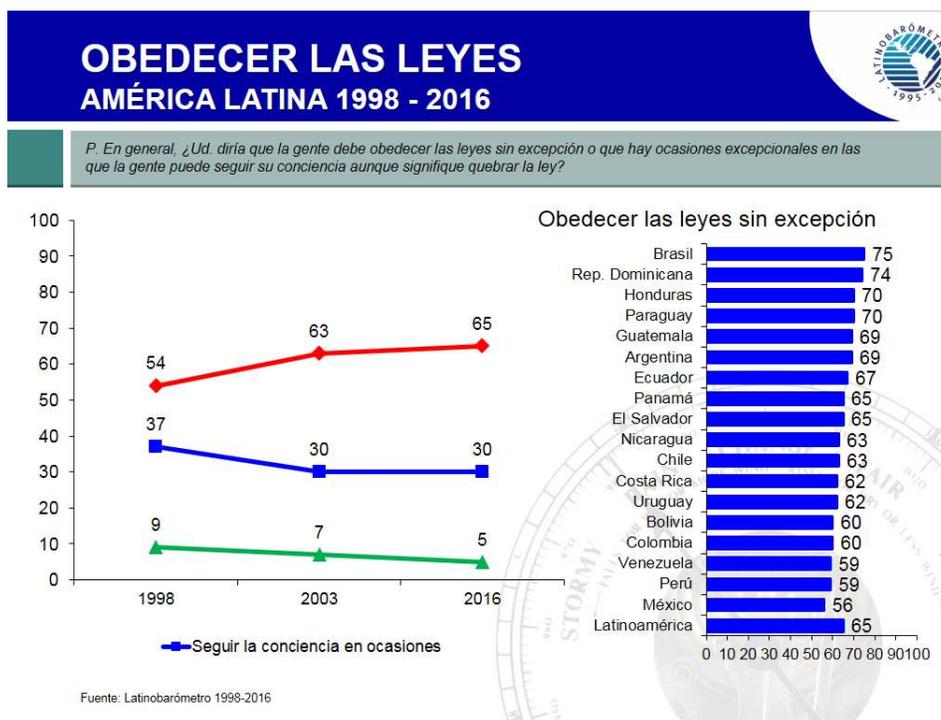
La democracia permite que se solucionen los problemas

Un segundo indicador que examina el otro lado de la medalla del papel de la democracia se refiere a su función instrumental, donde esta es considerada como un método de solucionar problemas más que como un tipo de régimen político asociado a determinadas instituciones y valores.

En este caso, el 61% de los encuestados plantean que la democracia soluciona problemas. Los países donde más se apoya esta afirmación son Venezuela con un 72%, seguido por Brasil (71%) y República Dominicana (70%). Solo en un país de la región menos de la mitad de sus ciudadanos están de acuerdo con esta afirmación: Chile (47%). La democracia instrumental explica una parte de los altos valores de apoyo a la democracia en Venezuela por ejemplo.

El contenido instrumental de la democracia es el que produce el acoplamiento del apoyo a esta de los vaivenes del ciclo económico y el grado de crecimiento. Como decía emblemáticamente el ex Presidente argentino Raúl Alfonsín en la transición después de la dictadura militar en ese país, “con la democracia se come, se cura, se educa”. Si los gobernantes latinoamericanos han transmitido que la democracia es un instrumento con el que se solucionan los problemas, no debe sorprender esta percepción. Es el contenido del concepto lo que se va dibujando con el discurso de los líderes. Y este aspecto del contenido ha calado hondo en el pueblo. Los teóricos de la democracia, sin embargo, sostienen que la democracia como tipo de régimen debe estar desacoplada de su desempeño, y no relacionada a este como un instrumento. Tal es uno de los problemas de fondo de la democracia latinoamericana que puede explicar por qué no logra consolidarse como tipo de régimen, esperando la solución de los problemas. Si la democracia tiene que esperar a la resolución de todos los problemas, entonces su consolidación tardará mucho más de un par de generaciones.

Se trata, pues de actitudes que tardarán más de una generación en cambiar.



9. LA LIBERTAD DE CRITICAR

Producto de la represión, las dictaduras dejan un halo de miedo en la población. En América Latina cerca de la mitad de la población siente en 2016 que tiene la libertad de criticar (51%), mientras cerca de un tercio señala que “algunas veces” se puede criticar y un 20% dice que nunca o casi nunca. Esto implica un aumento desde 2008 y el máximo obtenido desde 2003.

Esta autocensura de los pueblos de la región se ha modificado muy poco (10 puntos porcentuales) en la última década como se observa en estos datos, indicando otro rasgo valórico actitudinal en el que la región avanza lentamente, sin lograr pasar a otro nivel.

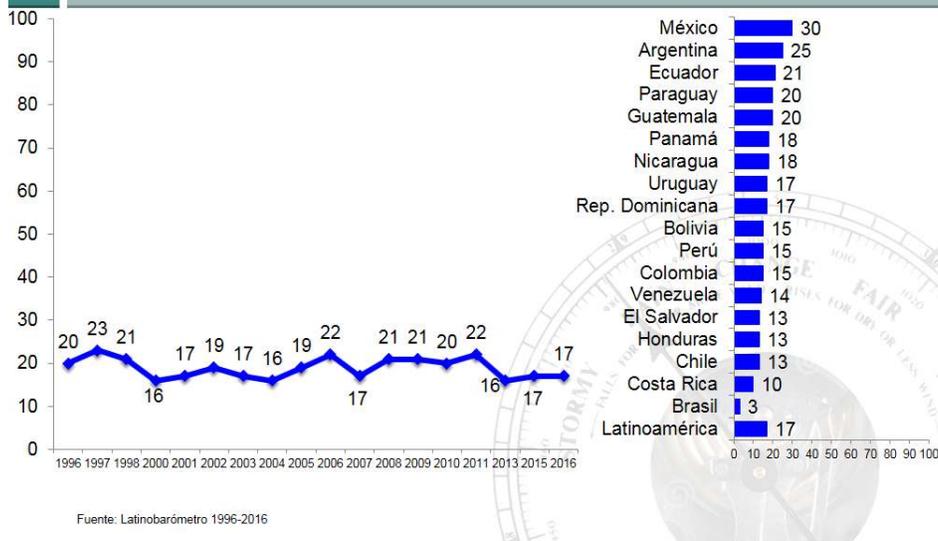
La capacidad de criticar es un importante capital de la sociedad que las culturas latinoamericanas ejercen con debilidad. A menor educación hay menos cantidad de este capital. Las protestas que se han esparcido en la región a partir de 2010 dicen relación con esta autocensura, en las que el anonimato de la masa en las manifestaciones permite superar el miedo y expresar la crítica, entre otras cosas. En la crítica hay castigo individual, en la protesta no.

El país con más autocensura para criticar es Ecuador donde sólo el 34% dice que hay libertad para hacerlo siempre y casi siempre, seguido por El Salvador y Guatemala, donde alcanza un 38%. En el otro extremo se encuentran Uruguay y Costa Rica con el 70% y el 69% respectivamente, casi el doble. Son las sociedades más abiertas donde se observa más libertad de criticar, mientras que aquellas donde la crítica es mal considerada son sociedades más cerradas. La mayoría de las sociedades latinoamericanas tienen sociedades más bien cerradas que abiertas, de acuerdo con este indicador.

CONFIANZA INTERPERSONAL TOTAL AMÉRICA LATINA 1996 – 2016 - TOTALES POR PAÍS 2016



P. Hablando en general, ¿Diría Ud. que se puede confiar en la mayoría de las personas o que uno nunca es lo suficientemente cuidadoso en el trato con los demás? *Aquí solo 'Se puede confiar en la mayoría de las personas'.



11. CONFIANZA EN INSTITUCIONES

La confianza en las instituciones registra caídas respecto a 2016 en todos los organismos medidos, con excepción de las fuerzas armadas y la policía, que tuvieron leves alzas. Entre 2015 y 2016 la confianza en la iglesia cayó del 69% al 66%; en la institución electoral cayó del 44% al 32%; en el gobierno pasó del 33% al 28%; en el poder judicial del 30% al 26%; en el congreso del 27% al 25% y en los partidos políticos cayó 3 puntos porcentuales, del 20% al 17%.

Por otro lado, la policía pasó del 36% al 38% de confianza, en un aumento que no es estadísticamente significativo, y las fuerzas armadas subieron en 3 puntos porcentuales, del 66% al 69%.

Esta baja confianza en las instituciones es congruente con la caída de otros indicadores en 2016, dando cuenta de un punto especialmente negativo para la región en los últimos años.



Fiscalía General de la República
Unidad de Acceso a la Información Pública

Solicitud N° 13-UAIP-FGR-2015

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. San Salvador, a las nueve horas del día veinticinco de febrero de dos mil quince

Se recibió con fecha veintidós de enero del presente año, solicitud de información conforme a la Ley de Acceso a la Información Pública (en adelante LAIP), remitida al correo institucional de esta Unidad, la cual fue ingresada a ese sitio por el señor **RAÚL ARMANDO AGUILAR MORÁN**, con Documento Único de Identidad número cero cero trescientos mil setecientos veinte guión cinco, de la que se hacen las siguientes **CONSIDERACIONES:**

I. De la solicitud presentada, se tiene que el interesado, literalmente pide se le proporcione la siguiente información: *"Datos estadísticos sobre las denuncias recibidas, procesos judiciales iniciados, procesos judiciales terminados, en relación con el delito penal perseguido, falta o infracción si fuera del caso. El rango de edad de los inculcados y la zona geográfica correspondiente por municipio. La información se requiere en periodos trimestrales"*. El periodo solicitado comprende desde 1984 hasta el 2014.

II. Conforme al artículo 66 LAIP, se han analizado los requisitos de fondo y forma que debe cumplir la solicitud, verificando que ésta no cumple con los requisitos legales, de claridad y precisión, por lo que, con la finalidad de dar respuesta a su solicitud, el día veintiséis de enero del presente año se le solicitó aclarara: *"1-A qué se refiere cuando menciona "Datos estadísticos sobre....."; ya que el concepto es demasiado amplio, siendo necesario especificar qué datos numéricos necesita, por ej. Cantidad de casos iniciados, etc.; 2- A qué se refiere cuando menciona: ".....en relación con el delito penal perseguido, falta o infracción si fuera el caso....."; debiendo especificar los tipos de delitos o faltas de los cuales necesita la información, de conformidad con nuestra legislación penal; 3- A qué se refiere cuando menciona: ".....y la zona geográfica correspondiente por municipio....."; debiendo aclarar qué tipo de datos necesita en este rubro"*. El solicitante el mismo día

aclaró su solicitud de la siguiente manera: "1) efectivamente en cuanto a los datos estadísticos se requiere el número de denuncias y/o solicitudes de asistencia recibidas, de esas denuncias cuantas se persiguen procesalmente y que cantidad han finalizado sin importar el resultado; 2. La información que se espera es de carácter genérica, es decir, de las denuncias recibidas que cantidad se refiere a delitos contra la persona, el patrimonio, la familia, el medio ambiente o contra el Estado. Bastaría determinar a qué área fiscal son remitidos los casos; 3. En cuanto a la zona geográfica me refiero siempre a la determinación señala en la aclaración 1, es decir, a que zona territorial corresponden las denuncias recibidas, las procesadas y las finalizadas". Aclarada la solicitud y habiendo el interesado agregado copia de su Documento Único de Identidad, conforme a lo establecido en el artículo 52 del Reglamento LAIP, se continuó con el trámite de su solicitud.

III. Con el objeto de localizar, verificar la clasificación y, en su caso, comunicar la manera en que se encuentra disponible la información, se transmitió la solicitud a la Gerencia de Métodos y Estadística de esta Fiscalía, conforme al artículo 70 LAIP.

IV. Con relación al plazo, se observa que según el detalle de la información solicitada por el peticionario, comprende desde el año mil novecientos ochenta y cuatro hasta el año dos mil catorce, por lo que el plazo de entrega de respuesta se amplía de diez a veinte días hábiles, conforme a lo regulado en el Art. 71 inciso 1º parte final LAIP, pero en vista que ha sido necesario extraer registros muy antiguos de nuestras bases de datos, lo cual ha implicado un mayor esfuerzo en tiempo y recursos para obtener la información solicitada, dicha complejidad vuelve necesario extender el plazo de respuesta de la solicitud a cinco días más, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º del Art. 71 LAIP.

V. Del análisis de la información solicitada, se tiene que es información pública, por lo que no se encuentra dentro de ninguna de las causales de reserva previstas en el artículo 19 LAIP, y tampoco es información considerada confidencial de acuerdo a lo establecido en el Art. 24 LAIP, por lo que es factible su entrega.

POR TANTO, en razón de lo anterior, con base en los artículos 62, 65, 66, 70, 71 y 72 LAIP, se **RESUELVE: CONCEDER EL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOLICITADA**, con la siguiente respuesta:

A continuación se presentan los cuadros estadísticos con la información solicitada:

Tipo de Delito	Año Inicio del Caso									
	Año 2013									
	Trimestre									
	1er. Trimestre		2do. Trimestre		3er. Trimestre		4to. Trimestre		Total	
Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	
Delitos Relativos a la Vida	423	427	548	395	660	456	773	342	2.404	1.620
Delitos Relativos a la Integridad Personal	606	2.504	850	2.865	1.191	2.676	1.212	2.168	3.859	10.213
Delitos Relativos a la Libertad	836	2.476	1.212	2.679	1.442	2.315	1.326	2.103	4.816	9.573
Delitos Contra la Libertad Sexual	487	757	595	737	624	657	662	564	2.368	2.715
Delitos Relativos a la Seguridad Personal	0	0	0	1	0	0	29	182	29	183
Delitos Relativos al Honor y la Intimidad	5	26	4	20	15	22	10	28	34	96
Delitos Relativos a las Relaciones Familiares	273	636	352	582	374	503	326	444	1.325	2.165
Delitos Relativos al Patrimonio	2.341	3.537	2.857	3.425	3.771	3.031	4.131	2.438	13.100	12.431
Delitos Relativos al Orden Socioeconómico	34	15	63	38	84	19	88	20	269	92
Delitos Relativos a la Ordenación del Territorio, la Protección de los Recursos Naturales, y al Medio Ambiente	4	57	21	49	12	33	17	30	54	169
Delitos Relativos a la Seguridad Colectiva	10	9	4	7	17	11	4	8	35	35
Delitos Relativos a la Salud Pública	2	2	1	21	3	7	2	12	8	42
Delitos Relativos a la Fé Pública	231	147	226	162	210	146	230	83	897	538
Delitos Relativos a los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona	2	8	6	4	10	10	5	4	23	26
Delitos Relativos a la Administración de Justicia	44	41	50	36	63	68	55	30	212	175
Delitos Relativos a la Administración Pública	204	1.458	264	1.447	333	1.738	425	1.684	1.226	6.327
Delitos Relativos al Sistema Constitucional y la Paz Pública	715	1.665	491	1.515	865	2.524	784	1.893	2.855	7.597

Delitos Relativos a la Existencia, Seguridad y Organización del Estado	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Delitos Contra la Humanidad	28	55	39	76	54	75	57	51	178	257
Delitos de Carácter Internacional	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Faltas Relativas a la Vida, a la integridad y a la Libertad Personal	3	24	1	26	8	18	6	27	18	95
Faltas Relativas a la Vida y la Integridad Personal	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Faltas Relativas al Patrimonio	19	32	34	20	24	26	52	16	129	94
Faltas Relativas a la Familia, Buenas Costumbres y Decoro Público	0	3	1	2	0	0	0	1	1	6
Faltas Relativas al Orden y la Tranquilidad Pública	3	2	3	2	1	4	2	5	9	13
Faltas Relativas al Respeto de los Difuntos	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LRARD)	197	557	211	588	257	605	322	594	987	2.344
Ley Antimaras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ley Contra Actividades Delincuenciales de Grupos...(LCADG)	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras (LESIA)	21	59	6	71	31	52	25	37	83	219
Ley Contra Lavado de Dinero (LCLDA)	1	2	1	0	9	0	2	0	13	2
Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT)	0	5	1	2	4	72	0	0	5	79
Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIVM)	26	41	40	49	67	47	57	67	190	204
Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones (LEIT)	0	0	0	0	0	0	2	0	2	0
Sobreaveriguar	53	80	66	42	86	74	129	36	334	232
No Registrado	0	8	3	2	1	0	4	2	8	12
Total	6.568	14.633	7.950	14.863	10.216	15.189	10.737	12.869	35.471	57.554

Fuente: Departamento de Estadística según Bases de Datos de SIGAP al 29/01/2015

Tipo de Delito	Año Inicio del Caso									
	Año 2014									
	Trimestre									
	1er. Trimestre		2do. Trimestre		3er. Trimestre		4to. Trimestre		Total	
Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	Expedientes Activos	Expedientes Finalizados	
Delitos Relativos a la Vida	985	317	1.111	309	1.267	238	1.237	102	4.600	966
Delitos Relativos a la Integridad Personal	1.307	2.409	1.418	2.102	1.985	1.862	2.493	1.361	7.203	7.734
Delitos Relativos a la Libertad	1.752	2.243	2.066	1.843	2.502	1.524	3.019	1.065	9.339	6.675
Delitos Contra la Libertad Sexual	831	543	861	361	1.053	274	1.078	106	3.823	1.284
Delitos Relativos a la Seguridad Personal	8	0	2	0	43	0	0	0	53	0
Delitos Relativos al Honor y la Intimidad	20	23	11	11	32	19	42	17	105	70
Delitos Relativos a las Relaciones Familiares	423	529	459	377	554	279	635	191	2.071	1.376
Delitos Relativos al Patrimonio	3.975	2.422	3.964	1.836	4.444	1.437	4.874	800	17.257	6.495
Delitos Relativos al Orden Socioeconómico	81	17	114	36	215	30	162	8	572	91
Delitos Relativos a la Ordenación del Territorio, la Protección de los Recursos Naturales, y al Medio Ambiente	19	45	48	47	47	28	54	13	168	133
Delitos Relativos a la Seguridad Colectiva	4	9	6	9	1	2	5	0	16	20
Delitos Relativos a la Salud Pública	3	10	3	7	16	1	3	2	25	20
Delitos Relativos a la Fé Pública	299	98	229	60	404	52	430	33	1.362	243
Delitos Relativos a los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona	39	8	5	0	9	3	9	0	62	11
Delitos Relativos a la Administración de Justicia	70	24	53	25	123	12	145	6	391	67
Delitos Relativos a la Administración Pública	576	1.788	595	1.883	794	1.483	965	784	2.930	5.938
Delitos Relativos al Sistema Constitucional y la Paz Pública	1.208	2.046	1.379	2.156	1.492	1.715	1.600	1.126	5.679	7.043

Delitos Relativos a la Existencia, Seguridad y Organización del Estado	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Delitos Contra la Humanidad	124	66	103	77	146	34	130	4	503	181
Delitos de Carácter Internacional	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Faltas Relativas a la Vida, a la integridad y a la Libertad Personal	11	24	11	19	13	15	9	13	44	71
Faltas Relativas a la Vida y la Integridad Personal	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Faltas Relativas al Patrimonio	64	15	50	17	77	18	59	6	250	56
Faltas Relativas a la Familia, Buenas Costumbres y Decoro Público	0	0	1	3	0	0	0	0	1	3
Faltas Relativas al Orden y la Tranquilidad Pública	1	0	2	3	5	1	2	3	10	7
Faltas Relativas al Respeto de los Difuntos	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LRARD)	589	646	592	581	737	399	941	288	2.859	1.914
Ley Antimaras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ley Contra Actividades Delincuenciales de Grupos...(LCADG)	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras (LESIA)	21	38	33	14	59	15	60	1	173	68
Ley Contra Lavado de Dinero (LCLDA)	0	0	0	0	17	0	7	1	24	1
Ley Contra Actos de Terrorismo (LECAT)	0	1	14	5	40	0	18	0	72	6
Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIVM)	115	69	139	123	172	86	181	82	607	360
Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones (LEIT)	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Sobreaveriguar	91	48	91	37	106	30	146	27	434	142
No Registrado	2	1	1	0	2	0	3	0	8	1
Total	12.618	13.441	13.361	11.941	16.355	9.557	18.307	6.039	60.641	40.978

Fuente: Departamento de Estadística según Bases de Datos de SIGAP al 29/01/2015

Estadística Penitenciaria al 14/Septiembre/2015

MINISTERIO DE JUSTICIA
Y SEGURIDAD PÚBLICA, DIRECCIÓN
GENERAL DE CENTROS PENALES

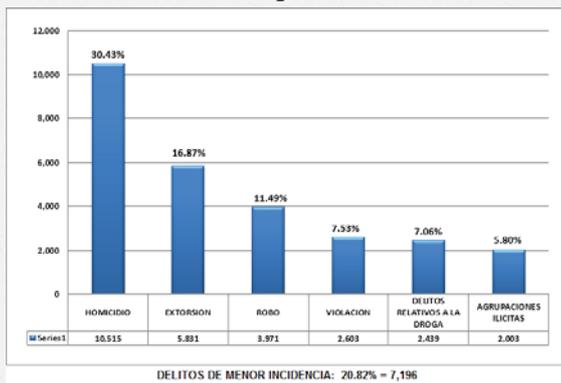
GOBIERNO DE

EL SALVADOR
UNÁMONOS PARA CRECER

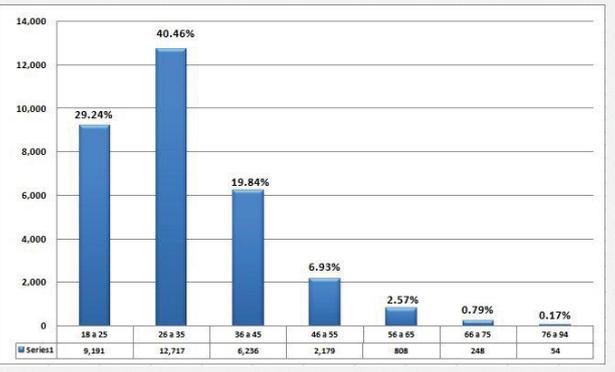
Situación Jurídica



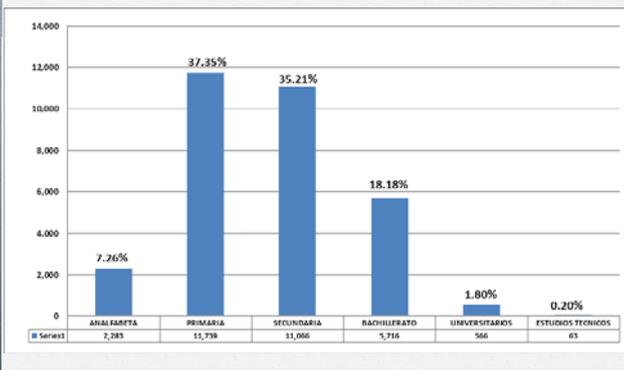
Delitos de mayor Incidencia



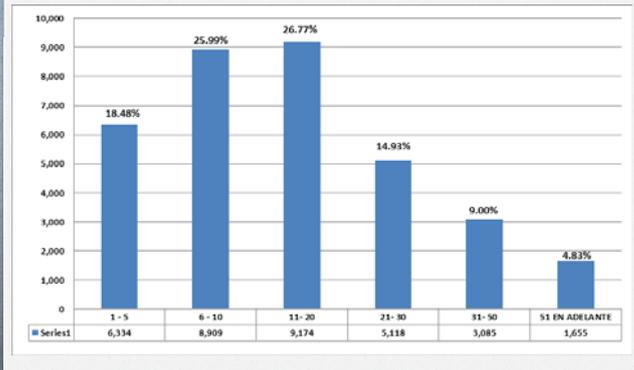
Rangos de edades de los internos del Sistema Penitenciario



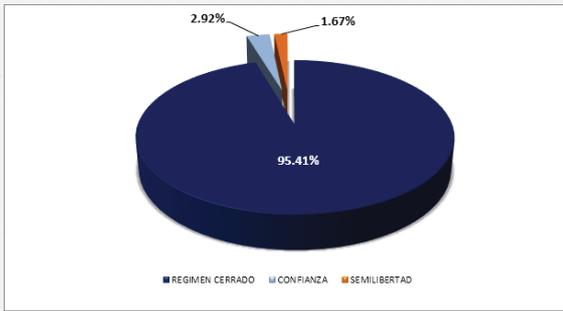
Nivel académico de los internos del Sistema Penitenciario



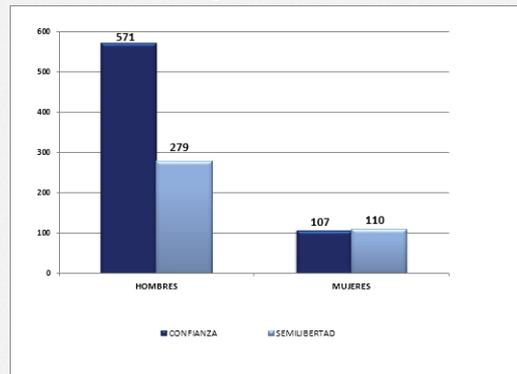
Años de condena



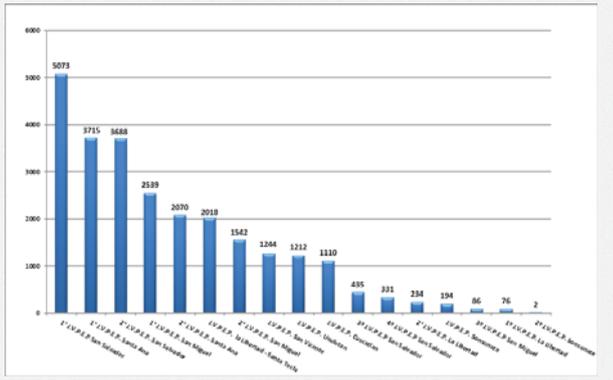
Porcentaje de Internos en Régimen Cerrado y Fases (23,251 condenados)



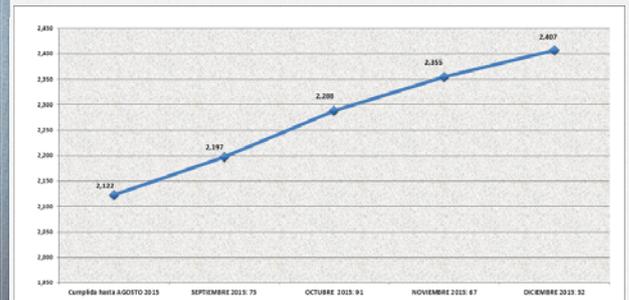
Internos en Fases de Confianza y Semilibertad (1,067)
Internos en Régimen Cerrado : 22,184



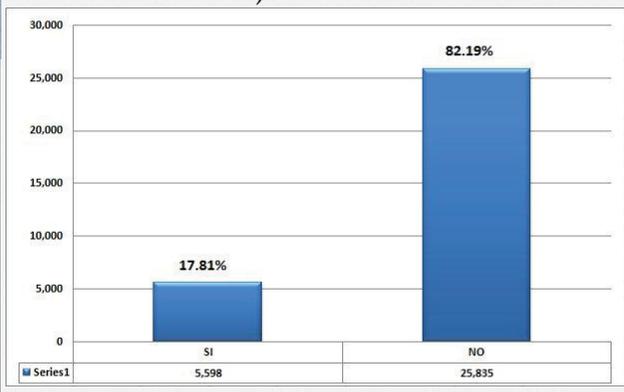
Distribución de internos condenados por Juzgado de Vigilancia Penitenciaria



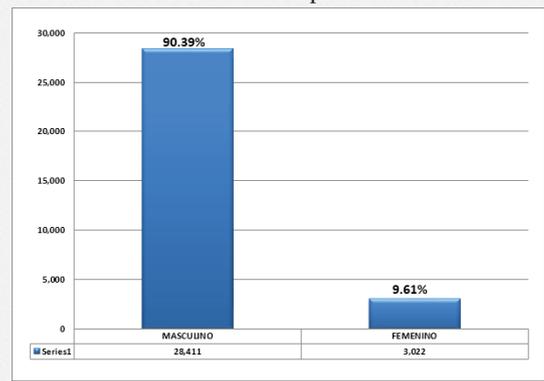
Limite de la Detención Provisional



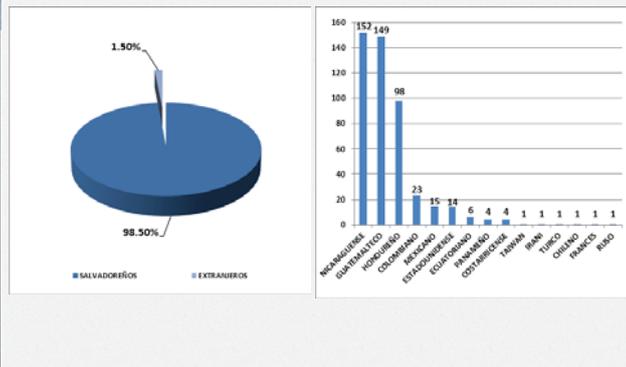
Porcentaje de Reincidencia



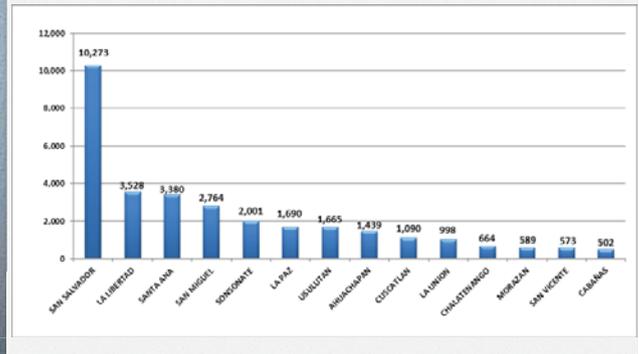
Clasificación de los internos del Sistema Penitenciario por sexo



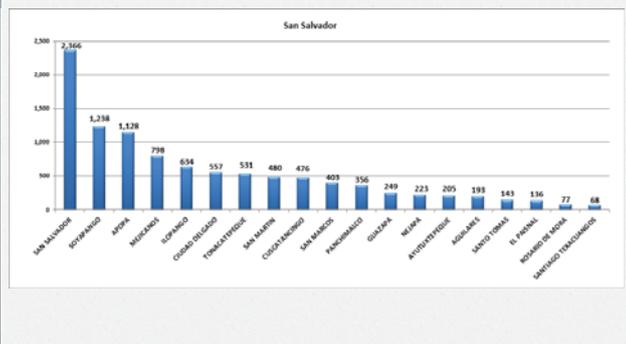
Población Interna Extranjera (471)



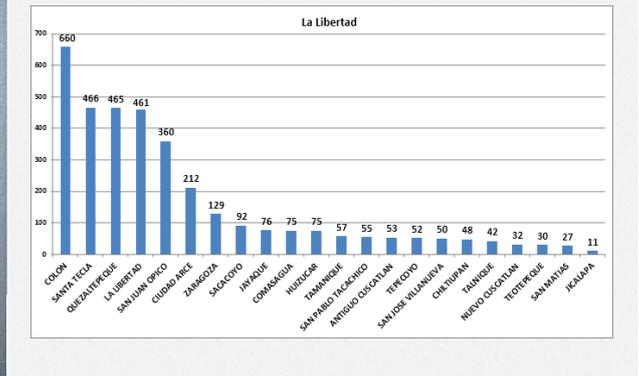
Domicilios de los internos del Sistema Penitenciario



Distribución de la población interna



Distribución de la Población Interna



Distribución de la Población Interna

