

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**



**“EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL PENSAMIENTO DE LA SALA DE
LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL
SALVADOR”**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS.

PRESENTAN:

AMAYA MELARA, XAVIER ANDRÉ
MARTÍNEZ ÁGUILA, MARILYN SARAI

DOCENTE ASESOR:

DR. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO

AGOSTO 2017

CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL

SAN MIGUEL

EL SALVADOR

CENTROAMÉRICA.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
AUTORIDADES**

LIC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR

DR. MANUEL DE JESUS JOYA
VICERECTOR ACADEMICO

ING. NELSON BARNABÉ GRANADOS
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTOBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ.

DECANO.

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ.

VICE-DECANO.

LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNÁNDEZ

SECRETARIO.

MTRO. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA.

DIRECTOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACION.

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

AUTORIDADES:

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ.

JEFE DE DEPARTAMENTO EN FUNCIONES

MTRO. MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA

COORDINADOR GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN

DR. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA

ASESOR METODOLÓGICO.

TRIBUNAL CALIFICADOR.

DR. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO

DR. ADOLFO MENDOZA VÁSQUEZ

MTRO. FAUSTO PAIZ ROMERO

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por guiar mi camino y proporcionarme los medios necesarios para hacer posible la realización de la presente tesis, por la sabiduría, paciencia y fortaleza en el proceso de mi formación académica.

A mis padres Martin y Elvia, por todo el apoyo, paciencia y amor con el que me han formado, por ser los artífices de mi éxito, estar en todos los momentos de necesidad y de felicidad, por creer en mí, por ser mi fortaleza y motivación, y por todo el sacrificio que han hecho por mí, tanto así que no encuentro las palabras para describir mi gratitud. A mi hermano Kevin por todo su apoyo incondicional, por todas aquellas acciones que contribuyeron para alcanzar la meta.

Al Dr. Edwin Valladares Portillo, asesor de contenido, por su dedicación y guía en el desarrollo de la investigación, al Lic. Carlos Armando Saravia, asesor de método, por su tiempo y ayuda en la elaboración de la presente tesis, al Mtro. Miguel Guevara, coordinador del proceso, por su colaboración en este proyecto. A mi compañera Marilyn Martínez, por su paciencia, colaboración, esfuerzo y dedicación en todo el desarrollo de la investigación y a todos los compañeros de seminario por sus aportes y apoyo.

A mis amigos Xenia Escobar, Wilfredo Escobar y Geovanny Barahona, por ser mi otra familia, por su amistad y apoyo en el desarrollo del proyecto de investigación y en toda mi formación académica, y a todos aquellos amigos y familiares que de una u otra forma contribuyeron a alcanzar la meta

Xavier André Amaya Melara

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y a María Santísima por ayudarme a culminar un proceso satisfactorio en mi carrera, por regalarme un poco de sabiduría y fortaleza en mi caminar. Agradezco de forma especial a mi madre Gloria Marina, por ser un ejemplo de madre y de mujer, por regalarme la oportunidad de adentrarme en el mundo del saber, y ayudarme a culminar mis estudios con éxito.

Agradecer a quienes hicieron posible la realización de esta tesis, a nuestro asesor de contenido, el Dr. Edwin Godofredo Valladares Portillo, un catedrático destacado en el Departamento de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de nuestra Facultad, por tomarse el tiempo y la dedicación de leer nuestros avances, hacernos correcciones y recomendaciones, especialmente por transmitirnos un poco de sus múltiples conocimientos. Agradecer a mis compañeros del seminario de tesis, quienes estuvieron atentos a las presentaciones de nuestros avances y nos dieron valiosas recomendaciones. A las personas e Instituciones que facilitaron nuestro trabajo de investigación al regalarnos un poco de su tiempo para brindarnos información.

A mi compañero de tesis Xavier Amaya, por ser paciente y muchas veces comprensivo conmigo, por su entusiasmo para llevar adelante este proyecto.

Finalmente y no menos importante, agradecer a las personas que estuvieron pendientes de mí en este proceso, especialmente a Kevin Mejía por su apoyo incondicional en todo momento.-

Marilyn Saráí Martínez Águila

INDICE

EL PLURALISMO JURIDICO EN EL PENSAMIENTO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR

CONTENIDO	PÁG.
INTRODUCCIÓN.....	I
1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
1.1 SITUACION PROBLEMÁTICA.....	6
1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	13
1.2.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL.....	13
1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS.....	13
1.3 JUSTIFICACION.....	14
1.4 SÍNTESIS DEL PROBLEMA.....	18
1.4.1 EXIGENCIA CONSTITUCIONAL.....	21
1.4.2 CONDICIONES JURÍDICAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	22
1.4.3 PROCESO DE ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....	23
1.4.4 CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS.....	25
1.4.5 EFECTOS DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	27
1.4.6 CONCEPCIÓN Y NATURALEZA DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	29
1.4.7 ENFOQUES DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	33

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.0 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL PLURALISMO JURIDICO.....	39
2.0.1 REFORMAS CONSTITUCIONALES DE EL SALVADOR.....	45
2.0.2 DECRETO 743.....	49
2 BASÈ DOCTRINAL.....	53
2.1.1 CONSTITUCIONALISMO LIBERAL.....	54
2.1.2 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.....	54
2.1.3 DOCTRINA DEL NEOCONSTITUCIONAISMO.....	55
2.1.4DOCTRINA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.....	57
2.2 PLURALISMO JURIDICO.....	59
2.2.1 NATURALEZA Y CARACTERIZACION DEL PLURALISMO JURIDICO.....	63
2.2.2 PLURALISMO JURIDICO CONSERVADOR.....	67
2.2.3 PLURALISMO JURIDICO COMO PROYECTO EMANCIPADOR.....	70
2.3 CORRIENTES DE PENSAMIENTO JURIDICO.....	75
2.3.1 JUSNATURALISMO O DERECHO NATURAL.....	76
2.3.1.1 JUSNATURALISMO PANTEISTA (ANTIGUO O GRECO- ROMANO).....	77
2.3.1.2 JUSNATURALISMO CRISTIANO O TEÒLOGICO.....	81
2.3.1.3 JUSNATURALISMO RACIONALISTA.....	83
2.3.1.4 JUSNATURALISMO EN LA ACTUALIDAD.....	84
2.3.2 POSITIVISMO JURIDICO.....	86
2.3.2.1 POSITIVISMO IDEOLOGICO.....	88

2.3.2.2 FORMALISMO JURIDICO.....	90
2.3.2.3 POSITIVISMO METODOLOGICO O CONCEPTUAL.....	91
2.3.2.4 POSITIVISMO LÓGICO.....	93
2.3.3 REALISMO JURIDICO.....	94
2.3.3.1 EL PLANTEO DEL REALISMO JURIDICO.....	94
2.3.3.2 CARACTERIZACIÓN DEL REALISMO JURIDICO.....	96
2.3.4 PENSAMIENTO JURIDICO CRÍTICO.....	97
2.3.4.1 NATURALEZA DE LA TEORICA CRÍTICA.....	101
2.3.4.2 OBJETIVO Y SIGNIFICADO DE LA TEORIA CRITICA..	101
2.3.4.3 LA TEORIA CRÍTICA EN EL DERECHO.....	102
2.3.5 CONSIDERACIONES DE LAS CORRIENTES DE PENSAMIENTO JURIDICO.....	107
2.4 PROCESO DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS.....	109
2.4.1 DESCRIPCIÓN DEL PROCESO.....	109
2.4.2 REQUISITOS PARA SER MAGISTRADO DE LA CSJ DE EL SALVADOR.....	111
2.4.3 INSTITUCIONES QUE INTERVINEN EN EL PROCESO DE ELECCIÓN.....	112
2.4.3.1 FEDERACION DE ABOGADOS DE EL SALVADOR (FEDAES).....	112
2.4.3.2 CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.....	113
2.4.3.3 ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR.....	115

CAPITULO III

MARCO LEGAL

3.1 DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.....	117
---	-----

3.1.1 ARTICULO 2 CN.....	117
3.1.2 ARTICULO 85 CN.....	119
3.1.3 ARTICULO 186 CN.....	119
3.2 LEY DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.....	122
3.2.1 REGLAMENTO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.....	129
3.2.2 REGLAMENTO ESPECIAL PARA EL PROCESO DE ELECCIÓN DE LOS CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PROPUESTOS POR LAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE LOS ABOGADOS.....	134
3.2.3 REGLAMENTO INTERIOR DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.....	136
3.3 DERECHO COMPARADO.....	140
3.3.1 BOLIVIA.....	140
3.3.2 COLOMBIA.....	143
3.3.3 MÉXICO.....	146
3.4 JURISPRUDENCIA.....	148
3.4.1 INCONSTITUCIONALIDAD REF. 78-2011.....	148
3.4.2 INCONSTITUCIONALIDAD REF. 94-2014.....	151
3.4.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	153
3.5 DIÁLOGO Y DELIBERACIÓN EN LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....	155
3.5.1 SENTENCIA DE AMPARO REF. 310-2013.....	156
3.5.2 SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD REF. 35-2015.....	162
3.6 ANÁLISIS JURIDICO CRÍTICO.....	166

CAPITULO IV

PRESENTACION Y ANALISIS DE RESULTADOS

4.1 SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	171
4.1.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	171
4.2 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	177
4.2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	177
4.2.2 POBLACIÓN.....	178
4.2.3 MUESTRA.....	178
4.2.4 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	178
4.2.5 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	178
4.2.6 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	179
4.2.7. INSTRUMENTOS.....	180
4.3.8 PROCEDIMIENTOS.....	180
4.3.8 REALIZACIÓN DE ENTREVISTAS.....	181
4.3 ANÁLISIS DE PRESENTACION DE RESULTADOS.....	200
4.4 ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE HIPOTESIS.....	202
4.5 ANALISIS DE OBJETIVOS.....	209

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES.....	216
5.2 RECOMENDACIONES.....	219

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....224

INTRODUCCIÓN

Con el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se busca la integración y participación de todas corrientes de pensamiento jurídico, en la deliberación y debate a la hora de emitir resoluciones, incluyendo los diferentes enfoques que proponen las corrientes de pensamiento jurídico. A partir de aquí surge el interés por la integración de una Sala de lo Constitucional con diversidad de pensamiento jurídico a partir del mandato constitucional del art. 186 inc. 3°, el cual abre las puertas al pluralismo jurídico; sin embargo, es un tema poco estudiado en nuestro país y debido a ello resulta interesante para la interacción de las distintas corrientes de pensamiento jurídico, en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. A partir de aquí, la presente investigación se estructura en cinco capítulos, que tienen como hilo conductor los retos y desafíos que representa la inclusión del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional.

El Capítulo uno, contiene una síntesis del problema de investigación, a partir de una serie de preguntas que forman parte del enunciado del problema, de estas preguntas se desprenden temas fundamentales y categorías básicas, las cuales se analizan exhaustivamente para una mejor comprensión del problema, para arrancar con ideas generales del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, hacia la comprensión de los

retos y desafíos que condicionan la implementación del proyecto del pluralismo jurídico en nuestro país.

En el capítulo dos, se presenta el marco teórico de la investigación, en el cual se cubren diferentes aspectos, como los antecedentes históricos del tema y la base doctrinaria y teórica del mismo. Se desarrollan los antecedentes históricos del pluralismo jurídico para poder comprender las diferentes etapas que atraviesa el mismo. Para sentar las bases de nuestra investigación, también se estudian las reformas Constitucionales en la que se incluye la reforma por medio de la cual se da apertura al pluralismo jurídico en nuestro país, misma que es la base de la investigación.

En dicho capítulo también se estudia la doctrina constitucional en relación al tema de investigación, así como las implicaciones del derecho de libertad de pensamiento en las diferentes doctrinas constitucionales. Posteriormente entramos de lleno a conocer el pluralismo jurídico para entender en que consiste el mismo, su naturaleza y caracterización, así como los tipos de pluralismo jurídico los cuales hemos identificado como conservador y emancipador.

En vista de que el pluralismo jurídico implica la consideración de las corrientes de pensamiento jurídico para la formación de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, el capítulo dos se desarrollan diferentes corrientes de pensamiento jurídico, realizando así un estudio de cuatro corrientes de

pensamiento para conocer un poco de sus premisas fundamentales, con la advertencia de que no se realiza un estudio detallado o pormenorizado de cada una ellas; en ese sentido, se estudia el Jusnaturalismo o derecho natural, el Juspositivismo o derecho positivo, el realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico; hemos partido de incluir aquellas corrientes que han dominado el pensamiento jurídico occidental y que nuestra constitución que las ha denominado como “relevantes”, así como aquellas que no han tenido un espacio en el mundo jurídico o no son tomadas en cuenta para la formación de las diversas salas de la CSJ.

Uno de los problemas esenciales que se presenta en el tema del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, es el proceso de elección de Magistrados, el cual se estudia en la parte final del Capítulo dos, haciendo mención de las instituciones que intervienen en dicho proceso, tal es el caso del Consejo Nacional de la Judicatura, la Federación de Abogados de El Salvador y la Asamblea Legislativa, entre otras instituciones que directa o indirectamente las vinculamos a dicha problemática, en esta medida, estudiamos el papel de estas instituciones en el proceso de elección de candidatos a las magistraturas, donde se realiza una descripción del mismo, y valoramos los requisitos constitucionales para optar una magistratura.

El Capítulo tres, comprende la base jurídica de nuestra investigación, a través del cual conocemos las condiciones jurídicas para la implementación del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional de la CSJ, partiendo del

estudio de las disposiciones constitucionales como el art. 186 inc.3°, siendo esta la base nuestro estudio, además de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que es precisamente la que respalda el proyecto del pluralismo jurídico. También se estudia el derecho comparado de países donde encontramos un desarrollo del tema en comento. Posteriormente, se estudian las leyes y reglamentos que se relacionan con el proceso de elección de magistrados para determinar cuáles son las condiciones jurídicas que existen actualmente en nuestro país y en qué medida estas leyes y reglamentos consideran las corrientes de pensamiento de los candidatos a magistrados.

En el Capítulo tres, también se estudia el tema de la deliberación y el debate en la Sala de lo Constitucional, pues es uno de los efectos del pluralismo jurídico, se estudian dos sentencias de la Sala de lo Constitucional donde se puede apreciar la deliberación y debate en la misma, para finalizar dicho capítulo con análisis jurídico crítico.

En el capítulo cuatro, se desarrolla el análisis de la presentación de resultados, donde se incluyen las entrevistas realizadas sobre el tema a personas que se encuentran al frente de unas de las instituciones que intervienen en el proceso de elección de magistrados, para conocer su opinión sobre el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, y si estas consideran la corriente de pensamiento jurídico de los candidatos que proponen y eligen. Otro punto que comprende

este capítulo es el análisis y comprobación que de hipótesis, el cual se puede realizar después del desarrollo de todos los temas que comprenden los capítulos anteriores y con el aporte obtenido en las entrevistas, de igual manera se realiza un análisis de objetivos de la investigación, para determinar si se han alcanzado las pretensiones de la investigación.

En el Capítulo quinto, comprende las conclusiones finales de la investigación, tomando una postura crítica sobre la situación de las garantías jurídicas e institucionales para la implementación del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, también comprenden una serie de recomendaciones a todas las entidades que intervienen, para que en nuestro país se pueda alcanzar el proyecto del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

CAPITULO I

1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La actual Constitución de la República fue promulgada en 1983, y reformada en el año de 1991, con motivo de las negociaciones que culminaron con la firma de los Acuerdos de Paz el dieciséis de enero de 1992 en el Castillo de Chapultepec de la Ciudad de México. El veintisiete de abril de 1991, en México se convinieron reformas constitucionales destinadas a mejorar aspectos significativos del sistema judicial y a establecer mecanismos de garantía para los derechos humanos, así como una nueva organización de la Corte Suprema de Justicia y nueva forma de elección de sus Magistrados.

Según Decreto Legislativo N° 64 de 31 de octubre de 1991, las reformas a la Constitución de la República, incluye, entre otros el siguiente artículo:
“Artículos 186.- Se establece la carrera Judicial.

“...La elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se hará de una lista de candidatos, que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los abogados de El Salvador y donde deberán estar representadas las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico...”

Se encuentra en la disposición legal mencionada un mandato constitucional, en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador deben estar representadas “las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico”, por lo que se debe procurar dar cumplimiento para la Sala de lo Constitucional por pertenecer está a la Corte Suprema de Justicia. Son diferentes las teorías que aportan al pensamiento jurídico, con concepciones diferentes del derecho, a menudo una en contraposición a otra, las doctrinas más relevantes y que han dominado el pensamiento jurídico occidental son el jusnaturalismo y el juspositivismo.

La concepción Jusnaturalista como teoría del derecho ha dominado el escenario jurídico por un período incomparablemente mayor que su reciente opositor, el positivismo, ya que quizás se pueda decir que nace junto con la propia concepción de derecho. Sin duda alguna, el elemento de referencia de una teoría que pretenda llamarse Jusnaturalista está en el hecho de tener como punto de referencia de su teoría el derecho natural, y que establece una relación entre el derecho y la moral.

En contraposición a la corriente del jusnaturalismo existe la corriente del positivismo jurídico, su doctrina asume un carácter diferente respecto al estudio del derecho de modo que propicia importantes debates con temas polémicos relativos al derecho existente y el funcionamiento de los sistemas jurídicos, donde se destacan discusiones sobre el contenido del derecho, su relación con la moral, su origen social o presupuesto, su eficacia o no

eficacia. Su principal tesis es la separación conceptual de moral y derecho, lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos.

Como vemos, a lo largo de la historia el ser humano siempre ha estado en búsqueda de la verdad, y el fenómeno jurídico no es la excepción a ello, por lo que los juristas según sus criterios y su forma de concebir el derecho adoptan una de las principales corrientes filosóficas del derecho. Por esta razón, es que dentro de la comunidad jurídica existan criterios diferentes acordes a su corriente de pensamiento, que representa una interacción dinámica y permanente de posturas distintas y variadas voces, todas dignas de consideración en el camino entre el desacuerdo y el consenso.

Esto nos lleva a una coexistencia de diversos criterios o ideas del pensamiento jurídico, diferentes formas de concebir el derecho y de solucionar los conflictos jurídicos. Respecto a las corrientes del pensamiento jurídico, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de inconstitucionalidad número 78-2011 las ha definido como:

“las corrientes del pensamiento jurídico aluden precisamente a visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir a los sistemas de pensamiento, visión del mundo o conjunto de ideas fundamentales del magistrado sobre el papel del derecho en la sociedad, su relación con el poder, la moral y los valores, así como sobre el método jurídico y la función de los jueces en el

cumplimiento de las prescripciones jurídicas que integran el ordenamiento, entre otras cuestiones esenciales que dichas corrientes de pensamiento están llamadas a responder”¹

La coexistencia de diferentes corrientes del pensamiento jurídico implica, favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo, a partir de la convicción que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad y que esta solo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro entre posiciones diversas. Cuando tenemos diferentes corrientes del pensamiento jurídico coexistiendo y aportando a la solución de problemas jurídicos, encontrándose unas frente a la otra con ideas diferentes, es ahí donde encontramos un claro ejemplo de un pluralismo jurídico incluyente, participativo y democrático.

Surge entonces para el sistema Jurídico e Institucional la necesidad de darle cumplimiento al mandato constitucional que establece el art.186 inciso 3° Cn, que está orientada para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y precisamente para nuestra investigación a los magistrados que conforman la Sala de lo Constitucional. Pero hacer un reconocimiento únicamente a las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico, es concebir al pluralismo jurídico con una visión reducida y limitada que no es compatible con el enfoque amplio de inclusión y participación que se pretende incorporar en el

¹ Inconstitucionalidad 78-2011 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, uno de marzo de 2013

pensamiento de los magistrados, pues no se pueden dejar de lado otras corrientes de pensamiento por no ser consideradas relevantes, se estarían excluyendo a las minorías y esto es totalmente contrario a nuestra pretensión, pues lo que se persigue es la creación de un espacio abierto a la democracia participativa donde se involucren las diferentes manifestaciones de pensamiento jurídico, que pasen de ser simples espectadores a ser sujetos partícipes y creadores de justicia.

Esto implica una obligación a partir de la cual el proceso de elección y nombramiento, debe de dar la oportunidad a los candidatos a las magistraturas de exponer y argumentar la corriente del pensamiento jurídico que representa, a esta exigencia se le debe de dar cumplimiento desde la conformación de la nómina que presenta el Consejo Nacional de la Judicatura, así como en las entrevistas o en los procesos de elección que realice la Asamblea Legislativa; por otro lado, en el procedimiento ante FEDAES (Federación de Abogados de El Salvador) que la comunidad de abogados exija a los candidatos no la centren en eventos sociales si no, en verdaderas disertaciones y debates académicos en el que los abogados puedan conocer las aposturas intelectuales de los candidatos, en armonía con el carácter meritório y objetivo que debe tener el proceso de selección de los magistrados, en función de las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales.

Tener una u otra visión respecto a un fenómeno jurídico no hace a los sujetos mejores o peores, la diversidad es propia de la naturaleza humana. La pluralidad de pensamiento jurídico, y particularmente en la Sala de lo Constitucional puede enriquecer, equilibrar y democratizar sus decisiones, con un tribunal monocromático, o con sujetos sin posturas intelectuales claras es menos probable que esto se logre.

Los magistrados tienen la facultad y el derecho de elegir la corriente del pensamiento que más les convenga o se apega a sus ideales, esto como parte de la autonomía que como personas poseen y en este caso autonomía que como profesionales del derecho poseen; en ese medida tenemos, que la autonomía promueve el pluralismo ideológico y la expresión de ideas diferentes. Esto nos conduce al debate y la contradicción, y frente a esto los magistrados tienen que adoptar una función de diálogo y deliberación para lograr una decisión colectiva a partir de opiniones diversas. Con un propósito deliberativo, el diálogo trasciende a la discusión o al debate, según el grado de las opciones enfrentadas, y de este modo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interferirían con una respuesta adecuada. Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo; ello si existe como debería un leal compromiso con los resultados de la argumentación libre entre iguales, de las alternativas en competencia.

El pluralismo jurídico de la Sala de lo Constitucional se debe ver reflejado en las resoluciones que esta emite, pero con el simple mandato constitucional no se garantiza que se le dé cumplimiento a esta exigencia, principalmente porque de momento las resoluciones no son objeto de control por un órgano superior y en esta medida se podrían ver manipuladas las corrientes del pensamiento jurídico al momento de tomar decisiones.

En definitiva, la problemática surge en primer lugar por el incumplimiento al mandato Constitucional del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional, ya que ni en el procedimiento de elección de magistrados a la CSJ se procura que haya pluralidad ideológica y que frente a ello se tenga como prioridad las posturas más claras y solidas del pensamiento jurídico. En el proceso decisorio para la solución de conflictos jurídicos, no se asegura que se tengan en cuenta las diferentes corrientes de pensamiento y se pongan a discusión para tomar la mejor decisión posible y consistente frente a una realidad concreta. En segundo lugar, la concepción conservadora de pluralismo jurídico que maneja nuestra Constitución y la misma Jurisprudencia, pues su enfoque de exclusión a corrientes consideradas menos relevantes no es compatible con la verdadera concepción de pluralismo jurídico emancipador, participativo e inclusivo, generando espacio para las diferentes formas de pensamiento jurídico. No obstante, en nuestro país y a pesar de la importancia que representa la Sala de lo Constitucional con sus resoluciones, para la conformación de ésta, no se le ha dado

importancia a determinar y argumentar la corriente jurídica-filosófica que cada uno de los magistrados representa y mucho menos a asegurar el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, generando un efecto negativo por la ausencia del mismo, al no permitir visiones distintas a las predominantes, haciendo imposible la construcción crítica de soluciones a los problemas jurídicos, anulando la democracia, debilitando el Estado Constitucional de Derecho y la Justicia Constitucional.

1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1.2.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL

i) ¿Existen las condiciones jurídicas necesarias, partiendo de la exigencia constitucional del art. 186 inc. 3° para la implementación del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador?

1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

i) ¿Existen los procedimientos adecuados para la elección de candidatos a magistrados, donde se asegure el pleno cumplimiento de la exigencia constitucional de un Pluralismo Jurídico representado en la Sala de lo Constitucional?

ii) ¿Cuál es el efecto que genera el reconocimiento o la ausencia del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional?

iii) ¿Es la concepción y naturaleza del pluralismo jurídico compatible con la exigencia Constitucional del art. 186 inc. 3° que reconoce el pluralismo jurídico de los magistrados de la Sala de lo Constitucional?

iv) ¿El reconocimiento de nuestra constitución al pluralismo ideológico excluye a las corrientes de pensamiento jurídico consideradas no relevantes?

1. 3 JUSTIFICACIÓN

Una de las razones que da soporte a nuestra investigación es que la mayoría de investigaciones de pregrado para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, por lo general se centran únicamente en el desarrollo de problemáticas de Derecho positivo, pero rara vez nos encontramos con investigaciones orientadas a la Filosofía del Derecho y que estén en concordancia con el Derecho Constitucional, pues temas como estos pasan a segundo plano por considerarse poco relevantes o sin mayor trascendencia.

Hacer un estudio de elementos jurídicos-filosóficos que van más allá del derecho positivo, nos ayuda a tener una visión más amplia respecto al Derecho y una clara comprensión de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, pues sin duda éstas juegan un papel determinante en la comunidad jurídica y sobre todo en los operadores de justicia, ya que cada uno retoma una corriente de pensamiento y según ella, se va a concebir el derecho en la

sociedad, esto es relevante desde la perspectiva que estas se ven reflejadas en las resoluciones.

Por el impacto social que generan las resoluciones de la Sala de lo Constitucional, es de nuestro interés realizar un análisis jurídico-crítico para determinar si las corrientes de pensamiento jurídico están inmersas en sus resoluciones y en qué medida se le está dando cumplimiento a la exigencia constitucional del art. 186 inc. 3° en el que se hace un reconocimiento a las principales corrientes de pensamiento jurídico, las cuales deben estar representadas en la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, nuestro mayor interés en la investigación se focaliza en la incorporación del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, ya que este como un proyecto que busca la democratización y descentralización de un espacio participativo, abre las puertas a todas las corrientes de pensamiento jurídico que tengan una función interactiva y creadora de soluciones a problemas jurídicos, fortaleciendo de esta manera la democracia y la justicia constitucional.

Observamos, que por medio del mandato Constitucional para la elección de magistrados a la Corte Suprema de Justicia en el Art. 186 inciso 3° se da la apertura al pluralismo jurídico en el pensamiento de los magistrados, estableciendo la representación de las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico en la CSJ, pero el reconocimiento que hace nuestra

Constitución de momento no es suficiente para crear las condiciones tanto jurídicas como institucionales que posibiliten el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, y es a partir de ahí es que nace la importancia del desarrollo de esta investigación, ya que si se pretende que en nuestro país se dé un verdadero reconocimiento y desarrollo del pluralismo jurídico, es necesario determinar la eficacia del mandato constitucional, si es que este verdaderamente es acogido por las instituciones que intervienen en el proceso de elección a magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y si determinar la corriente de pensamiento de los candidatos a magistrados es uno de sus intereses para el proceso de elección de los mismos.

La necesidad de la investigación también radica en determinar la concepción de pluralismo jurídico que se tiene en nuestro país, por medio del seguimiento al mandato constitucional y la jurisprudencia que la Sala de lo Constitucional ha emitido sobre este tema, ya que tenemos que los magistrados como profesionales del derecho, tienen su corriente de pensamiento, la cual representa un conjunto de ideas sobre el papel del derecho en la sociedad, y con base en ello dan respuesta a los problemas que surgen en el mundo jurídico, en esta medida, el pluralismo jurídico debe dar cabida a todas las corrientes de pensamiento que tengan un aporte sustancial al Derecho y no solo aquellas que han dominado un espacio y han sido catalogadas como relevantes.

La adopción de una corriente de pensamiento que puede tener un profesional del derecho es parte de su autonomía, de su libertad de pensamiento, por lo que se debe de respetar y tomar a consideración, y en el caso de la Sala de lo Constitucional esto podría generar conflicto por encontrarse diferentes formas de pensar sobre un mismo punto, pero ante esto, se debe adoptar la función de diálogo y deliberación, pero para determinar si los magistrados de la Sala de lo Constitucional cuentan con esa función, es necesario realizar una investigación, un estudio sobre sus resoluciones a fin de determinar si se llevan a discusión las diferentes corrientes de pensamiento jurídico a fin de tomar la mejor decisión en cada caso concreto.

CAPITULO I
1.4 TEMAS FUNDAMENTALES Y CATEGORIAS BÁSICAS DEL PLURALISMO JURIDICO

Código	Enunciado	Tema fundamental	Categorías básicas
01	¿Existen las condiciones jurídicas necesarias, partiendo de la exigencia constitucional del art. 186 inc.3° para la implementación del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador?	Condiciones jurídicas necesarias para la apertura del pluralismo jurídico	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Exigencia Constitucional ✓ Condiciones Jurídicas para la implementación del pluralismo jurídico
	¿Existen los procedimientos	Condiciones	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Proceso de elección de los

02	adecuados para la elección de candidatos a magistrados, donde se asegure el pleno cumplimiento de la exigencia constitucional de un Pluralismo Jurídico representado en la Sala de lo Constitucional?	Institucionales para asegurar el cumplimiento de la exigencia constitucional del reconocimiento de un pluralismo jurídico	magistrados de la Sala de lo Constitucional ✓ Cumplimiento de la exigencia Constitucional en el proceso de elección de los magistrados.
03	¿Cuál es el efecto que genera el reconocimiento o la ausencia del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional?	Efectos del pluralismo jurídico	✓ efecto del reconocimiento del pluralismo jurídico ✓ efecto de no reconocer el pluralismo jurídico
04	¿Es la concepción y naturaleza del pluralismo jurídico compatible con la exigencia Constitucional del art. 186	Concepción y naturaleza del	✓ Concepción del pluralismo jurídico ✓ Naturaleza del pluralismo jurídico ✓ Exigencia constitucional

	inc. 3° que reconoce el pluralismo jurídico de los magistrados de la Sala de lo Constitucional?	pluralismo jurídico	
05	¿El reconocimiento de nuestra constitución al pluralismo jurídico excluye a las corrientes de pensamiento jurídico consideradas no relevantes?	Enfoques del pluralismo jurídico	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Corrientes de pensamiento ✓ pluralismo jurídico conservador ✓ pluralismo jurídico emancipador

1.4.1 Exigencia Constitucional

El principal argumento jurídico para creer en un espacio abierto, inclusivo, democrático y participativo, es el que encontramos en el artículo 186 inc. 3° de la Constitución de la República, al determinar la posibilidad de que en la Corte Suprema de Justicia se vean representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico y con ello la existencia de un pluralismo jurídico, aunque debemos decir, muy conservador pues no da cabida a otros sectores contrarios al pensamiento jus-filosófico que ya ha sido previamente determinado como relevante.

El planteamiento que menciona la disposición citada, es que en cada una de las Salas que conforma la Corte Suprema de Justicia existan criterios distintos y valorativos entre sí, que encuentren su asidero en una corriente filosófica que conduzca y facilite la resolución de problemas jurídicos mediante el debate, la discusión y la concertación de ideas. Contrario a los fines que persigue el pluralismo jurídico encontramos la unanimidad, la falta de argumentación, el coartar la libertad de expresión y de pensamiento, pues en esta medida se estarían poniendo en peligro la democracia, la Justicia Constitucional y con ello, el Estado Constitucional de Derecho.

La Exigencia de carácter Constitucional requiere la garantía y el cumplimiento efectivo de las instituciones que posibilitan el proceso de

elección de los magistrados y de los mismos candidatos que han sido electos para ejercer la función pública.

Surge desde esta posición, la necesidad de evaluar los criterios que persiguen estas instituciones al determinar la idoneidad de los candidatos a la magistratura, si son limitados al perfil básico que determina la Constitución de la República o si van más allá de esas características generales o elementales.

1.4.2 Condiciones Jurídicas para la implementación del Pluralismo Jurídico

Después de conocer la exigencia Constitucional que da apertura a una tipo de pluralismo jurídico conservador, es necesario dar cuenta en qué medida el desarrollo normativo y jurisprudencial están posibilitando la existencia e implementación de un pluralismo jurídico.

Por su parte la Constitución en el art. 186 inc. 3° crea esa posibilidad al contemplar la necesidad de que en la Corte Suprema de Justicia y especialmente en La Sala de lo Constitucional estén representadas las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico. El mandato genera amplias expectativas dentro de una sociedad en aras de fortalecer la democracia y la justicia Constitucional, sin embargo, en lo sucesivo no existen normas que amplíen esta visión que dispone la Constitución de la República o que garanticen el real cumplimiento de dicha disposición.

En cuanto a la jurisprudencia que emite la Sala de lo Constitucional, que si bien es cierto se ha pronunciado sobre el tema en cuestión, en algunas resoluciones como por ejemplo en la sentencia de inconstitucionalidad de referencia 78-2012, se ha argumentado que la existencia de un pluralismo jurídico implica la coexistencia de diversas corrientes de pensamiento jurídico y la incidencia directa que esta tiene en todos los aspectos posibles para la configuración de la Sala de lo Constitucional y las resoluciones que la misma emite, esta postura coincide con la doctrina en la concepción que se tiene del pluralismo jurídico, en esa medida razonaremos dentro de nuestra investigación la posibilidad de que estas resoluciones estén creando verdaderas condiciones jurídicas que posibiliten su existencia.

1.4.3 Proceso de Elección de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional.

Es de nuestro conocimiento que el proceso de selección de los magistrados a la Corte Suprema de Justicia en general, está dividido en dos etapas; una primera etapa en la que se hace una preselección, que sirve para conformar una lista de 30 candidatos que posteriormente es presentada ante la Asamblea Legislativa y una segunda etapa de selección que comprende el procedimiento interno que el mismo órgano de Estado lleva a cabo para nombrar cinco magistrados titulares y cinco magistrados suplentes, cada tres años de acuerdo a lo que dispone nuestra Constitución de la República.

En una primera etapa del proceso de elección, están las personas autorizadas para el ejercicio de la profesión de la abogacía, a través del voto secreto, a 15 personas de las listas presentadas por las distintas asociaciones de abogados, el proceso es llevado por la Federación de Abogados de El Salvador, donde los gastos de organización son financiados con cargo a un rubro presupuestario asignado al CNJ, de aproximadamente \$7,000 dólares. Cada uno de los abogados votantes tiene la libertad de elegir discrecionalmente de un listado común a 15 candidatos y son precisamente los 15 elegibles quienes pasan a la siguiente etapa del proceso.

La segunda etapa del proceso, es a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura quien también tendrá una lista de 15 elegibles previamente elaborada, cuyo proceso comienza con una convocatoria pública en la que se inscriben todos los abogados y jueces que reúnan todas las condiciones para optar a una magistratura. El CNJ una vez lleva a cabo la inscripción, pide informe al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, al Procurador General de la República, al Tribunal de Ética Gubernamental y a la Sección de Investigación de la Corte Suprema de Justicia. Cada una de estas autoridades expide un informe en el que deja constancia de los antecedentes penales, las faltas administrativas o irregularidades cometidas en el desempeño profesional de los escritos, con esta información el CNJ realiza una preselección y elimina de la lista a aquellos que incumplen alguno

de los requisitos constitucionales y de este modo seleccionar a 15 que pasara a la última etapa de selección por la Asamblea Legislativa.

En esta etapa que es la definitiva, se da un proceso de negociación política caracterizado por dos rasgos: en primer lugar los candidatos deben recabar apoyo de algunos partidos políticos con poder de bloqueo en la votación, por otro lado los partidos negocian entre ellos la distribución de cuotas partidarias con miras a obtener la mayoría calificada requerida para la selección.

La lista de 30 candidatos pasa por la comisión Política de la Asamblea Legislativa en el que la misma debe convocar a los postulantes a una entrevista personal, la comisión negocia entre los partidos políticos los candidatos a ser designados y elabora un dictamen de 5 propietarios y 5 suplentes.

1.4.4 Cumplimiento de la Exigencia Constitucional en el proceso de Elección de los Magistrados.

No obstante el art. 186 inc. 3° constituya una obligatoriedad para las instituciones encargadas de llevar a cabo el proceso de elección de los magistrados como las hemos señalado anteriormente, no constituyen un escenario que proyecte la eficacia y el pleno cumplimiento en los procesos de elección encomendada por una normativa constitucional.

Es probablemente una preocupación latente para la comunidad jurídica que no se estén garantizando los procesos de elección de los magistrados, especialmente por la función que desempeña la Sala de lo Constitucional dentro de nuestra sociedad. Ahora bien, resulta aún más importante para nosotros, que los señalados procesos de elección no tengan como prioridad las características básicas que debería revestir a un aspirante a la magistratura entre ellas la intelectualidad y capacidad para ejercer el cargo.

Para fortalecer el sistema que se diseñó durante las reformas constitucionales de 1991, es considerable generar una restricción o prohibición a aquellos candidatos de realizar campaña, pues su selección no depende una agenda programática, sino más bien de las cualificaciones para desempeñar el cargo, así también generar espacios para conocer cuál es el pensamiento jurídico-filosófico que defienden según sus respectivos ideales.

Por otro lado en el proceso que realiza el CNJ, se revalúen los objetivos de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura a fin de que exista una regulación clara sobre la transparencia, publicidad y la acreditación académica y profesional para valorar la capacidad de los postulantes.

Por tanto, se necesita fortalecer las condiciones Institucionales que den cuenta de un progreso en el sistema actualmente utilizado en los procesos de elección pero sobre todo de la eficacia en el cumplimiento de un mandato Constitucional.

1.4.5 Efectos del Pluralismo Jurídico

El pluralismo jurídico como un proyecto que busca la integración de todos los sectores sociales, y en este caso el reconocimiento y legitimación de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico para su inclusión en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, puede generar una serie de consecuencias que puede ser positivas o negativas con el reconocimiento u omisión de un pluralismo jurídico con enfoque de integración.

Como hasta el momento no se puede asegurar que se garantiza el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional se puede decir que uno de los efectos principales es la exclusión de las corrientes de pensamiento jurídico que no son consideradas relevantes, como es el caso del realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico, no se promueve la participación de sectores que no son tomados en cuenta para organización de la Corte Suprema de Justicia, y al no permitir la inserción de nuevas corrientes de pensamiento la visión de la sala de lo constitucional para dar respuesta a los problemas jurídicos es limitada e insuficiente respecto a los desafíos que plantea la sociedad.

El reconocimiento del pluralismo jurídico plantea un panorama totalmente diferente, con virtudes y desafíos para los magistrados de la Sala de lo Constitucional, el primer efecto y el más importante es la consolidación de la

democracia, pues este proyecto propone la creación de un espacio participativo democrático, con ese ideal se considera la inclusión de las diferentes corrientes de pensamiento, lo que significaría que para la conformación de la Sala de lo Constitucional se incluirían aquellas corrientes que no se consideran relevantes, y no solamente las que hasta el momento han sido consideradas, tal es el caso del derecho natural y el derecho positivo, con el acompañamiento del realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico, el criterio de los magistrados sería más amplio y se le podría hacer frente a los desafíos planteados al momento de resolver los conflictos que presenta la sociedad.

Otro efecto positivo es que al dar espacio a las otras corrientes de pensamiento, se fortalece el derecho de libertad de pensamiento, pues un profesional de derecho que sostenga una corriente de pensamiento como el realismo jurídico o el pensamiento jurídico crítico podría optar sin problemas a una magistratura, de igual forma aporta a mejorar el proceso decisorio, pues hay más aportes de ideas diferentes, diversos puntos de vista y encuentro de teorías, así como también concepciones distintas del Derecho.

Pero el reconocimiento del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia supone un desafío para los magistrados, pues al encontrarse un intercambio de ideas diferentes se genera una serie de conflictos para llegar a tomar una decisión, por lo cual se necesita una forma compositiva e integradora para lograr una decisión

colectiva a partir de opiniones diversas, se necesita de una función de diálogo y deliberación. Con un propósito deliberativo, el diálogo trasciende la discusión o debate, esto aumenta el conocimiento y disminuye la parcialidad de las propuestas, así es como se obtiene el consenso, pero se necesita un verdadero y leal compromiso de los magistrados con los resultados de la estimación y libre y argumentada.

1.4.6 Concepción y Naturaleza del Pluralismo Jurídico

Diferentes autores se han referido al pluralismo jurídico, con diferentes planteamientos para conceptualizarlo, pues se da una multiplicidad de interpretaciones sobre la temática, comprende muchas tendencias con orígenes diferenciados y características singulares, comprendiendo el conjunto de fenómenos autónomos o elementos heterogéneos que no se reducen entre sí.

El abogado brasileño Antonio Carlos Wolkmer, doctor en Filosofía del Derecho y de la Política y profesor universitario, se refiere a la temática del pluralismo jurídico como “la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”²

² Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) “El Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina” CENEJUS

El abogado y profesor universitario colombiano Mauricio García Villegas, opina sobre la conceptualización del pluralismo jurídico como: “la presencia de diferentes códigos de conducta que derivan del carácter híbrido de una cultura en la cual se mezclan e interactúan diferentes visiones del mundo”; una segunda perspectiva analiza este fenómeno como “un hecho social que pone de presente la coexistencia de varios órdenes normativos en un mismo espacio tiempo”; finalmente este fenómeno puede ser apreciado como un hecho derivado de un tipo de aplicación distorsionada del derecho por parte del Estado.”³

Alfredo Sánchez-Castañeda en el libro “Orígenes del Pluralismo Jurídico” lo define de la siguiente forma, “Por pluralismo jurídico se entiende la posibilidad de que en un mismo momento, coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del derecho admite coexistencia y pluralidad de sistemas de la misma naturaleza, particularmente de sistemas estatales (unitarios y federales) y, por tanto, de un pluralismo estatal o nacional”.⁴

Son diferentes los conceptos de pluralismo jurídico, pero coinciden en la coexistencia ya sea de sistemas jurídicos o de ordenes normativos, y para el caso de la implementación de este proyecto en el pensamiento de la Sala de

³ Villegas, García Mauricio (2002) “notas preliminares para la caracterización del derecho en américa latina” Departamento de Derecho Internacional OEA, ILSA, Bogotá D.C, Colombia.

⁴ Sánchez-Castañeda, Alfredo (2012) “Orígenes del Pluralismo Jurídico” La Gaceta Jurídica

lo Constitucional, lo que interesa es la coexistencia y reconocimiento de las diferentes corrientes de pensamiento, con la visión de inclusión y participación democrática que consagra el pluralismo jurídico, es decir trascender en el razonamiento de los magistrados, con el aporte de corrientes jurídicas que no han sido consideradas y que tienen mucho que aportar.

La naturaleza del pluralismo jurídico se remite al mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano. Efectivamente fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se identificó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. Con la llamada "personalidad de las leyes" se estableció que la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica⁵.

Lo cierto es que a través de los siglos XVII y XVIII, poco a poco el absolutismo monárquico y la burguesía victoriosa emergente desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura

⁵ Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) "Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina" CENEJUS, Pág. 4

medieval de las organizaciones corporativas, así como reduciría el pluralismo legal y judicial. A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del Estado Nación unificado, fue con la República Francesa posrevolucionaria, que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela que la solidificación del "mito monista", o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad⁶.

La consolidación de la sociedad burguesa, la plena expansión del capitalismo industrial, el amplio dominio del individualismo filosófico, del liberalismo político económico y del dogma del centralismo jurídico estatal, favorecen una fuerte reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX.

Es importante resaltar algunas características importantes del pluralismo jurídico emancipador de enfoque inclusivo que es el que interesa respecto al pensamiento de la Sala de lo Constitucional, "a) la legitimidad de los nuevos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad,

⁶ Ibídem Pág. 5

d) la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipatoria”.⁷

Con esta caracterización de pluralismo jurídico se puede afirmar que se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación.

1.4.7 Enfoques del Pluralismo Jurídico

La reflexión del fenómeno del pluralismo jurídico ha llevado a generar diferentes enfoques o tipos, pero conviene mencionar los dos enfoques de pluralismo jurídico que menciona Carlos Wolkmer, que son el conservador y el emancipador, es necesario relacionarlos con el sistema jurídico salvadoreño y el pensamiento de la Sala de lo Constitucional.

El pluralismo jurídico conservador es el de corte burgués liberal, minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras, este surge y es defendido a mediados del siglo XX, coincidiendo con un ciclo de capitalismo mundial, que involucraba una integración de mercados, políticas de privatización, formación de bloques económicos, globalización y acumulación flexible de capital, este enfoque se opone radicalmente al enfoque de pluralismo progresista y democrático que es el que se busca para América Latina. Este

⁷ Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) “pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina” CENEJUS

enfoque conservador se caracteriza por inviabilizar la organización de las masas y enmascara la verdadera participación.

Partiendo de la premisa que este enfoque es de minorías exclusivas, se puede establecer una relación con la concepción de pluralismo jurídico que se hace en El Salvador por medio de ley y jurisprudencia, pues se establece en la Constitución de la República que en la Corte Suprema de Justicia deberán estar representadas las más Relevantes Corrientes de pensamiento jurídico, pero con este se hace un reconocimiento únicamente a aquellas consideradas relevantes, en este caso el derecho natural y el positivismo jurídico, por lo que es natural preguntarse qué sucede con las otras corrientes de pensamiento jurídico, pues bajo ese argumento no serían consideradas para la integración de la Sala de lo Constitucional, un profesional del derecho que sostenga la corriente de realismo jurídico o un pensamiento jurídico no podría expresar sus ideas respecto a situaciones que se le plantean a dicha sala, pues con ese enfoque no se busca una integración de las diferentes corrientes de pensamiento.

El otro enfoque que mencionar Carlos Walker es el de pluralismo jurídico emancipador, con una caracterización totalmente diferente al antes mencionado, este como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base, este enfoque busca la democratización y descentralización de un espacio público participativo.

Con la mención de un espacio democrático participativo, se puede afirmar que es el tipo de pluralismo jurídico que se necesita implementar en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, pues se estaría dando cabida a las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, sin intentar suplir las necesidades de dar respuesta a los problemas jurídicos desde la perspectiva limitada de dos corrientes de pensamiento que se han vuelto insuficientes en un medio social que sufre de cambios constantemente, a los que se le podría afrontar con la inclusión del realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico, ya que estas corrientes podrían aportar diferentes teorías y visiones de derecho, que valdría la pena considerar en un proceso decisorio donde se busca la mejor solución posible.

Ahora bien, es necesario hacer una pequeña mención de las diferentes corrientes de pensamiento a considerar con la implementación del pluralismo jurídico, que si bien es cierto busca incluir nuevas perspectivas, no busca desechar o ignorar las corrientes que actualmente han dominado el mundo del pensamiento jurídico, que son el derecho natural y el derecho positivo. Primero, es necesario definir que se va entender por corriente de pensamiento jurídico “las corrientes de pensamiento jurídico aluden precisamente a visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir, a los sistemas de pensamiento, visiones del mundo o conjunto de ideas fundamentales sobre el papel del derecho en la sociedad, su relación con el poder, la moral y los valores, así como sobre el método jurídico y la función

de los jueces en el cumplimiento de las prescripciones jurídicas que integran el ordenamiento, entre otras cuestiones esenciales que dichas “corrientes de pensamiento están llamadas a responder”⁸

Corriente de pensamiento Jusnaturalista o de Derecho Natural: “la concepción jusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia.”⁹

Corriente de pensamiento Juspositivista o de Derecho Positivo: Positivismo como enfoque general en el estudio del derecho, positivismo como teoría del derecho, y positivismo como ideología acerca del derecho. Recordándolo muy rápidamente, en el primer sentido – positivismo como enfoque – se trata de sostener “una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser” y también “la convicción de que el derecho del que ocuparse el jurista es el primero y no el segundo”. En el segundo sentido – positivismo como teoría específica del derecho –, se trata de la suma de la teoría de la coactividad, del imperativismo, de la supremacía de la ley y de la

⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad 78-2011, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, uno de marzo de 2013

⁹ Nino, Carlos Santiago, (2003) “Introducción al Análisis del Derecho” Buenos Aires, editorial ASTREA

consideración del sistema jurídico como completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias). En el tercer sentido – positivismo como ideología – se trata de la atribución al derecho, por el mero hecho de existir, de un valor positivo y, en su versión más radical, de la consideración de que “el derecho positivo, por el mero hecho de ser positivo, es justo” y existe por tanto, respecto de él, un deber de obediencia.¹⁰

Corriente de realismo jurídico: corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, ILLUM, etc., que muestran lo que se ha llamado "una actitud escéptica ante las normas jurídicas, según los realistas, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables."¹¹

Pensamiento jurídico crítico: “se puede conceptualizar la “teoría jurídica crítica”, por un lado, como la formulación teórico-práctica que se revela bajo la forma del ejercicio reflexivo capaz de cuestionar y de romper con aquello que se encuentra disciplinariamente ordenado y oficialmente consagrado (en el conocimiento, en el discurso y en el comportamiento) en determinada

¹⁰ Bobbio, Norberto, (1993) “el positivismo jurídico”, debate, Madrid.

¹¹ Nino, Carlos Santiago, (2003) “introducción al análisis del derecho” buenos aires, editorial ASTREA

formación social; por el otro, como la posibilidad de concebir y revivir otras formas diferenciadas, no represivas y emancipadoras, de práctica jurídica.”¹²

¹² Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) “introducción al pensamiento jurídico crítico” Bogotá, ILSA

CAPITULO II

CAPITULO II

2.0 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL PLURALISMO JURIDICO

El tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo, insertándose en una compleja multiplicidad de interpretaciones, posibilitando enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias.

Es necesario remitirse en un primer momento al mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano. Justamente fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se identificó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local.

Con el surgimiento de la racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad soberana resulta la estatización del Derecho, esto implica el surgimiento del absolutismo monárquico y la burguesía emergente desencadena en un proceso de uniformización burocrática que eliminaría la antigua estructura de las organizaciones

corporativas y de igual manera reduciría el pluralismo legal y judicial. Con la República Francesa postrevolucionaria surgen algunas bases del monismo jurídico al integrar los diversos sistemas legales con base a la igualdad de todos en una legislación común.

Es importante hacer mención a la formación del derecho moderno, pues le fue atribuida la tarea de asegurar el orden exigido por el capitalismo, respecto a ello el Doctor Boaventura de Sousa afirma que: “para desempeñar esa función el derecho moderno tuvo que someterse a la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia moderna y convertirse él mismo en científico. La cientifización del derecho moderno propició, asimismo, su estatalización, ya que el predominio político del orden sobre el caos fue atribuido como tarea al Estado moderno, por lo menos transitoriamente, mientras la ciencia y la tecnología no la pudiesen asegurar por sí mismas.”¹³ El problema no es la consideración del derecho como ciencia, sino más bien utilizarlo como instrumento para el desarrollo del capitalismo y de sus intereses, pues es innegable que el Derecho es un saber especializado que recibe jerarquía científica.

En el campo jurídico y político el paradigma de la modernidad se da en el siglo XIX, que es precisamente cuando el capitalismo se convierte en el modo de producción dominante en los países centrales y emerge la

¹³ Boaventura de Sousa Santos (2000) *“Crítica De La Razón Indolente Contra El Desperdicio De La Experiencia Volumen I”* Sao Pablo, Editorial Declée de Brouwer

burguesía como clase hegemónica, lo que resulta en asociar el paradigma de la modernidad al desarrollo del capitalismo. Surge el positivismo jurídico en el derecho que se considera como construcción ideológica destinada tanto a reducir el progreso social al desarrollo capitalista, como a inmunizar la racionalidad contra la contaminación de cualquier irracionalidad no capitalista, separándose el derecho de los principios éticos y se convirtió en un instrumento dócil de la construcción institucional y de regulación de mercado.

La estatización del derecho como parte de la modernidad significó en un primer momento considerarle como voluntad del Estado, estableciendo que el derecho moderno es un acto de voluntad y el agente de esa voluntad es el Estado. También se consideró el derecho como instrumento de dominación, pues la función que el Estado le puede atribuirle es virtualmente infinita.

El derecho como racionalizador de orden de la vida social, entró en una fase de crecimiento ilimitada, pero errado para maximizar su eficiencia al converger la modernidad socio-cultural con el capitalismo, pues limitarlo de esa manera no le permite adaptarse a las necesidades que surgen con la transformación social.

La visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado, considera que todas aquellas normas que están fuera del derecho Estatal no pueden

ser consideradas como derecho. Sin embargo, un sistema de normas no se identifica necesariamente con un conjunto ordenado y estructurado de normas estatales. Las normas son o pueden ser una parte del sistema jurídico, pero este no se acaba solo en las normas¹⁴.

A finales del siglo XIX y mediados del siglo XX se da una fuerte reacción de las doctrinas pluralistas resultado a una serie de aspectos como la consolidación de la sociedad burguesa, la expansión del capitalismo industrial y el dogma del centralismo jurídico estatal. A partir de las décadas de los sesenta y setenta floreció la tendencia de analizar el derecho desde una perspectiva diferente del denominado centralismo jurídico.

El derecho abordó una serie de estudios que tradicionalmente habían estado reglados a la antropología, los teóricos del derecho necesitaron conceptualizar estructuras normativas que muchas veces no encuadraban con la estructura de los estados occidentales en términos propios, independientes de la antropología, que permitieran capturar los problemas de la existencia de otras formas de derecho.

El estudio del pluralismo jurídico implica un amplio rango de propuestas, que engloban las interrelaciones entre sistemas jurídicos de tradición occidental y ordenes normativos indígenas hasta el estudio de diferentes sub sistemas jurídicos existentes en países industriales, cada una de estas propuestas

¹⁴ Rivas Valencia, Aurelia (2012) *"Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena"* México DF, UNAM, México Nación Multicultural Programa Universitario

conlleva una definición propia del fenómeno de derecho plural. En la actualidad algunos juristas han entendido que el concepto de pluralismo jurídico es fundamental para la construcción de una teoría del derecho postmoderno y global¹⁵.

No parece haber dudas de que en las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los jusfilósofos, sociólogos del derecho y publicistas, Eugene Ehrlich fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, se sitúa en la sociedad misma, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones, etc.¹⁶

George Gurvitch, señala que el monismo jurídico corresponde a una situación política contingente, la creación de los grandes Estados modernos, en el siglo XV y el siglo XIX. La ley del Estado no es la única ni la principal fuente del derecho. El principal pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento, en la teoría de los hechos normativos es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las

¹⁵ Iannello, Pablo. "El Pluralismo Jurídico", Biblioteca Jurídica virtual de la UNAM, Pág. 770

¹⁶ Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno / Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores (2015) UNAM México DF

comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que le sirve de fundamento¹⁷.

El abogado Italiano Santi Romano quien ha desempeñado un papel incontestable en la discusión sobre la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Dice que se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Sin embargo, el derecho estatal, en la medida que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia.

Norberto Bobbio y las fases del pluralismo jurídico. El señala que el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: la primera corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, donde existe no solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta tiene una forma tiene cierto carácter estatista¹⁸. En cuanto a la segunda fase le corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe

¹⁷ Rivas Valencia, Aurelia (2012) "Ensayo: Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena", Universidad Autónoma de México, Diplomado de Justicia y Pluralismo, México DF, Pág. 5

¹⁸ Rivas Valencia, Aurelia. Op. Cit. Pág. 6

un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir un grupo social organizado.¹⁹

Boaventura y el pluralismo cultural, señala que cuando se habla de la noción de pluralismo jurídico cultural, se está frente a la idea de que el discurso jurídico es el reflejo de una cultura determinada, por ejemplo la cultura occidental tiene un discurso jurídico producto de su cultura. Se trata solo de un discurso jurídico de entre tantos existentes, si bien cierto, dominante y hegemónico.²⁰

Diferentes autores aportan al resurgimiento del pluralismo jurídico, con puntos de vista distintos, pero con la idea de buscar soluciones a los problemas que las estructuras jurídicas actuales no han podido resolver, por no adecuarse a las necesidades de todos los sectores de la sociedad, pues el pluralismo jurídico reconoce el derecho estatal como uno de los sistemas legales existentes pero no como el único.

2.0.1 Reformas Constitucionales de El Salvador

La Constitución de 1983 y sus reformas de 1991, introdujeron en la normativa fundamental de El Salvador, modificaciones sustanciales referentes al Órgano Judicial y a la integración de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). La firma de los Acuerdos de Paz en 1992 puso de manifiesto

¹⁹ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) "Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina" Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia

²⁰ ibíd.

la necesidad de contar con una Administración de Justicia apropiada para un Estado Democrático Constitucional de Derecho. De esta manera, parte de los acuerdos adoptados implicaron el establecimiento de un rediseño en las instituciones de justicia, y como parte de ello se consolidaron reformas constitucionales para modificar la forma de elección de los magistrados de la CSJ, del Procurador General de la República y del Fiscal General de la República y, además, se puso en marcha el CNJ, la Escuela de Capacitación Judicial y se creó una Ley de la Carrera Judicial.

Por inercia constitucional, sostenida a lo largo de once de las doce leyes fundamentales que previamente ha tenido la República desde su independencia, el nombramiento de los magistrados de la CSJ se ha efectuado por nombramiento directo del Órgano Legislativo.

Dado que en los regímenes autocráticos o autoritarios a los que se puso fin después de una cruenta guerra civil que duró doce largos años, la Asamblea Legislativa era totalmente dócil a los dictados del Ejecutivo, resultaba obvio que la nómina de magistrados de la CSJ, electos por aquella, respondían, también, a los dictados del Presidente de la República. En efecto, históricamente, la práctica del poder público distaba mucho de los parámetros del Estado Democrático Constitucional de derecho; y revertirla constituyó uno de los puntos cruciales de los Acuerdos de Paz.

Los Acuerdos de México impulsaron las Reformas Constitucionales, destinadas a mejorar aspectos significativos del sistema judicial y a establecer mecanismo para garantizar el respeto de los derechos humanos, a partir de las medidas siguientes: establecimiento de una nueva organización de la Corte Suprema de Justicia y nueva forma de elegir a los magistrados de dicha corte; asignación anual al Órgano Judicial de una cuota del presupuesto del Estado, no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes, creación del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, con la misión esencial de promover los derechos humanos y velar por un respeto; y elección del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República, y del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, por los dos tercios de los diputados, electos de la Asamblea Legislativa.

Asimismo, se acordó redefinir la estructura del Consejo Nacional de judicatura para asegurar su independencia frente a los órganos del Estado y los partidos políticos y para que, el mismo no sea integrado sólo por Jueces, sino también por miembros de otros sectores de la sociedad que no estén directamente conectados con la administración de justicia, bajo la responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura, cuyo objeto será asegurar el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales, elaboración de una legislación sobre la carrera judicial, con mecanismo de ingreso que garanticen la objetividad de

la selección, la igualdad de oportunidades entre los aspirantes y la idoneidad de los seleccionados.

“Cincuenta y cinco reformas en total -según datos del Ministerio de Justicia- llevadas a cabo de conformidad al procedimiento preestablecido, ampliaron aún más el horizonte reformista, incorporando importantes modificaciones, de las cuales un 18.18% correspondían al Órgano Judicial”. Y agregó: “Probablemente la de mayor significación fue la de contar con un Órgano Judicial independiente, confiable y debidamente capacitado y organizado para realizar sus tareas con eficiencia, habida cuenta del papel que le corresponde en la protección de los derechos humanos, en la salvaguardia de los principios constitucionales y en la realización de los postulados del Estado de Derecho”.²¹

El Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) y la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador (FEDAES), cobraban un saludable protagonismo institucional, pues, en adelante, serían los proponentes de candidatos a la Asamblea Legislativa, para que ésta eligiera a los magistrados de la CSJ.

Según Decreto Legislativo N° 64 de 31 de octubre de 1991, las reformas a la Constitución de la República, incluye, entre otros el siguiente artículo: “Artículos 186.- Se establece la carrera Judicial. “...La elección de los

²¹ DEL-FUSADES (2011) “Selección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia” Antiguo Cuscatlán, Junio

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se hará de una lista de candidatos, que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los abogados de El Salvador y donde deberán estar representadas las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico...”

Precisamente la reforma al artículo constitucional es el que da apertura al reconocimiento de las diversas corrientes de pensamiento en el pensamiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, abriendo las posibilidades de considerar el pluralismo jurídico para la integración de la Sala de lo Constitucional.

2.0.2 Decreto 743

El 2 de junio de 2011 el conjunto de partidos de derecha (ARENA, PDC, PCN y GANA) reformaron en la Asamblea la Ley Orgánica Judicial con dispensa de trámite. Esta reforma, conocida por el número del decreto (Decreto 743) fue como una dedicatoria a los cuatro magistrados: de aquí en adelante, los fallos de la Sala de lo Constitucional tendrían que ser decisiones unánimes, contando con el voto de los cinco magistrados que componen la sala, y no por mayoría calificada, como hasta entonces.

Paradójicamente, eran los mismos partidos que, diez semanas antes habían votado para “liberar” la Sala de lo Contencioso de la Corte del requisito de las votaciones unánimes, porque, según el proyecto del decreto anterior, “la

unanimidad es una medida que retrasa los procesos, contribuye poco a la calidad de las resoluciones y, sobre todo, perjudica a las personas en la obtención de la pronta justicia”.

Si quedara duda de que el decreto 743 era un freno a la actuación de los cuatro magistrados, el sello era su carácter transitorio; el decreto era aplicable sólo a la Sala de lo Constitucional y perdía vigencia el 31 de julio de 2012. Sólo los diputados del FMLN no votaron el Decreto 743. El decreto fue sancionado por el Presidente de la República y enviado al Diario Oficial el mismo día e incluso el mandatario ya había reservado espacio para su publicación inmediata

Las reacciones y respuestas al decreto fueron tan veloces como el proceso de aprobación. La Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP) fue la primera en pronunciarse calificando el decreto como “un verdadero golpe a la democracia salvadoreña”. Fue un primer signo de que sucedía algo fuera de la normalidad política: la derecha económica estaba pronunciándose contra la derecha política, también se sumaron al rechazo organizaciones reconocidas por su posición en defensa de los derechos humanos, como la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) y la Asociación Pro Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, así como también, otros movimientos que se manifestaron en contra de este Decreto.

El mismo decreto en el que se prescribía que en las sentencias de inconstitucionalidad, la Sala solo puede emitir el fallo si concuerdan los cinco magistrados, por tales inconsistencias la Sala argumentó que el decreto contenía vicios de forma.

La Sala citó el artículo 185 de la Constitución, que establece que los tribunales de justicia salvadoreños tienen la potestad de declarar inaplicables aquellas disposiciones de otros Órganos del Estado que vayan en contra de la carta magna. “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos contraria a los preceptos constitucionales”, dice el citado artículo.

Un tercer argumento, es que el decreto puede negar el acceso a la pronta y debida justicia que garantiza la Constitución. Dice el documento firmado por cuatro magistrados: ...“Llegar a la solución que suscita mayor acuerdo, donde la exigencia de 5 votos sobre 5 posibles, se puede convertir en un obstáculo insuperable en casos de trascendencia nacional; pues, ante la conformación subjetiva determinada por las distintas corrientes del pensamiento jurídico, no es posible unificar el total de votos en cada decisión”...²²

²² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 37-2011, de fecha seis de julio de dos mil once.

Por lo tanto, la Sala de lo Constitucional resolvió declarar inaplicable el decreto legislativo 743, por medio del cual los diputados pretendían inmovilizar el trabajo de los cuatro magistrados que asumieron en julio de 2009.

La resolución fue emitida por los cuatro magistrados aprovechando que llegó a su conocimiento una demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley de Presupuesto de este año. Según el decreto 743, la Sala debería resolver inconstitucionalidades solamente con el voto de los cinco magistrados, y no de cuatro, como establece la Ley Orgánica Judicial. Desde julio de 2010 hasta la fecha la Sala ha emitido una serie de sentencias que han golpeado los intereses de las cúpulas de los partidos políticos y los de la misma presidencia de la República. A esta le prohibió la posibilidad de contar con la conocida como "partida secreta", que era un fondo sin control legislativo y de la cual el presidente podía hacer uso discrecional. En todas estas sentencias la característica común fue que el quinto magistrado, Néstor Castaneda, no concordó con sus compañeros.

Por eso, sostienen los magistrados, es que como tribunal pueden privilegiar la aplicación de la Constitución en nombre del "derecho más fuerte" cuando resulte contradicha por la legislación secundaria.

En cuanto a los vicios de forma, aseguran que la aprobación del decreto no cumplió los pasos que justifican que haya dispensa de trámites para discutir

y aprobar de inmediato un proyecto de ley en el pleno de la Asamblea Legislativa. El decreto fue sometido a consideración del pleno sin seguir el trámite normal, que es debatirlo en una de las comisiones especializadas del parlamento. Tendría que justificarse una emergencia para aprobar un decreto sin debate de por medio.

La Sala de lo Constitucional también sostiene que los diputados no siguieron un proceso transparente en la formación de la ley: ...“La inobservancia de ese procedimiento transparente, deliberativo y democrático, da lugar a la inconstitucionalidad formal de la ley y, por lo tanto, a su inaplicación o declaratoria general de inconstitucionalidad, en su caso”...

En consecuencia, el Decreto 743 se encontraba en un fuerte contradicción con los principios y fundamentos Constitucionales al exigir la unanimidad en sus resoluciones, pues atentaba directamente contra la democracia y sobre todo, con las bases que fomenta el pluralismo jurídico en el que predomina la libertad de pensamiento, el debate y la contradicción, así como también, genera las posibilidades para fortalecer la justicia Constitucional, más no está en detrimento de ella.

2.1 BASÉ DOCTRINAL

La libertad de pensamiento en la doctrina constitucional

La consideración de las diferentes corrientes de pensamiento en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, supone el reconocimiento del

derecho a la libertad de pensamiento de los magistrados, pues para poder alcanzar un acuerdo en un ambiente de deliberación y debate conformado por las diferentes opiniones que surgen es necesario el respeto a la libertad de pensamiento para poder llegar a un acuerdo.

2.1.1 Constitucionalismo Liberal

El constitucionalismo liberal se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. El constitucionalismo liberal proclamo derechos y libertades esenciales de todos los hombres. El avance de la democracia originó el reconocimiento particularizado de determinadas manifestaciones de la libertad humana, conocidas como libertades civiles. Así, se incorporan a los listados de derechos constitucionales el derecho a sufragio, la libertad de religión, la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones (libertad de prensa, de asamblea y de asociación). La libertad humana exigía libertad de conciencia, libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de reunión,

2.1.2 Constitucionalismo Social

El constitucionalismo social es la ideología por el cual el Estado ejecuta determinadas políticas sociales que garantizan y aseguran el 'bienestar' de los ciudadanos en determinados marcos como el de la sanidad, la educación y, en general, todo el espectro posible de seguridad social.

El derecho a la libertad como uno de los derechos individuales incorporados por el constitucionalismo liberal no es abolido, sigue gozando de la protección del Estado, pero subordinado al bien común.

2.1.3 Doctrina del Neoconstitucionalismo

Es en esta doctrina del Neoconstitucionalismo donde existe una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos. De ese modo, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos, antes que en normas o deberes jurídicos. Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo imperante anteriormente Europeo.²³

Con el Neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica.

El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el Neoconstitucionalismo era el positivismo jurídico. De las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica: validez, eficacia y justicia de la norma jurídica, el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente.

²³ Alfonso Santiago,(2008) "*Sesión privada del Instituto de Política Constitucional*" del 3 de abril de 2008 Pág. 7

Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico.²⁴

La interpretación constitucional, que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la etapa Juspositivista.

El modelo del Neoconstitucionalismo, principalmente a través de la función que encomienda a los jueces, contiene una posibilidad de lograr que los derechos constitucionales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno.

Los derechos a la vida y a la salud, el derecho a la igualdad, los derechos sociales, el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, deben mucho a la labor judicial.²⁵ Se considera que la prudente, lúcida y decidida acción de los jueces y en particular de los tribunales constitucionales puede hacer mucho para la mejora del sistema jurídico y político de un determinado país.

²⁴ Ibídem Pág. 10

²⁵ ALFONSO SANTIAGO, Ibídem Pág. 19

2.1.4 Doctrina del Neoconstitucionalismo Latinoamericano

Este paradigma se presenta como nuevo en un movimiento post-colonial de ruptura con conceptos y preceptos hegemónicos que se habían consolidado en el pensamiento de las sociedades modernas. Los movimientos del constitucionalismo que se ha producido en los últimos años en países sudamericanos (Bolivia, Ecuador y Venezuela) intentan romper con la lógica liberal individualista de las Constituciones políticas tradicionales, reinventando el espacio público a partir de los intereses y necesidades de las mayorías alejadas históricamente de procesos decisorios.²⁶

Las características y fundamentos del constitucionalismo democrático, propios de la experiencia europea tras la II Guerra Mundial, han sido paulatinamente incorporados por los diferentes Estados en sus progresivos procesos de democratización, especialmente en Latinoamérica. Estos cambios han dado lugar a lo que se denomina como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en el que alcanzan un gran protagonismo el reconocimiento de los derechos y las garantías como núcleo duro del Estado Constitucional, la apuesta por el Estado social frente al Estado neoliberal, el abandono de una visión centralista del Estado, el incremento de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos.

²⁶ Belloso Martín, Nuria (2015) “El Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?” Área de Filosofía del Derecho Universidad de Burgos

El “nuevo constitucionalismo” centra su interés en la relación democrática que dará origen a las Constituciones y a la difusión de mecanismos democráticos, es decir, es más una preocupación política que propiamente jurídica. Ese “nuevo constitucionalismo” busca la legitimidad de la soberanía popular antes incluso que la preocupación y la afirmación jurídica positivada.

El interés por las causas sociales que motivaron los nuevos textos constitucionales, así como el ímpetu insurgente, la transformación del Estado y el cambio de rumbo jurídico en favor de poblaciones a las que históricamente se les han negado necesidades fundamentales, han sido factores que originan el movimiento caracterizado como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”

De esta manera podemos sintetizar que el Neoconstitucionalismo como el nuevo constitucionalismo Latinoamericano para muchos autores son categorías diferentes, que han dado origen en situaciones distintas pero que pueden coincidir en determinados aspectos, tal es el caso de la centralidad de la supremacía constitucional o de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Entendemos que el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano parte del legado del Neoconstitucionalismo en algunos aspectos pero que difieren en muchos otros, ambas doctrinas han sido pensadas en gobiernos y sociedades diferenciadas según sus necesidades pero que generan un aporte al Derecho Constitucional y a al presente proyecto investigativo partir de las características propias de estas doctrinas.

2.2 Pluralismo Jurídico.-

El pluralismo jurídico es un tema amplio por los diferentes enfoques que se pueden estudiar respecto a su desarrollo, con diferentes visiones aportadas por muchos autores, sin embargo, es un tema novedoso que tiene mucho que aportar al mundo de las ciencias jurídicas, y que hasta hace pocos años se ha considerado en diferentes países para la inclusión de éste en sus sistemas normativos. Para poder comprender la dimensión del pluralismo jurídico es necesario conocer las concepciones que se han realizado sobre el mismo, de igual manera es necesario conocer cuál es su naturaleza, caracterización y los tipos de pluralismo jurídico que son más trascendentales.

Desde el punto de vista de la antropología se ha aceptado que una de las concepciones más acertadas de pluralismo jurídico fue la desarrollada por Leopold Pospisil, fue uno de los primeros en sostener una visión amplia de pluralismo jurídico no reducida a la definición estatal/no estatal. En su definición se establece que cada sociedad se articula en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal el cual es necesariamente diferente al menos en algún aspecto.²⁷ Esta propuesta permite identificar la existencia del derecho en subgrupos con independencia de la existencia de la concepción de la sociedad como un todo, de tal manera que no hay sociedad

²⁷ Griffiths, John (1984) "¿Qué es el Pluralismo? Vol. 24

que tenga un único sistema legal coexistiendo, sino más bien tantos subsistemas como subgrupos existan.

Desde las definiciones propuestas por el derecho, la de Hooker ha sido una de las más difundidas. Afirma que el pluralismo jurídico puede entenderse como aquellas circunstancias en el mundo contemporáneo que ha resultado de la transferencia de sistemas legales a entornos culturales diferentes. Desde ese punto de vista, un sistema jurídico es pluralista cuando existen diferentes regímenes normativos soberanos y cuando existe algún tipo de relación entre los regímenes paralelos y el sistema central.²⁸

Una de las contribuciones centrales a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta de John Griffiths, quien realiza la distinción entre el concepto de pluralismo jurídico propio de las ciencias sociales y la proposición jurídica del citado concepto. El primero refiere a una determinada situación empíricamente dentro de un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un único sistema; el segundo resulta de la coexistencia de dos órdenes jurídicos que degeneraron a partir del proceso de colonización por parte de los países²⁹, y es precisamente esta segunda concepción la que interesa para el desarrollo del tema de investigación por las aportaciones que puede realizar al sistema jurídico.

²⁸ Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno / Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero,(2015) editores UNAM México DF

²⁹ *Ibíd.* pág. 773

El pluralismo jurídico no es simplemente la posición a un régimen jurídico monista. En otros términos, la existencia de diferentes reglas aplicables a diferentes estratos de la población no constituye en sí mismo la existencia de un orden jurídico plural en el sentido fuerte del término, pues puede existir el fenómeno de reconocimiento por parte de un estado de diferentes sistemas normativos. El pluralismo jurídico resulta de la organización jurídica de la sociedad, en tanto el derecho es uno de los mecanismos de control social disponibles en diferentes ámbitos sociales, por lo tanto la coexistencia de sistemas normativos es congruente con la organización de la sociedad.

Uno de los puntos importantes que significó un avance en la conceptualización del pluralismo jurídico fue la idea de los campos sociales semiautónomos, que se caracteriza por la posibilidad de generar reglas y garantizar su aplicación e inducir a la conformidad con dicha regla. Cada uno de dichos campos contiene sus propias costumbres, que contienen diferentes niveles de normas legales. Su rasgo distintivo proviene de la ausencia de autonomía y de asilamiento, pero a la vez es permeable a las reglas y decisiones que emanan de grupos más grandes.

Las posturas de pluralistas por lo general tienden a caracterizarse en un sentido más clásico por marcar una tensión entre el derecho estatal y un sistema menor de derecho. La existencia de conflictos en el pluralismo jurídico parece una de sus notas esenciales. Sus proponentes encuentran inconsistencias en lo que se denomina derecho y lo que realmente es

derecho. Principalmente porque lo que se denomina derecho proviene del “estado hegemónico”, mientras que existen campos normativos que escapan al derecho estatal y que también cumplen con las funciones propias de aquello que suele conceptualizarse tradicionalmente como derecho.

Sin embargo, existen otras posturas que no necesariamente contemplan la tensión entre derecho estatal y no estatal, pues la existencia de derecho positivo contempla mecanismos de jerarquización de normas en donde se permite la incorporación y articulación con otros sistemas legales existentes, propios de cuerpos menores como los sindicatos, universidades, incluso las comunidades de pueblos originarios. Se muestra que la estructura típica del derecho positivo de un estado nación clásico se encuentra cada vez determinado por la influencia del sistema de derecho transnacional, que tiene injerencia en la determinación del lugar que ocupan los derechos no estatales dentro del derecho estatal. Por ejemplo, el reconocimiento de las culturas y tradiciones de los pueblos originarios producto de las convenciones existentes de derechos humanos.

Se ha conceptualizado el pluralismo jurídico de forma general, pero poder comprender sus implicaciones es necesario estudiar cómo fue su surgimiento, por lo que se abordara su naturaleza como su caracterización para posteriormente desarrollar los tipos de pluralismo jurídico que se relacionan con la investigación y sus implicaciones en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

2.2.1 Naturaleza y Caracterización del Pluralismo Jurídico

Partiendo de la anterior conceptualización de pluralismo jurídico, es importante tener una noción de las causas determinantes para su aparición, examinando más atentamente el fenómeno, apunta el profesor de la Universidad de Coímbra, Boaventura de Sousa Santos, que el surgimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; b) “origen no colonial”. En el primer caso, el pluralismo jurídico se desarrolla en países que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués etc.). Con esto, se impuso, forzosamente, la unificación y administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias”³⁰

Más allá del contexto explicativo colonial, Boaventura de Sousa Santos resalta que se debe considerar en el ámbito del pluralismo jurídico de “origen no colonial”, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el Derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía,

³⁰ Santos, Boaventura de Sousa. (1998) El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio A Fabris,

Etiopía etc.). Por otro lado, se trata de la hipótesis en que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo Derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS). Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su Derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía)³¹.

En cambio, Joaquim A. Falcão introduce, de forma innovadora, la aserción de que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en la propia crisis de la legalidad política. Al contrario de lo que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, Falcão entiende que, en países del Tercer Mundo, como Brasil, la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el Derecho oficial, está correlacionado directamente con la variable de legitimidad del régimen político.³²

Ya el investigador belga Jacques Vanderlinden, en un ensayo síntesis sobre el pluralismo jurídico apunta que las dos principales causas genéricas del

³¹ *Ibidem*, pág. 74-75

³² Cf. FALCÃO, Joaquim A (Org.).(1984) *Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas*. Rio de Janeiro: Forense.

pluralismo se refieren a “injusticia” e “ineficacia” del modelo de “unicidad” del Derecho.³³

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas no admisibles de negligencia, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macro-variables históricas solo pasibles de investigación profunda si acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.³⁴

La naturaleza del pluralismo jurídico no radica en negar o rechazar el Derecho estatal, más bien consiste en reconocer que éste es apenas una de las tantas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. De este modo, el pluralismo legal no contempla solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. El pluralismo puede tener como meta, prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas controladas por el Estado.

Con base en la conceptualización y naturaleza del pluralismo jurídico se puede establecer que una de sus características esenciales es la

³³ Wolkmer, Antonio Carlos,(2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina” CENEJUS

³⁴ *Ibíd.* pág. 7

coexistencia de órdenes jurídicos, la cual abre la posibilidad la posibilidad a una propuesta de clasificación, la dualidad entre “pluralismo jurídico estatal” y “pluralismo jurídico comunitario”. Se concibe el primero como aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el Estado. Se admite la presencia de numerosos “campos sociales semiautónomos”, con relación a un poder político centralizador, así como múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través de grados de eficiencia, siendo atribuida al orden jurídico estatal una positividad mayor. Ante esto, los derechos no estatales representan una función residual y complementaria, pudiendo ser minimizada su competencia o bien, incorporada por la legislación estatal. En lo que concierne al “pluralismo jurídico comunitario”, éste actúa en un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, subsistiendo independientemente del control estatal.³⁵

En síntesis, el pluralismo jurídico no solamente implica un reconocimiento a un nuevo orden jurídico no oficial o estatal, sino también el reconocimiento del derecho estatal como uno de esos ordenes en la coexistencia que busca el pluralismo jurídico, con lo que se fomenta la inclusión y participación de diferentes sectores sociales, con el fin de poder adecuar los sistemas jurídicos las necesidades de orden que el modelo actual no puede resolver en su totalidad.

³⁵ *Ibíd.* ., pág. 8-9

2.2.2 Pluralismo Jurídico Conservador

El proyecto deseado para el tercer milenio no ha de ser el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y disgregadoras.

Este tipo conservador, está vinculado a los proyectos de “posmodernidad”, es otro embuste para escamotear la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria. Aunque es considerado un tipo de pluralismo jurídico pero como hemos señalado, con visiones reducidas y limitadas, es donde muchos Estados se amparan convenientemente para dar práctica al capitalismo y la globalización³⁶.

Robert Nisbest distingue en el desarrollo del pensamiento moderno occidental, tres concepciones de pluralismo: Conservador, liberal y radical. El pluralismo conservador que fue representado por autores como Burke y Bonald constituye un vigoroso ataque a la centralización política consagrada por los ideales de la revolución Francesa de 1789. De otro modo, el pluralismo liberal, asociado a figuras como Lamennais y Tocqueville,

³⁶ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 10

proclama la autonomía individual, la libertad de las asociaciones y la descentralización de las institucionales locales³⁷.

El pluralismo de corte conservador se contrapone radicalmente al pluralismo progresista y democrático que propone Antonio Carlos Wolkmer, La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador “inviabiliza la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.³⁸

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matiz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizados para alcanzar sus intentos económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes.³⁹

Se trata, como asegura Carlos Nelson Coutinho, de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos” fundado en un nuevo desafío: construir una

³⁷ Nisbest, Robert citado por Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Fundamentos de una nueva cultura de Derecho” pág. 160 Tercera Edición, Editorial Mad, SL.

³⁸ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 10

³⁹ Wolkmer, Antonio Carlos Ibídem pág. 10

nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general, sin negar el pluralismo de los intereses particulares”. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.⁴⁰

Así que un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico, tal es el tipo de pluralismo jurídico aquí asumido, áncora de una propuesta de consolidación democrática coherente para la América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores encontrasen en permanente cambio de influencias y continúa reacomodación, haciendo posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de cuño político⁴¹.

Parte de su argumento es referido a la fase ambigua del pluralismo jurídico que, tanto se puede revelar como una estrategia global progresista, como un proyecto de aspecto conservador. Entonces, si por detrás de un pluralismo se encuentra un Gurvitch o un Proudhon, por otro lado, en el rol del monismo, se alinean pensadores como Marx y Hegel.

⁴⁰ Coutinho, Carlos Nelson citado por Wolkmer, Antonio Carlos *Ibíd*em pág.10

⁴¹ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 10

La relatividad de estas ponderaciones refuerza la propuesta de que, para Norberto Bobbio, la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una ideología revolucionaria inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una ideología reaccionaria interpretada como “un episodio de la desagregación o de la sustitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía”⁴²

En decadencia de lo que pluralismo conservador representa, y de la amenaza latente para Latinoamérica, especialmente para países aparentemente democráticos que contrarían a todas luces las aspiraciones evolutivas y de cambio en el ámbito de las esferas normativas y organizativas de un Estado, negando la apertura de nuevos actores emergentes que forjen visiones distintas a las ya representadas. Desde este enfoque, la naturaleza de este pensamiento coincide con el que propuesto desde nuestra Constitución Salvadoreña, por sentar bases exclusivistas y desagregadoras.

2.2.3 Pluralismo Jurídico como proyecto Emancipador

El resurgimiento del pluralismo como un proyecto de legalidad alternativa se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desregulación social y, por otro lado, a la edificación de un

⁴² Bobbio, Norberto (1995) *“fundamentos para una nueva cultura de Derecho”* Editorial Mad pág. 201

proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades esenciales.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios periféricos del capitalismo latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual según Antonio Carlos Wolkmer se deben observar: a) la legitimidad de los nuevos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad, d) la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipadora⁴³.

En primer lugar, este autor destaca la cuestión de los nuevos sujetos sociales que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo a priori, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. El enfoque actual se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se auto determina y modifica lo mundial del proceso histórico social. Lo “nuevo” y lo “colectivo” no deben ser pensados en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad religión o necesidades, sino en función de la postura que

⁴³ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 11

permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores pasasen a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia⁴⁴.

Es de este modo que, al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” y lo “colectivo”, debemos privilegiar en una pluralidad de sujetos los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en la actualidad los sujetos de una nueva ciudadanía, y se revelan como auténticas fuentes de una nueva legitimidad.

Con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, internalizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo sistema de necesidades. Este sistema de necesidades es el segundo presupuesto de la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo. En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las necesidades humanas, que varían de una sociedad a otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia, etc.

El tercer supuesto que desde Antonio Carlos Wolkmer se debe articular para un pluralismo comunitario o emancipador, consiste en hacer viables las condiciones para la implementación de una política democrática que guíe

⁴⁴ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 11

y al mismo tiempo reproduzca un espacio comunitario descentralizado y participativo. La realización de este propósito no parece ser fácil en el contexto de estructuras sociales con alto grado de inestabilidad sociopolítica como las latinoamericanas en general, contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria. Es claro que la ruptura con este tipo de estructura social requiere profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel del pensamiento, el discurso y el comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo. Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, caracterizado por el proceso de consolidación de la democracia participativa de base, es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, que propicia otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos⁴⁵.

La cuarta condición para la construcción de la legalidad alternativa que propone Antonio Carlos Wolkmer es la formulación de una ética de la solidaridad no se basa en ingenierías “ontológicas” y de juicios universales a priori, sino que traduce concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en

⁴⁵ Wolkmer, Antonio Carlos (2003) “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, Pág. 12-13

permanente afirmación. La ética de la solidaridad es la ética antropológica de la liberación que parte de las necesidades de los segmentos excluidos y se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos y expropiados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del otro, encuentra sus bases teóricas tanto en las prácticas sociales cotidianas como en supuestos extraídos de la filosofía de la liberación.⁴⁶

La quinta condición necesaria para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una racionalidad de carácter emancipatorio, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales. El modelo tradicional de racionalidad técnico-formal está llamado a ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, encaminada a modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas.

En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural, como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación. Con el nuevo paradigma que propone Wolkmer, se supera el impasse por la que atraviesan sociedades como las

⁴⁶ Dusse, Enrique (1986), citado por Wolkmer, Antonio Carlos “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina” Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, abril de 2003

nuestras y genera una amplia perspectiva a la introducción de un pluralismo jurídico democrático, participativo e incluyente, que abra las puertas a nuevos sectores sociales, a nuevas corrientes filosóficas que no hayan sido reconocidas pero tienen mucho que ofrecer al mundo jurídico.

2.3 Corrientes de Pensamiento Jurídico

Es importante estudiar las corrientes de pensamiento jurídico pues en teoría son las que sirven de guía para el magistrado, para poder resolver los problemas que se le presentan en el que hacer jurídico, tienen una gran incidencia en las resoluciones que emite la Sala de lo Constitucional. Primero, es importante conocer que es una corriente de pensamiento jurídico, respecto a ello la Sala ya se ha pronunciado en sentencia de inconstitucionalidad con referencia 78-2011, “las corrientes del pensamiento jurídico aluden precisamente a visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir a los sistemas de pensamiento, visión del mundo o conjunto de ideas fundamentales del magistrado sobre el papel del derecho en la sociedad, su relación con el poder, la moral y los valores, así como sobre el método jurídico y la función de los jueces en el cumplimiento de las prescripciones jurídicas que integran el ordenamiento, entre otras cuestiones esenciales que dichas corrientes de pensamiento están llamadas a responder”⁴⁷

⁴⁷ Inconstitucionalidad 78-2011 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, uno de marzo de 2013

Es prudente aclarar que no se realizara un estudio detallado o pormenorizado de las diferentes corrientes de pensamiento, la principal pretensión es describir el sentido esencial de cada corriente, con el objetivo de conocer lo que pueden aportar éstas al pensamiento jurídico de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, y cuál es el efecto de su reconocimiento, para luego determinar si se deben considerarse en la Sala de lo Constitucional, y en qué medida ser tomadas en cuenta.

Al tener una idea de lo que puede aportar cada corriente de pensamiento jurídico, se posibilita determinar el efecto que se generaría con la introducción del pluralismo jurídico, es decir, con la inclusión de las diferentes corrientes de pensamiento, tomando en cuenta las tradicionales como el Jusnaturalismo y el positivismo, así como también otras corrientes menos relevantes, pero que pueden tener mucho que aportar al pensamiento jurídico, tal es el caso del realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico.

Así pues, se estudiaran los aspectos esenciales de las corrientes de pensamiento, con su interpretación y concepción del derecho en relación con los sistemas jurídicos.

2.3.1 Jusnaturalismo o Derecho Natural

El Jusnaturalismo puede definirse como la doctrina que considera al Derecho desde el punto de vista natural, en pocas palabras, es una escuela de pensamiento para la que, existe un derecho superior

(Derecho Natural), compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del derecho.

Para el jusnaturalismo, la naturaleza es algo que existe *per se*, independientemente de nuestra voluntad y de nuestra fuerza. Por eso, este derecho natural, que se supone supremo y trascendente, no depende en lo más mínimo de las consideraciones ni de las formulaciones humanas o estatales. Los derechos naturales existen por sí mismos porque provienen de la propia naturaleza humana. Esta naturaleza (divina o racional) es lo que determina la existencia y el contenido de esos derechos, los cuales, independientemente del reconocimiento que tengan en el derecho positivo (estatal), existe y resultan universalmente válidos y necesarios.

2.3.1.1 Jusnaturalismo Panteísta (antiguo o greco-romano).-

Los Estoicos

Se llama escuela estoica o del Pórtico, porque sus primitivos miembros se reunían en un pórtico de Atenas, *stoa* en griego. Se extiende desde el siglo IV antes de Cristo hasta el siglo II después de Cristo. La primera concepción formal del Jusnaturalismo gira alrededor de los Estoicos, para quienes el universo entero implicaba un orden, ese orden es expresión

de una razón universal y eterna que rige todo el cosmos y esta razón universal coincide con una ley eterna, que humaniza el universo⁴⁸.

En síntesis este Jusnaturalismo trata de leyes que tienen validez universal, en todo tiempo, lugar, y son inmutables; tienen un carácter verdadero imperativo ético impuesto a los seres humanos.

El conocimiento de tales leyes se efectúa por medio de la razón humana en unión a la razón universal, por tanto la conducta del ser humano y cualquier ley producida por él, debe ajustarse al patrón superior fijado por las leyes eternas, en consecuencia el ser humano que altera la armonía fijada por las leyes naturales no puede escapar del castigo del ser humano que altera la armonía fijada por las leyes naturales no puede escapar del castigo⁴⁹.

En lo que respecta al pensamiento ético, los Estoicos piensan que el hombre debe vivir en armonía con el orden cósmico-racional que gobierna el mundo, sometiéndose voluntariamente a la finalidad que impulsa a todos los seres. Por lo tanto, el principio supremo de la virtud es vivir conforme a la naturaleza. Otra fórmula equivalente es la de vivir conforme a la razón.

La parte principal del alma del hombre es su razón, principio rector que debe regular toda la conducta práctica y establecer en el individuo humano un

⁴⁸ Morales, José Humberto (2011). "Apuntes de Filosofía del Derecho", primera edición, editorial universitaria, Universidad de El Salvador, pág. 48

⁴⁹ Morales, José Humberto (2011). "Apuntes de Filosofía del Derecho", primera edición, editorial universitaria, Universidad de El Salvador, pág. 49.

orden riguroso, ajustado al orden universal, impuesto en todo el Cosmos por el Logos inmanente que es la ley suprema de todo el mundo. La razón humana es idéntica al Logos ya que es un efluvio de la razón universal, una participación de la razón divina.

Son los Estoicos los que universalizan la naturaleza humana y fundamentan el Derecho Natural, pues al romperse en el mundo griego la unidad Ciudad - Estado, se pasa del individuo a la especie sin mediación, se profundiza entonces, en la unidad fundamental de los hombres por participar de la misma naturaleza. La unidad fundamental de todos los hombres y los Derechos Fundamentales no viene por ser ciudadanos de un Estado o de una polis, sino por ser ciudadanos del mundo.

Se reconoce la existencia de un Derecho Natural que está por encima de las legislaciones vigentes o positivas de cada Estado. En resumen el único y verdadero bien es la virtud, que consiste en vivir conforme a la naturaleza y a la razón. La felicidad consiste en la práctica de la virtud, y la virtud esencialmente es la sabiduría o prudencia que corresponde a la parte racional del alma y de la cual proceden todas las demás.

El Estoicismo primitivo o griego

La escuela Estoica fue fundada por Zenón de Citio continuador de la escuela Cínica de Antístenes que tomó su nombre del gimnasio Cinosargo, donde tenían lugar las discusiones⁵⁰.

En el pensamiento de esta escuela aparece el concepto de una razón universal que rige y gobierna todo el universo y que se identifica con la divinidad. Esta razón es la Ley Universal tanto para los seres racionales como para los irracionales. Para los hombres significa la medida de lo justo y lo injusto punto de ella se desprenden las potencias que actúan como instintos de los animales y como razón en los hombres⁵¹.

La razón humana es en consecuencia una parte de la razón universal y necesita ser desarrollada por la educación y por el conocimiento del hombre de sí mismo. Por eso sólo el sabio puede llegar al conocimiento pleno de la Ley Universal ir a tener consciencia de que el mismo es una parte de ella. Puesto que todo hombre es racional todos los hombres encuentran en su razón la ley moral y jurídica. Por ello esta ley es universal y eterna y se identifica con el Derecho Natural. Todo hombre debe vivir conforme a su naturaleza racional, que es un efluvio de la razón universal, y actuar conscientemente como miembro del universo como miembro de un mundo espiritual con ánimo pacífico.

⁵⁰ LAERCIO, Diógenes, "Vidas de los filósofos más ilustres", trad. José Ortiz y Sanz, editorial Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1950, tomo II, pág. 66.

El ideal último de según esta teoría era llegar a un estado universal convivieran en armonía guiados sólo por la razón, punto según ellos esta situación había existido en un estadio muy primitivo de la historia humana. En esta edad de oro se había realizado el ideal del Derecho Natural: todos los hombres eran libres e iguales gozaban de sus bienes y posiciones en común, no estaban divididos en clases, ni nacionalidad, ni la familia, tampoco la propiedad privada, ya que eran desconocidos, no existía la esclavitud y ninguna otra forma de dominio del hombre sobre el hombre, todos considerados como hermanos guiados por la razón.

El Estoicismo Romano

El Estoicismo romano es, respecto al griego, más ecléctico y más próximo al pensamiento clásico. Los representantes más importantes de esta corriente fueron Séneca y el emperador Marco Aurelio. En este período de tránsito o de tradición del patrimonio intelectual griego a Roma, reviste particular relevancia una figura que no es en rigor de verdad un representante del estoicismo en sentido estricto sino más bien un pensador ecléctico que reúne ideas del platonismo y de la Stoa: Marco Tulio Cicerón.

2.3.1.2 Jusnaturalismo Cristiano o Teológico

El jusnaturalismo cristiano en términos generales concibe al Derecho Natural como la huella del plan de Dios para el mundo que ha dejado en la mente del ser humano y que, por consiguiente cualquier ley positiva que se

dicte en contra de ese Derecho Natural carece de legitimidad y obligatoriedad, por tanto, toda ley humana debe estar hecha de acuerdo a ese Derecho Natural para que sea eficaz para una sociedad determinada⁵². Los aspectos diferenciadores de este tipo de Jusnaturalismo con otros, son los siguientes cuatro:

El primero, es la idea de creación. El cristianismo transforma el principio fundante del Jusnaturalismo a través de la idea de la creación. Mientras en el pensamiento greco-latino las leyes tenían su origen en el universo natural, en el cristianismo este universo resulta creado por la divinidad, por un Dios único y trascendente a su propia obra.

Un segundo Aspecto refiere al denominado plan de Dios. Para la tradición judío-cristiana el universo resulta creado por un Dios único que trasciende a su propia creación. Tomas de Aquino quien es el principal exponente del Jusnaturalismo teológico, retoma esa tradición ordenándola conforme al modelo aristotélico. Dios no solo crea al mundo sino que también lo gobierna.

Un tercer tópico diferenciador es el de las Leyes; Y por último, un aspecto que diferenciaría al Jusnaturalismo cristiano de las otras corrientes Jusnaturalista es su concepto de Justicia. El pensamiento Jusnaturalista de Tomas de Aquino advierte que Aristóteles ha enunciado convenientemente la justicia por la voluntad que es principio de los actos exteriores y sujeto de la justicia propiamente dicha. Tomás de Aquino demuestra por qué la voluntad

⁵² MORALES, José Humberto. Op. Cit. P.49

es sujeto de la justicia, asunto que remite, a su vez, a otro pasaje anterior de la Suma donde se justifica si la voluntad puede, en efecto, ser sujeto de virtudes. El teólogo y filósofo católico distingue que el sujeto de la virtud es aquella potencia a cuyo acto se ordena la virtud para rectificarlo. En este sentido, como la justicia no se ordena para dirigir algún acto cognoscitivo, el entendimiento no es su sujeto, pues no se llama justo al que conoce algo rectamente. Se llama justo, por el contrario, al que obra algo rectamente. En definitiva, la voluntad se dirige a su objeto siguiendo la aprehensión de la razón; porque la razón ordena a otro, la voluntad puede querer algo en orden a otro, y esto corresponde a la razón de justicia.⁵³

2.3.1.3 Jusnaturalismo Racionalista

Los antecedentes del racionalismo son el Humanismo Jurídico y la escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI.

La crítica humanista desde una perspectiva histórica, no solo significó un golpe al pensamiento jurídico medieval, sino que constituyó un cambio de perspectiva total en cuanto a la cultura jurídica, y en este sentido, un claro antecedente del racionalismo de los siglos venideros.

Sus críticas contribuyeron a la secularización y racionalización de las Ciencias Jurídicas. El afán por la sistematización y su deseo de contar con

⁵³ De Blassi, Fernando Martín (2012)“El análisis de la justicia como virtud en Tomás de Aquino ” Universidad Nacional de Cuyo Pág. 67

sistemas jurídicos ordenados son elementos que manifiestan claramente la fuerza racionalista que comienza a desplazarse, a partir del humanismo.

2.3.1.4 El Jusnaturalismo en la actualidad

Para los modernos sistemas jurídicos, que cuenta con un Estado De Derecho, donde una de las grandes paradojas constituyen cumplir con el principio de legalidad y a la vez realizar los valores tan abstractos y de dimensiones tan poco precisas o tan imprecisas que incorporan los Derechos Humanos, la teoría de Ronald Dworkin puede ofrecer un modelo para explicar los proceso internos, a través de los cuales opera el Derecho Real⁵⁴.

La teoría Dworkin tiene la particularidad de ser una construcción que se fundamente y se desarrolla en sentido negativo, y como antítesis de la concepción utilitarista y positivista del Derecho, el objetivo más importante de su crítica, es refutar el positivismo jurídico, en la versión de quien fuera su profesor Herbert Lionel Hart, el ataque central que emprende Dworkin contra el positivismo se hace con basé en el estatus lógico, la fundamentación y el uso de principios esto es, un tipo de normas diferentes a las reglas.⁵⁵

La teoría de los principios refuta tres tesis positivistas: a) Que el Derecho consiste solo en reglas, las que solo en su origen puede ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que solo de esa forma se

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. (1984) "Los Derechos en serio". Traducción Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*

pueden distinguir, de las normas de otros sistemas normativos, como sería la moral o las reglas del trato social; b) Que el juez en caso difíciles posee, una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos; c) Que un juez en casos difíciles, declare un Derecho que aún no existe.⁵⁶

Dworkin estima que, aun en los casos en que el juez no disponga de una regla para resolver un caso, el mismo se encuentra vinculado por el Derecho, toda vez que a pesar de que no pueda resolver con base en una regla explícita, si en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

Básicamente al juez le estará permitido sólo recurrir a argumentos de principio, en tanto que los argumentos con base en directrices políticas le quedarán reservados al legislador.

A partir de esta diferencia Dworkin refuta la tesis según la cual en algunos casos el juez debe actuar como legislador. Dworkin entiende por Derecho a una praxis interpretativa vista desde el punto de vista del juez, que se niega diferenciar entre lo que es y lo que debería ser el Derecho y se opone a aquellas teorías que pretende aportar una concepción valorativamente neutral del fenómeno jurídico.

La tesis central de la teoría de Dworkin es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. Argumentativa es la praxis jurídica, pues todos los

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*

argumentos que se hacen valer en un proceso tienen por objetivo último fundamentar una pretensión, con lo que la praxis acusa un aspecto proposicional. El resultado de dicho análisis es que dichos métodos no sólo sirven para descubrir el Derecho, sino también para justificar la aplicación de éste.

2.3.2 Positivismo Jurídico

El Juspositivismo o positivismo jurídico es una corriente de pensamiento jurídico, cuya principal tesis es la separación conceptual de moral y derecho, lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos, sin embargo esa separación entre moral y derecho ya ha sido superada por diferentes autores. La teoría del positivismo jurídico es usualmente considerada como analítica, descriptiva y explicativa, el sentido del positivismo jurídico, desde este punto de vista, es proporcionar una precisa caracterización del Derecho tal como éste es en realidad, en lugar de cómo debe ser. Esto, se supone, se sigue de la insistencia positivista en que la teoría del Derecho natural niega la distinción lógica entre descripción y prescripción y, en particular, confunde el análisis del Derecho con su crítica. Este punto de vista puede ser puesto en duda si distinguimos las prescripciones relativas al contenido del Derecho de aquellas relativas a su forma.

Dentro del positivismo jurídico se encuentran tantas escuelas, tantos movimientos, incluso profundamente encontrados entre sí, que mal se haría en considerar que hay una esencia suprasensible de lo que es el positivismo o, de ser positivista. No obstante, hay ciertos aspectos, que podrían permitir alguna identificación de las escuelas positivistas, aunque no son criterios últimos ni definitivos; primero, el rechazo, por algunos o la no consideración, por otros, de las teorías metafísicas dentro del discurso científico del derecho; segundo, la opinión generalizada de que el derecho válido no está necesariamente relacionado con el derecho justo; tercero, el énfasis en la consideración del Estado como única o principal, según el caso, fuente del derecho válido; cuarto, la aceptación del monismo en vez del dualismo jurídico; y quinto, la reivindicación de la expresión lingüística determinable, en especial de la palabra escrita, como la forma propia del derecho, para así diferenciar lo jurídico de la moral, que no se agota en el lenguaje, y precisar los alcances de la norma.⁵⁷

Una generalidad importante sobre la corriente del positivismo jurídico es la clasificación, como la propuesta por el autor italiano Norberto Bobbio, considera que existen tres positivismos: I) el ideológico o como ideología que, sintetizado considera al derecho válido como justo y sabio. II) El teórico o como teoría que, resumiendo considera que el derecho válido, por tanto el que obliga y el que es coercible, es el que es fruto del Estado por lo que

⁵⁷ Fabra Zamora, Jorge Luis Núñez Vaquero, Álvaro (2015) *“Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen uno”* UNAM, Instituto de Investigación Jurídica

termina por identificar al positivismo jurídico como teoría estatal del derecho.

III) El metodológico o como modo acercarse al estudio del derecho no es otro que el que se ocupa del estudio del derecho positivo o válido, y no del derecho que debería ser derecho, es decir, derecho ideal.⁵⁸ Esta clasificación de desarrollara para entrar a conocer más a detalle los tipos de positivismo jurídico.

No existe una definición universalmente aceptada de Juspositivismo. Sin embargo, sus diferentes versiones tienen en común un planteamiento anti metafísico, defendiendo que el objeto de estudio de la ciencia jurídica es, exclusivamente, el derecho positivo, y que éste tiene, en su origen y desarrollo, una relación directa con determinados fenómenos sociales.

2.3.2.1 Positivismo Ideológico

Se ha atribuido al positivismo la tesis de que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales.

Norberto Bobbio caracteriza esta concepción como la que defiende las siguientes proposiciones: "1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser

⁵⁸ *Ibidem* pág. 71

positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez. 2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal" ⁵⁹(en El problema del positivismo jurídico, citado por Santiago Nino).

El positivismo ideológico pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente. Pero esta pretensión es ilusoria. En definitiva, el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones un solo principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. Pero una vez que se advierte esto, se advierte también la radical debilidad del positivismo ideológico.

Los principales exponentes del positivismo no lo son en el sentido ideológico, Kelsen es un caso especial, pues él sostiene que las normas jurídicas existen en tanto y en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria, las normas se dan, no en el mundo de los hechos, de lo que "es", sino en el mundo de lo que "debe ser"; con ese aporte se puede decir que Kelsen

⁵⁹ Nino, Carlos Santiago, (2003) "introducción al análisis del derecho" buenos aires, editorial ASTREA

coincide con el Jusnaturalismo, pero como este autor pretende fundar una ciencia jurídica valorativamente neutra, rechaza la pretensión Jusnaturalista de que la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas deriva de su concordancia con principios morales o de justicia. Para Kelsen tal validez o fuerza obligatoria deriva, en cambio, de una norma no positiva, su famosa norma básica, que dice que lo que un orden coactivo eficaz dispone "debe ser".⁶⁰

Pero en ningún momento dice Kelsen que los jueces tienen que aceptar en sus decisiones la norma básica que dice que debe observarse lo que dispone un sistema coactivo eficaz. Él sólo habla de la aceptación hipotética de la norma básica por parte de los juristas teóricos, para describir el derecho. Esto permite sostener que, a pesar de las apariencias, tampoco Kelsen es "un positivista ideológico".

2.3.2.2 Formalismo Jurídico.

Al positivismo jurídico se le suele atribuir una cierta concepción sobre la estructura de todo orden jurídico, según esta concepción el derecho está compuesto exclusivamente por preceptos legislativos, es decir por normas promulgadas por órganos centralizados, y no por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También se sostiene que el ordenamiento jurídico es siempre completo, consiente y preciso, en suma, el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier

⁶⁰ *Ibidem* Pag. 35

caso concebible. Norberto Bobbio ha denominado esta concepción “positivismo teórico”, porque involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico.

Los principales representantes del positivismo no se adhieren a esta concepción del derecho. Por lo contrario, tanto Kelsen como Ross y Hart sostienen claramente que un orden jurídico puede estar integrado no sólo por normas legisladas, sino también por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y no se pronuncian acerca de cuáles de estas normas tienen prioridad⁶¹. El derecho no es un sistema autosuficiente, pues se pueden presentar lagunas, contradicciones lógicas, vaguedad y ambigüedad lingüística.

Kelsen citado por Santiago Nino sostuvo la tesis que el derecho no presenta lagunas o contradicciones lógicas, aunque, en cambio, sí admitió la existencia de indeterminaciones lingüísticas, lo que hace, según él, que el derecho presente a los jueces no una sola solución sino varias alternativas. Sin embargo, aun con respecto a la tesis de que el derecho es necesariamente completo y consistente, Kelsen de ningún modo sugiere que esta tesis, sea relevante para su posición positivista.⁶²

2.3.2.3 Positivismo Metodológico o Conceptual:

⁶¹ Ibídem pág. 36

⁶² Ibídem Pág. 37

Consiste en la tesis de que el concepto de derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. La idea de que el concepto de derecho debe caracterizarse en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas es una mera tesis conceptual. Esto no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas, y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas.

A este tipo de positivismo se le llama “positivismo conceptual” tanto para diferenciarlo del positivismo ideológico y del teórico, como para indicar que su tesis distintiva es una acerca de la definición del derecho. Esta tesis se opone a la tesis del jusnaturalismo que afirma que la identificación de un orden jurídico o de una norma jurídica presupone juicios valorativos acerca de la adecuación de ese orden a ciertos principios morales o de justicia. Sin embargo, no se opone a la tesis que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente⁶³. Este tipo de positivismo no involucra una tesis de filosofía ética y no implica necesariamente la adhesión a una posición escéptica respecto de la justificación de los juicios de valor.

En síntesis es la tesis de que el derecho se encuentra conceptualmente separado de la moral, por lo que puede ser identificado, definido y analizado sin hacer referencia a valores morales. Toda ley positiva es verdadera ley,

⁶³ *Ibidem* Pág. 37

pero puede haber leyes tanto justas como injustas. Afirmar que una ley es válida no es decir nada sobre su calidad moral.

2.3.2.4 Positivismo Lógico

Hans Kelsen es el máximo representante el Positivismo Lógico, llega a la conclusión de que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado jurídicamente es una ciencia normativa, la cual para mantenerse dentro de los límites científicos aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños, de juicios que no sea normativos, construyendo así la Teoría Pura del Derecho. Para Kelsen, la ciencia jurídica no describe la realidad, no formula juicios de hecho, no es empírica, puesto que su objeto son enunciados de "deber ser".

Sus características son:

- a) Identificación del pensamiento con símbolos.
- b) El contenido formal del derecho se presenta como una estructura lógica-formal con validez en sí.
- c) Desvinculación del medio socio-histórico en que se desarrolla la norma, porque se estructura en un sistema lógico coherente.

De acuerdo con Edgar Bodenhermer, la Teoría Pura del Derecho es un intento de eliminar de la jurisprudencia todos los elementos no jurídicos⁶⁴; deslindándose de las demás ciencias, siendo únicamente ciencia jurídica.

⁶⁴ Bodenhermer, Edgar. Teoría del derecho. Editorial Fondo de cultura económica, México.

Pues en palabras del autor antes citado, menciona que Kelsen define al derecho como el "conocimiento de normas". Esta norma puede ser la norma fundamental (la Constitución) que son coactivas y llevadas a cabo su cumplimiento por el estado, donde estado es igual a derecho.

2.4.3 Realismo jurídico

El realismo jurídico es una corriente teórico-metodológica que centra su objeto de estudio y reflexión en el quehacer cotidiano de los jueces, abogados y las partes involucradas en los problemas jurídicos y sus respectivas decisiones judiciales. Así, los actores de la realidad jurídica juegan un papel importante en la generación e interpretación del Derecho vigente y de aquel que se aplica en la realidad histórica concreta.⁶⁵

2.4.3.1 El planteo del realismo jurídico

El escepticismo ante las normas.

Entre varias otras, hay una importante corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., que muestran lo que se ha llamado "una actitud escéptica ante las normas jurídicas"⁶⁶.

⁶⁵ Sánchez Vásquez, Rafael (2009). "Metodología de la Ciencia del Derecho", México, pág.109

⁶⁶ Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho" (2003) Buenos aires, editorial ASTREA
Pág. 44

Como dice H. L. A. Hart (en El concepto del derecho), el escepticismo frente a las normas es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos.

En los países del denominado "derecho continental europeo", Francia, Alemania, Italia, España, etc., y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del derecho, dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas, y a las normas que los constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia, completitud, etcétera. La asignación de estas propiedades con un grado mayor del que permite la realidad, se debe, entre otras cuestiones, a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática continental sobre presuntas cualidades racionales del legislador. Como los juristas suponen que el legislador es racional, no pueden admitir, por ejemplo, que dos de sus normas estén en contradicción, y si lo están, afirman que es sólo una apariencia, pues investigando el verdadero sentido de las normas en cuestión⁶⁷ podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente en el que no entre en conflicto con la otra⁶⁸.

⁶⁷ Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho" (2003) Buenos aires, editorial ASTREA

⁶⁸ Nino, Carlos Santiago. Op. Cit. Pág.43

Los juristas del llamado common law no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. La mayor parte de las normas que constituyen, por ejemplo, el derecho norteamericano, están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes.

Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad.

Una gran vertiente del realismo norteamericano y algunos juristas escandinavos dieron efectivamente el segundo paso. Es famosa la siguiente frase de Llewellyn (The Bramble Bush): "Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos". ¿Por qué dice "predecir lo que harán los jueces"? La respuesta está dada por el hecho de que el realismo, en términos generales, justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas.

2.4.3.2 Caracterización del Realismo Jurídico:

- La característica principal de esta vertiente del realismo jurídico es su actitud anti-metafísica radical, de acuerdo con la cual la única realidad con la que se corresponden los fenómenos jurídicos es la psicología
- Indeterminación del derecho - los realistas suelen creer que el derecho positivo (las leyes y los precedentes obligatorios) no determinan las verdaderas soluciones a los caso.
- Enfoque interdisciplinario - muchos realistas jurídicos se han interesado en los estudios estadísticos (Holmes), sociólogos (Ross), antropológicos (Llewellyn y su libro the Cheyenne way) etc.
- Enfoque instrumentalista - los realistas creen que el derecho sirve o debe servir como instrumento para alcanzar propósitos sociales.
- El núcleo fundamental del derecho no son las leyes sino los hechos.

2.3.4 Pensamiento Jurídico Crítico

Desde hace algunos años se comenzó a gestar en el mundo jurídico, a partir de su teorización en Italia, un movimiento teórico que buscaba hacer reflexiones desde la crítica a los sistemas de derecho, vistos como discursos ideológicos, a fin de demostrar las contradicciones entre el objeto-fin de la norma y la expectativa real de cumplimiento en cuanto a la observancia de los llamados derechos humanos. Los modelos culturales, normativos e

instrumentales que fundamentaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios de cientificidad se volvieron insatisfactorios y limitados.

La cultura liberal burguesa moderna y la expansión material del capitalismo produjeron una forma específica de racionalización del mundo. Esta racionalización, considerada como un principio organizativo, se define como una racionalidad instrumental positiva que no libera sino que reprime, aliena y cosifica al hombre. La lógica lineal de la estructura moderna del saber jurídico se desdobra así en dos paradigmas hegemónicos: el racionalismo metafísico natural (el jusnaturalismo) y el racionalismo lógico-instrumental (el positivismo jurídico).⁶⁹

Pretender realizar una reflexión en torno a la vigencia de los sistemas jurídicos dentro de un Estado que posea las características propias de un Estado Democrático de Derecho, implica en principio y sin ideologías previas, un análisis de la vigencia de sus estructuras constitutivas; es decir, una crítica jurídica al sistema o sistemas que reconocen, organizan y defienden el conjunto de derechos fundamentales que están vigentes en ese Estado.

Por otro lado, es importante explicar el concepto de “crítica jurídica” como un movimiento del pensamiento jurídico que, dependiendo el autor que lo reflexione, se pueden encuadrar en distintas teorías, las cuales se han estudiado desde todas las latitudes y que responden, en suma, al contexto histórico y cultural de su cuna; en síntesis, son las siguientes:

⁶⁹ Wolkmer, Antonio Carlos,(2003) “introducción al pensamiento jurídico crítico” Bogotá, ILSA

a) Garantismo Jurídico

Autores de esta corriente de pensamiento jurídico estudian al derecho desde el positivismo crítico, es decir no contemplan el ordenamiento existente desde posturas formalistas o exegetas de interpretación textual, sino que revisten a la interpretación crítica como demanda y esencia del nuevo modelo de Estado de Derecho Constitucional.

En atención a estas nuevas corrientes se busca que la norma se base en la interpretación más favorable del principio que rige su creación; una interpretación que permita fallos más justos y apegados a la realidad, que allegue de forma real la garantía reclamada; es decir, que cristalice de forma efectiva y los mejores supuestos los anhelos de justicia a los menos favorecidos.⁷⁰

b) Critical Legal Studies

Este movimiento surge en los Estados Unidos de Norte América, como evolución del realismo jurídico norteamericano y su objetivo principal es reflexionar sobre la función social del derecho. Los máximos representantes de este movimiento teórico-crítico sostienen que el derecho no es un elemento subordinado, ni un instrumento orientado a satisfacer solamente las necesidades de las clases dominantes. El derecho es, entonces el medio que determina las relaciones jurídicas que deberán tratarse sin intereses ocultos

⁷⁰ HURTADO BAÑUELOS (2015) "La crítica jurídica y el uso alternativo del derecho; la necesidad de una corriente regional."

y desprovistos de la dominación de clases para obtener una mejor convivencia humana.⁷¹

c) Crítica Jurídica Francesa

Esta corriente del pensamiento jurídico adoptó una posición teórica que rechaza la simplicidad del positivismo tradicional, realizando una filosofía de la cual debía partir la verdadera ciencia del derecho.⁷²

d) Crítica Jurídica Latina

La obra crítica latina, estudia, desde el discurso y la ideología del derecho, a la ciencia jurídica; apuntando que la mayoría de las veces la interpretación de las normas puede o no corresponder con la realidad social, ya que el sentido ideológico está conformado no por las relaciones sociales que el derecho pretenda regular, sino por meras descripciones de éstas.⁷³

Ahora bien, es prudente aclarar que si bien es cierto que existen numerosas corrientes que explican esta corriente de pensamiento jurídico, desde Portugal, Italia, España, hasta Argentina, México, Brasil y Colombia, todas culminan en lo mismo, crear, a partir de diferentes perspectivas epistemológicas (positivismo, naturalismo y realismo) el diagnóstico de los efectos que tienen en el mundo fáctico el reconocimiento y las garantías de los derechos; concluyendo, la mayoría de las veces, que éstos se han

⁷¹ Ibídem Pág. 7

⁷² Ibíd.

⁷³ Ibíd.

convertido en discursos fetichizados de la función pública del Estado y de la idea que en sociedades modernas tienen una verdadera vigencia.

2.3.4.1 Naturaleza De La Teoría Crítica

Discutir sobre teoría crítica supone necesariamente destacar el sentido de “crítica” que por sus múltiples significados puede ser interpretada y utilizada de diversas maneras en el espacio y en el tiempo, que en ocasiones puede generar ambigüedad en su expresión. Habermas citado por Wolkmer expone que la crítica asume la “función de abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas”.⁷⁴

Así, se puede concebir la teoría crítica como el instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los sujetos inertes y mitificados una toma de conciencia histórica, desencadenando procesos que conducen a la formación de agentes sociales poseedores de una concepción del mundo racionalizada, anti dogmática, participativa y transformadora. Se trata de una propuesta que no parte de abstracciones, de un a priori determinado, de la elaboración mental pura y simple, sino de la experiencia histórica concreta, de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos y de las interacciones sociales, y de las necesidades humanas esenciales.

2.3.4.2 OBJETIVO Y SIGNIFICADO DE LA TEORIA CRITICA

⁷⁴ Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) “Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico” Bogotá, ILSA

La intención de la teoría crítica es definir un proyecto que posibilite el cambio de la sociedad en función de un nuevo tipo de individuo. Se trata aquí de la emancipación del ser humano de su condición de alienado, de su reconciliación con la naturaleza no represiva y con el proceso histórico concebido por él mismo.

La teoría crítica busca la autoconciencia de los grupos que se encuentran en una situación de desigualdad en relación con los sectores dominantes, las clases privilegiadas o las elites, la teoría crítica tiene una formalización positiva ya que sirve al proceso de esclarecimiento y emancipación, pues responde a los deseos, intereses y necesidades de los sectores oprimidos, se adquiere una actitud de auto reflexión para poder disolver las falsas legitimaciones, buscar la revelación y alcanzar un estado final de esclarecimiento.

En síntesis, en la teoría crítica es claro un lenguaje de naturaleza progresista que legitima una aspiración utópica y revolucionaria, relacionada con lo más profundo de la dignidad humana. Sin caer en idealismos o científicismos, el objetivo y la significación de la teoría crítica es, en tanto que proyecto ideológico de desmitificación y emancipación, salvar y rescatar todo un contenido utópico y libertador del pensamiento occidental.

2.3.4.3 La Teoría Crítica en el Derecho

Las bases del movimiento de crítica en el 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. El movimiento, atravesado por tesis de inspiración neo-marxista y de contracultura, comenzaba a cuestionar el sólido pensamiento Juspositivista reinante en el medio académico y en las instancias institucionales.⁷⁵

Así, se proyectaban en el campo del derecho investigaciones que desmitificaban la legalidad dogmática tradicional y a la vez introducían análisis sociopolíticos del fenómeno jurídico, aproximando más directamente el derecho al Estado, al poder, a las ideologías, a las prácticas sociales y a la crítica interdisciplinaria. A lo largo de los años setenta, el movimiento de la crítica jurídica se consolidó principalmente en Francia, con profesores universitarios de izquierda y posteriormente en Italia con algunos magistrados politizados y anti-positivistas. La corriente de la crítica jurídica acabó extendiéndose rápidamente a España, Bélgica, Alemania, Inglaterra y Portugal. En la década de los ochenta sus ecos retumbaron en América Latina, principalmente en Argentina, en México, Chile, Brasil y Colombia.

Es importante determinar que se entiende por “crítica” en este campo específico, la “teoría crítica” es importante en tanto atribuye relevancia al sentido sociopolítico del derecho, es decir, una plena eficacia al discurso que

⁷⁵ *Ibidem* Pág. 31

cuestione el tipo de justicia expuesto por cualquier ordenamiento jurídico. No se pretende negar la “apariencia real” del fenómeno jurídico, lo que se procura es revelar los intereses y contradicciones que se ocultan en las estructuras normativas. La crítica se legitima en el momento en que es competente para distinguir, en la esfera jurídica, el “nivel de apariencias” (realidad normativa) de la “realidad subyacente” (o subrayar aquello que no está prescrito pero que existe).⁷⁶

La categoría “crítica” aplicada en las ciencias jurídicas puede presentar cierta ambigüedad, Wolkmer respecto a ello afirma que “ésta puede y debe ser comprendida como el instrumento operante que permite no sólo esclarecer, estimular y emancipar un sujeto histórico inmerso en determinada normatividad, sino también discutir y redefinir el proceso de constitución del discurso legal mitificado y dominante.”⁷⁷ En esa medida se puede conceptualizar la “teoría jurídica crítica”, por un lado, como la formulación teórico-práctica que se revela bajo la forma del ejercicio reflexivo capaz de cuestionar y de romper con aquello que se encuentra disciplinariamente ordenado y oficialmente consagrado (en el conocimiento, en el discurso y en el comportamiento) en determinada formación social; por el otro, como la posibilidad de concebir y revivir otras formas diferenciadas, no represivas y emancipadoras, de práctica jurídica.

⁷⁶ *Ibidem* Pág. 32

⁷⁷ *Ibid.*

La constitución de una teoría jurídica crítica presupone la concreción de objetivos que deben ser alcanzados por ella. El jurista argentino Luis A. Warat citado por Wolkmer señala algunos objetivos incluidos en los distintos saberes críticos, que son condiciones para instituir cualquier teoría que intente hacer real una crítica plenamente satisfactoria del fenómeno jurídico. En opinión del mismo autor, las corrientes caracterizadas por propuestas metodológicas distintas se aproximan en la medida en que consiguen una lista de objetivos que vale la pena citar en extenso:

- a) mostrar los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos;
- b) denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del derecho y del Estado están apoyadas en la ilusoria separación del derecho y de la política y en la idea utópica de la primacía de la ley como garantía de los individuos;
- c) revisar las bases epistemológicas que comandan la producción tradicional de la ciencia del derecho, demostrando de qué manera las creencias teóricas de los juristas en torno a la problemática de la verdad y de la objetividad cumplen una función de legitimación epistémica, a través de la cual se pretende desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el derecho;

- d) superar los bizantinos debates que nos muestran el derecho desde una perspectiva abstracta, obligándonos a verlo como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses individuales, a la preservación y administración de intereses generales. De esta forma, la teoría crítica intenta reacomodar el derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan;
- e) crear una conciencia participativa que permita a los diferentes juristas de oficio involucrarse de manera competente en los múltiples procesos decisorios, como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del Estado;
- f) modificar las prácticas tradicionales de investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos con relación a los fenómenos que pretende organizar y explicar;
- g) proporcionar, en las escuelas de derecho, un conjunto de instrumentos pedagógicos adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir, partiendo de una problemática discursiva que intente mostrar no sólo los nexos del derecho con las relaciones de poder, sino igualmente el papel de las escuelas de derecho como productoras de ideas y representaciones. Estas últimas se entrelazarán posteriormente con la actividad social

como un valor a priori, lleno de certezas y de dogmatismo. (Warat, citado por Wolkmer en Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico).⁷⁸

Ahora bien, con las ideas básicas y esenciales del pensamiento jurídico crítico, se puede concluir que es una corriente de pensamiento que es merecedora de ser tomada en cuenta en el pensamiento jurídico de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, pues tiene mucho que aportar, desde la crítica que pueden adoptar los magistrados respecto al sistema de normas de nuestro país, hasta la interpretación la interpretación del derecho con el fin de suplir las necesidades de todos los sectores de la población.

2.3.5 Consideraciones De Las Corrientes De Pensamiento Jurídico

Ya con nociones generales de las corrientes de pensamiento jurídico, tanto de las consideradas más relevantes como el naturalismo jurídico y el positivismo jurídico, de igual manera el realismo jurídico y pensamiento jurídico crítico, se puede concluir que todas estas tienen sus puntos fuertes y positivos para aportar al pensamiento de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, todas ellas dignas de ser consideradas en dicha Sala. Con el pluralismo jurídico se busca la integración y participación de todas las corrientes de pensamiento.

Tomar en cuenta solamente las más relevantes corrientes como se ha hecho hasta el momento, debería de ser algo ya superado, pues estas ya no son

⁷⁸ Ibídem Pág. 34

suficientes para dar respuesta a los problemas jurídicos, se deben de buscar alternativas que se acoplen a los cambios de la sociedad y a la evolución del derecho. Los sistemas jurídicos presentan nuevos retos para los juristas y no basta darles soluciones desde las perspectivas clásicas y conservadoras del positivismo o naturalismo, sin embargo, no se está sugiriendo que ya no se deben de considerar estas corrientes de pensamiento jurídico, más bien se deben de tener en cuenta en como parte del pluralismo, ya que tienen mucho que aportar.

Pero surge la duda si los profesionales del derecho se deben decantar por una corriente de pensamiento jurídico, al respecto se puede afirmar que, ninguna corriente de pensamiento es depositaria de la verdad, pues esta solo puede alcanzarse por medio de la discusión y el encuentro de posiciones diversas, por lo que se debería de adoptar un enfoque ecléctico, con la consideración de las diferentes corrientes, con un modo de pensar moderado y conciliado con las distintas doctrinas y teorías que aportan las corrientes de pensamiento jurídico.

Otra opción respecto a ellos puede ser la creación de una corriente integradora, es tiempo de repensar el significado del derecho desde una realidad común, la de la identidad, la de la lengua, la del sistema, la de la lucha, etc., entrelazar lo dicho por los teóricos y filósofos de las regiones y crear, a partir de ahí, una corriente integradora que busque, desde postulados críticos y progresistas, el nacimiento de un modelo o teoría que

responda puntualmente a los intereses y problemas que se suscitan por la ineficacia de los sistemas jurídicos adoptados. Esto implica, necesariamente, abrir al debate los postulados de las corrientes de pensamiento, discutir sus alcances y replantear sus objetivos. Con la creación de una corriente integradora, se impediría el enfrascamiento en una teoría o interpretación única del derecho.

2.4 Proceso de Elección de Magistrados

Es importante conocer el proceso de elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para determinar qué puntos son tomados en cuenta por parte de las instituciones que intervienen en dicho proceso, así como la función que estas desempeñan. Tratando el tema del pluralismo jurídico en relación con el pensamiento de los magistrados de Sala de lo Constitucional, se busca que se consideren las diferentes corrientes de pensamiento jurídico de los candidatos a magistrados, tanto las corrientes tradicionales como las menos relevantes, es por ello que es importante determinar si la corriente de pensamiento jurídico es un aspecto tomando en cuenta por las instituciones en el proceso de elección.

2.4.1 Descripción del Proceso

El proceso de selección de magistrados a la CSJ está dividido en dos etapas: una primera etapa en la que se hace una preselección, que sirve

para conformar una lista de 30 candidatos que luego es presentada ante la Asamblea Legislativa y una segunda etapa de selección, que comprende el procedimiento interno que la Asamblea Legislativa lleva a cabo para nombrar cinco magistrados titulares y cinco suplentes cada tres años, así como para elegir al Presidente de la CSJ, que es al mismo tiempo Presidente del Órgano Judicial y Presidente de la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

La preselección se encauza a través de dos procesos separados. Un primer proceso electoral, a través del cual todas las personas autorizadas para el ejercicio de la profesión de abogado eligen por voto secreto a 15 candidatos de las listas presentadas por las distintas asociaciones de abogados, y un segundo proceso a cargo del CNJ, a través del cual este órgano selecciona 15 candidatos de una lista de elegibles elaborada deliberadamente.

Una vez que se tienen las dos listas (la presentada por la FEDAES y la presentada por el CNJ), el CNJ confecciona una lista común de 30 candidatos por orden alfabético, en la que no consta el origen del candidato, es decir, de la lista común no se extrae la información de si el candidato proviene de la lista de la FEDAES o del CNJ, ni el número de votos obtenidos en los respectivos procesos de preselección. Esa lista se envía a la Asamblea Legislativa, donde comienza la segunda etapa, esto es, el proceso definitivo de selección.

La lista de 30 candidatos pasa primero por la Comisión Política de la Asamblea Legislativa. La comisión debería convocar a los postulantes a una entrevista personal, pero en realidad las entrevistas las hacen los propios partidos de manera informal, y en ocasiones ni siquiera se llevan a cabo porque los candidatos ya están definidos de antemano. Después de las entrevistas, la comisión negocia entre los partidos los candidatos a ser designados, y elabora un dictamen con cinco candidatos propietarios y cinco suplentes, que pasa a ratificación del pleno. Como la comisión normalmente reproduce en escala pequeña la distribución de fuerzas políticas del pleno, la propuesta de esta suele ser aprobada.

2.4.2 Requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.-

Es importante mencionar que nuestra Constitución enumera una serie de requisitos para optar a una magistratura de la CSJ, no obstante, no proporciona un perfil ideal de magistrado para ser considerado en el proceso de elección. Según nuestra Constitución los requisitos para ser elegido magistrado son los siguientes:

- ✓ Ser salvadoreño.
- ✓ Del estado seglar.
- ✓ Mayor de 35 años de edad.
- ✓ Abogado de la República.

- ✓ De moralidad y competencia notorias.
- ✓ Haber servido una judicatura de Primera Instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de Abogado por lo menos ocho años antes de su elección.
- ✓ Estar en el goce de los derechos de ciudadano y;
- ✓ Haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo.

2.4.3 INSTITUCIONES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE ELECCIÓN

En el proceso de elección de magistrados a la Corte Suprema de Justicia intervienen directamente tres instituciones, la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador (FEDAES); Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ); y la Asamblea Legislativa de El Salvador.

2.4.3.1 Federación de Asociaciones abogados de El Salvador (FEDAES)

El proceso electoral es organizado por la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador (FEDAES). El proceso comienza con la presentación de listas de 15 elegibles por cada una de las asociaciones de abogados legalmente reconocidas, estén o no federadas, para lo cual deben acreditar que tienen como mínimo 100 miembros inscritos. La FEDAES, con las listas proveídas por las asociaciones, conforma un listado único. Una vez hecho esto, cada una de las agrupaciones profesionales lleva a cabo su propia campaña electoral. La campaña electoral, como es lógico, está

dirigida a captar las lealtades de abogados votantes. Normalmente los actos públicos de campaña implican la realización de conferencias y la invitación a actividades sociales.

Las votaciones se celebran en los diferentes centros judiciales del país. Cada abogado autorizado para el ejercicio de la abogacía tiene derecho a votar hasta por quince candidatos. La lista es abierta, es decir, los votantes pueden elegir discrecionalmente, del listado común, a 15 abogados. En la papeleta los votantes no deben marcar más de esa cantidad ni manchar fuera del espacio indicado. En caso contrario, el voto es nulo. Los quince candidatos más votados pasan a conformar la lista de candidatos elegibles que, junto con la otra lista de 15 elaborada por el CNJ, se envía a la Asamblea Legislativa.

2.4.3.2 Consejo Nacional de la Judicatura

Es un organismo de control estatal de El Salvador, es decir que no depende de ninguno de los tres poderes del estado, creado por la Constitución de la República de El Salvador, vigente desde 1983, y reformado a partir de los Acuerdos de Paz de Chapultepec en 1992. El Consejo Nacional de la Judicatura, es el encargado de seleccionar, evaluar y capacitar los candidatos para magistrados de la Corte Suprema de Justicia; así como los candidatos para magistrados de las Cámaras de Segunda

Instancia y los jueces de los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Paz.

El proceso a cargo del CNJ comienza con una convocatoria pública, en la que se inscriben todos los abogados y jueces que reúnen las condiciones para ser magistrados y desean ser elegidos.

Para ello los postulantes deben presentar su hoja de vida y los documentos acreditativos de cada uno de los requisitos y de los méritos personales que se alegan. El CNJ, una vez que lleva a cabo la inscripción, pide informe al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, al Procurador

General de la República, al Tribunal de Ética Gubernamental y a la Sección de Investigación Judicial de la CSJ. Cada una de estas autoridades expide un informe en el que se deja constancia de los antecedentes penales, las faltas administrativas o irregularidades cometidas en el desempeño profesional de los inscritos. Con esa información, la secretaría técnica del CNJ hace una preselección y elimina de la lista a aquellos que incumplen alguno de los requisitos constitucionales.

Una vez reunidas la hoja de vida, la documentación acreditativa y los informes oficiales, el CNJ procede a elegir, de la lista de elegibles, los 15 candidatos para ser presentados a la Asamblea Legislativa. Después de ese primer filtro, se produce la votación, que es secreta. Cada miembro vota por

los quince candidatos de su preferencia en una urna, a puertas cerradas. Una vez realizado el sufragio se procede al escrutinio de los votos.

2.4.3.3 Asamblea Legislativa de El Salvador

La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador es el órgano legislativo o parlamento del Estado Salvadoreño; es de tipo unicameral, y está integrada por 84 diputados elegidos mediante voto secreto y universal, que representan los 14 Departamentos de la República, según su población. El período legislativo es de tres años y se permite la reelección indefinida.

El proceso de elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia finaliza con la decisión de los diputados de la Asamblea Legislativa, se requiere una mayoría calificada de dos tercios para la selección de cinco magistrados propietarios y cinco suplentes, de la lista común de treinta candidatos que provienen como ya se estableció, la mitad de la elección realizada por FEDAES y la otra mitad proviene de proceso realizado por el Consejo Nacional de la Judicatura.

Ahora bien, una vez que se tiene conocimiento del proceso de elección, los requisitos para ser magistrado de la CSJ, y las instituciones que intervienen con las funciones que desempeña dichas instituciones, se puede concluir que en el actual proceso, la corriente de pensamiento jurídico que representa un candidato a magistrado no es un punto importante o considerado para tomar la decisión de quienes pasaran a ser parte de la Corte Suprema de

Justicia. Para poder considerar la inclusión del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, es importante que en el proceso de elección de los magistrados que conforman dicha Sala, sea considerada la corriente de pensamiento jurídico que representa, pues el pluralismo jurídico implica que se tomen consideren las diferentes corrientes, y para integrar una Sala plural se tiene que determinar que corrientes estarán representadas en ella, esto desde el proceso de elección.

CAPITULO III

CAPITULO III

3.1 Disposiciones Constitucionales

La constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, establece una serie de principios, valores y derechos, entre ellos el derecho a la libertad en todas sus formas, como el derecho a la libertad de pensamiento, el cual tiene una estrecha relación con el pluralismo jurídico. De igual manera establece un mandato para la conformación de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se deben reconocer las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico.

3.1.1 Artículo 2 Cn.

“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.-

Esta disposición reconoce el derecho a la libertad en todas sus formas, como el derecho a la libertad de pensamiento, la libertad intelectual se refiere a la

capacidad de manifestar y disfrutar de cualquier idea, opinión o pensamiento sin limitaciones externas o internas.

La libertad intelectual es uno de los derechos fundamentales reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En sentido amplio, toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Al referirse a la coexistencia de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico en la Sala de lo Constitucional, es necesario considerar el respeto del derecho a la libertad de pensamiento, pues al encontrarse diferentes ideas y posiciones sobre un caso particular se genera debate y discrepancia, pero se puede alcanzar una decisión colectiva con el respeto de las ideas de todos los magistrados que intervienen en el proceso decisorio. Con el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional es indispensable abordar el derecho a la libertad de pensamiento, cada magistrado como profesional del derecho puede adoptar una corriente de pensamiento jurídico, adoptar determinadas posturas sobre un problema o la concepción del

derecho, y para lograr un consenso es menester el respeto de las diferentes ideas que se exponen en el proceso de deliberación.

3.1.2 Artículo 85 Cn.

“El Gobierno es republicano, democrático y representativo”.-

Es importante destacar que el Gobierno es democrático, pues el pluralismo jurídico necesita de la democracia como uno de los aspectos importantes para que se puedan respetar las ideas y el pensamiento de los magistrados, producto de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico que representan.

Sin la democracia, la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se hace imposible, ya que el proceso decisorio al que se enfrentan los Magistrados para emitir sus resoluciones implica el debate y la discusión de ideas, para lo cual se tiene que acompañar de una actitud democrática para poder obtener el mejor resultado posible ante los problemas jurídicos que tratan.

3.1.3 Artículo 186 Cn.

“Se establece la carrera judicial.

Los magistrados de la corte suprema de justicia serán elegidos por la asamblea legislativa para un periodo de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovaran por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por

la asamblea legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para la elección como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos.

La elección de los magistrados de la corte suprema de justicia, se hará de una lista de candidatos, que formara el consejo nacional de la judicatura en los términos que determinara la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los abogados de el salvador y donde deberán estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico.

Los magistrados de las cámaras de segunda instancia, los jueces de primera instancia y los jueces de paz integrados a la carrera judicial, gozaran de estabilidad en sus cargos.

La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen; y los medios que les garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos.

La ley regulará los requisitos y la forma de ingresos a la carrera judicial, las promociones, ascensos, traslados, sanciones disciplinarias a los funcionarios incluidos en ella y las demás cuestiones inherentes a dicha carrera.”

Respecto a esta disposición es importante destacar el inciso tercero, pues establece una exigencia para la formación de la de Corte Suprema de

Justicia, que consiste en el pluralismo jurídico de los Magistrados, al considerar la representación de las más relevantes corrientes de pensamiento, sin embargo es importante aclarar que desde una interpretación simplista o literal se podría creer que basta con la consideración de las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico, es decir las que han dominado el mundo del pensamiento jurídico que son jusnaturalismo y el juspositivismo, excluyendo otras corrientes de pensamiento jurídico. Para la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional se debe realizar una interpretación sistemática del artículo en cuestión, para incluir nuevas corrientes de pensamiento jurídico como el pensamiento jurídico crítico y el realismo jurídico.

El jusnaturalismo y el juspositivismo han sido consideradas las corrientes de pensamiento jurídico más relevantes, al tomar en cuenta estas dos corrientes para la Corte Suprema de Justicia se podría creer que hay pluralismo jurídico, sin embargo como se ha establecido el enfoque de pluralismo jurídico que se pretende es aquel de inclusión y una visión amplia, es decir dándole cabida a otras corrientes de pensamiento como el pensamiento jurídico crítico y el realismo jurídico.

Otro punto que se desprende del mandato constitucional es que la corriente de pensamiento jurídico del Magistrado debe ser considerada para la integración de la Corte Suprema de Justicia, lo que implica también la obligación de que su proceso de selección y nombramiento incluya genuinas

oportunidades para que los candidatos expongan las ideas que su respectiva “corriente de pensamiento” plantea para los problemas jurídicos referidos.

3.2 Ley del Consejo Nacional de la Judicatura

El Consejo Nacional de la Judicatura, como una institución administrativa de Derecho Público, con personalidad jurídica, independiente en el ejercicio de sus atribuciones, la cual “busca Contribuir como órgano colaborador de la administración de la carrera judicial, a la eficiencia, modernización y moralización de la estructura judicial, a fin de garantizar la idoneidad, capacidad, eficiencia y honestidad del personal judicial”, de acuerdo con las finalidades que persigue, abordamos la Ley y su respectivo Reglamento desde el proceso de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que esta Institución lleva a cabo, debiendo garantizar y asegurar en toda medida lo dispuesto Constitucionalmente en lo referente al tema que nos ocupa.

Art. 49.- *“El Pleno del Consejo formará una lista de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cuyo número será el triple de los Magistrados propietarios y suplentes a elegir, la mitad provendrá de los candidatos de las asociaciones y representativas de los abogados de El Salvador y la otra mitad será seleccionada por el Pleno, teniendo en cuenta que deberán representar las más relevantes corrientes del pensamiento*

jurídico. En la lista, las fuentes propositoras no podrán incluir candidatos comunes”.-

Registro Especial.

Art. 50.- *“Para los efectos de la disposición anterior, del Reglamento de Abogados Autorizados que en forma permanente y actualizada lleve el Consejo, oportunamente se formará un Registro Especial de Abogados Elegibles para candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con observancia de los requisitos constitucionales para optar al cargo, cuya nómina deberá publicarse en dos períodos de circulación nacional, por lo menos ciento ochenta días antes de la fecha de iniciación del período de funciones de los Magistrados a elegir.*

Las instancias propositoras deberán postular o seleccionar a sus candidatos de los abogados inscritos en el Registro Especial de Abogados Elegibles, teniendo en cuenta, además, su elevado nivel de experiencia profesional y académica, honorabilidad, cultura, méritos cívicos y otros similares, que garanticen una acertada candidatura para el cargo. El abogado que crea cumplir con los requisitos y que no aparezca inscrito en el Registro Especial de Abogados Elegibles, podrá solicitar al Pleno su incorporación y este deberá resolver la petición dentro de los ocho días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha en que tuviese conocimiento de aquella, sin

más recurso que el de revisión. En su caso, la solicitud deberá acompañarse de los atestados correspondientes”.-

Selección

Art. 51.- *“El pleno del Consejo, basado en el Registro Especial de Abogados Elegibles, procederá a la selección de un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos a formar, con especial cuidado de que los postulados reúnan los requisitos constitucionales que acrediten idoneidad en las diferentes ramas del Derecho y a este efecto, podrá establecer un procedimiento que garantice este requisito”.-*

Consentimiento

Art. 52.- *“Para la postulación definitiva de candidatos, el Pleno requerirá el consentimiento o autorización escrita de los mismos y la presentación de los atestados correspondientes”.-*

Postulaciones

Art. 53.- *“Las asociaciones representativas de los abogados de El Salvador, basados en el Registro Especial de Abogados Elegibles, postularán a los aspirantes a candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre quienes los abogados deberán elegir un número equivalente a la otra mitad de la lista completa de candidatos que integrará el Pleno.*

Las postulaciones serán precedidas del consentimiento o autorización expresado por escrito por los aspirantes a las candidaturas”.-

Remisión de nómina

Art. 54.- *“El Pleno del Consejo autorizará oportunamente la remisión a la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, la nómina completa de los abogados inscritos en el Registro Especial de Abogados Elegibles, para proceder de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior. La Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, organizará y administrará el proceso de elección en toda la República y supervisará la participación de todos los abogados autorizados, quienes elegirán a sus candidatos por votación directa, igualitaria y secreta.*

Proceso Electoral

Art. 55.- *El proceso electoral deberá fundamentarse en principios esencialmente democráticos, que aseguren la participación mayoritaria de las asociaciones representativas de los abogados y la pureza de los procedimientos previos, durante y posteriores al ejercicio del sufragio. El escrutinio de la votación será supervisado por la Junta Directiva de la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador. Son asociaciones representativas de los abogados, aquellas que acrediten en sus filas, de acuerdo a sus respectivos libros de afiliación, cien o más abogados autorizados.*

Comunicación de Resultado

Art. 56.- *Concluida la elección, el Presidente de la Junta Directiva de la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, comunicará el resultado al Pleno del Consejo para proceder a la formación de la lista completa y definitiva de los candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La lista parcial de los candidatos postulados por las asociaciones de abogados, incluirá, en orden de precedencia, a los que hubieren obtenido mayor número de votos, hasta completar el número correspondiente. Si entre estos apareciere algún candidato no inscrito en el Registro Especial de Abogados Elegibles, el Pleno lo rechazará al tener conocimiento oficial y solicitará a la Junta Directiva de la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, que dentro de cuarenta y ocho horas de recibida la comunicación, remita por escrito el nombre del candidato que sustituirá al rechazado y que será el que ocupe la posición inmediata siguiente en el orden arrojado por el resultado de la elección.*

Remisión de la Lista

Art. 57.- *La lista parcial de candidatos aportada por las asociaciones representativas de los abogados de El Salvador, se integrará con la del Pleno del Consejo y conformará la lista completa y definitiva de candidatos a Magistrados de la Corte, la que se deberá enviar a la Asamblea Legislativa por lo menos sesenta días antes de la toma de posesión de los Magistrados*

a elegir. Esta lista se formará con observación del orden alfabético de acuerdo a la letra del primer apellido de cada uno de los candidatos, con indicación del sector postulante, de la materia o rama jurídica en que se hubiere especializado o distinguido y se acompañará del respectivo currículum vitae, certificación de partida de nacimiento, fotocopia de la tarjeta de identificación de abogado y constancia escrita de su consentimiento. La lista deberá publicarse en dos diarios de circulación nacional.

Elección por la Asamblea Legislativa.

Art. 58.- *La Asamblea Legislativa deberá proceder a elegir a los Magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia, entre los candidatos nominados en la lista formada por el Pleno del Consejo, por lo menos con quince días de anticipación a la fecha de toma de posesión de los Magistrados que deban ejercer el cargo para el período inmediato siguiente al de los Magistrados salientes. La elección de los Magistrados de la Corte se hará por votación nominal y pública, con mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados electos por lo menos, procurando que entre los Magistrados figuren abogados propuestos por los sectores postulantes.*

Vigencia de Postulaciones

Art. 59.- *Las postulaciones remitidas a la Asamblea Legislativa tendrán una vigencia de tres años, con el objeto de que se llenen las vacantes de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que surjan en el plazo indicado.*

Interpretación:

El Consejo Nacional de la Judicatura, posee la atribución Constitucional de conformar una nómina de posibles candidatos a magistrados de la CSJ, cuyo principal requisito como lo advierte el art. 49 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, es la de tener en cuenta las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico que los mismos candidatos tienen, midiendo el aporte que pueden dar en el desenvolvimiento de sus funciones y particularmente la contribución a la controversias judiciales que se susciten; y tal como lo prescriben los Arts. 50, 51, 52, 53 y ss. LCNJ, en la que el Consejo Nacional de la Judicatura selecciona un número equivalente a la mitad de la lista completa y la otra mitad es elegida por las Asociaciones de Abogados de El Salvador hasta formarse la lista completa con treinta aspirantes. En ambos casos deben proceder del registro especial de elegibles previamente diseñado por el CNJ. La lista o nómina en mención, debe publicarse en dos períodos de circulación nacional, por lo menos ciento ochenta días antes de la fecha de iniciación del período de funciones de los Magistrados a elegir, requisito importante que da a conocer a los profesionales del Derecho y a la sociedad en general, la idoneidad del candidato.

La segunda etapa es la que se ha denominado de selección, ya que una vez preseleccionados los candidatos e incluidos en la lista por el CNJ es remitida a la Asamblea Legislativa con sesenta días de anticipación de la toma de posesión de los magistrados a elegir según el Art. 57 LCNJ y la Asamblea

Legislativa debe elegir dentro de los candidatos de la nómina remitida, en votación calificada, nominal y pública.

3.2.1 REGLAMENTO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Candidatos de las Asociaciones Representativas de los Abogados

Remisión del Registro Especial

Art. 64.- Por lo menos ciento veinte días antes de la fecha de iniciación del período de funciones de los Magistrados a elegir, el Pleno remitirá a la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles para Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a efecto de que proceda a organizar y administrar el proceso de elección en toda la República, de los aspirantes a candidatos postulados por las asociaciones representativas de los abogados de El Salvador.

Convocatoria para Acreditación y Postulación

Art. 65.- Dentro de los tres días siguientes a la fecha de remisión de la nómina definitiva del Registro Especial, el Pleno del Consejo convocará a las asociaciones representativas de los abogados de El Salvador que reúnan los requisitos de ley, 33 interesados en participar en el proceso, para acreditarse y postular aspirantes a candidatos a Magistrados de la Corte, ante la

Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador, dentro del plazo de ocho días a partir de la fecha de publicación de la convocatoria.

La convocatoria se hará mediante una sola publicación en dos periódicos de circulación nacional, indicando el número de candidatos a elegir y que los aspirantes postulados deben figurar en la nómina definitiva del Registro Especial.

Requisitos de aspirantes postulados

Art. 66.- *De conformidad con la Ley, los aspirantes que postulen las asociaciones acreditadas deberán estar inscritos en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles, teniendo en cuenta, además, su elevado nivel de experiencia profesional y académica, honorabilidad, cultura, méritos cívicos y otros similares, que garanticen una acertada candidatura para el cargo. Las postulaciones deben estar precedidas del consentimiento o autorización expresado por escrito de los aspirantes a las candidaturas.*

Elección entre los aspirantes

Art. 67.- *De acuerdo con la ley, entre los aspirantes postulados por las asociaciones acreditadas, los abogados elegirán un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos que integrará el Pleno del Consejo.*

Convocatoria y celebración de elecciones

Art. 68.- *Las Asociaciones representativas de los Abogados tienen derecho a promover, por cualquier medio y en igualdad de condiciones, la elección de sus precandidatos y fomentar el voto directo, igualitario y secreto de los abogados autorizados, así como a designar miembros de mesas receptoras de votos y vigilantes electorales, tanto desde que se inicia el proceso, como en el día de las votaciones.*

Organización y administración del proceso de elección

Art. 70.- *La Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador organizará y administrará el proceso de elección teniendo en cuenta los postulados y regulaciones contenidos en la Ley. Para garantizar lo anterior, la Junta Directiva de la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador elaborará un Reglamento Especial.*

SELECCIÓN DE CANDIDATOS PROPUESTOS POR EL CONSEJO

Criterios para determinar competencia, idoneidad y moralidad

Art. 73.- *Son criterios para determinar notoria competencia e idoneidad de los candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en las diferentes ramas del Derecho, entre otros, los siguientes:*

a) *Acreditar al menos diez años de ejercicio profesional en una rama específica del Derecho;*

b) Haberse dedicado a la docencia en instituciones de educación superior, o a la investigación jurídica, durante al menos cinco años en una rama específica del Derecho;

c) Haber escrito, en forma individual, al menos dos obras o efectuando igual número de trabajos de investigación, de reconocida utilidad para la comunidad jurídica;

d) Contar con reportes positivos sobre evaluación de desempeño en los cargos que ostenten o hayan ejercido, ya sea en el sistema de administración de justicia o cualquier otro cargo público o privado; y

e) Contar con los informes favorables de las instituciones y dependencias correspondientes, relacionados con la conducta profesional y privada de los candidatos, a fin de establecer la moralidad notoria.

La Unidad Técnica de Selección, a solicitud del Pleno, proporcionará la información respectiva para la determinación a que se refiere el presente artículo.

Selección de candidatos por el Pleno

Art. 74.- *Al tener conocimiento de la lista parcial de candidatos propuestos por las asociaciones de abogados, el Pleno del Consejo, basado en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles y en la ponderación de los criterios establecidos en el artículo precedente,*

seleccionará por medio de votación secreta, un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos a formar de acuerdo a lo establecido por la Ley, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de recepción de la lista parcial de candidatos remitida por la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador.

La comunicación de los nombres de los candidatos propuestos por las asociaciones de abogados, previo a la propia selección que haga el Pleno, tiene como propósito evitar la inclusión de candidatos comunes por las dos fuentes propositoras.-

Solicitud de consentimiento a candidatos

Art. 75.- *Dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha del acuerdo en que se haya efectuado la selección, el Pleno requerirá el consentimiento o autorización escrita de los candidatos seleccionados, lo mismo que la presentación de los atestados que no se hubieren presentado en su oportunidad, a fin de completar la documentación que se anexe cuando se haga la postulación definitiva a la Asamblea Legislativa. Si el requerido no manifestare su consentimiento en el plazo de tres días a partir del requerimiento, se tendrá por no aceptada la candidatura. En todo caso se procederá a nueva selección hasta que se complete el número requerido de candidatos.-*

Interpretación:

El reglamento del Consejo Nacional de la Judicatura, busca desarrollar las disposiciones contenidas en la Ley del CNJ, de la cual ya hemos hecho mención con anterioridad, sin embargo, hemos de señalar otros puntos importantes que se detallan en el reglamento, tal es el caso del art. 68 en donde se deja entrever la posibilidad de que las Asociaciones de abogados pueden promover por cualquier medio y en igualdad de condiciones a sus candidatos, y resulta importante desde la perspectiva que esto da apertura a que centran sus candidaturas en eventos sociales, y campañas proselitistas que no permiten descubrir la capacidad de los candidatos a una magistratura. Por otra parte, el art. 73 del mismo cuerpo normativo señala algunos criterios para determinar la competencia, idoneidad y moralidad de los candidatos a magistrados, siendo estos requisitos mínimos a evaluar, volviendo ineficaz el proceso.

3.2.2 REGLAMENTO ESPECIAL PARA EL PROCESO DE ELECCIÓN DE LOS CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PROPUESTOS POR LAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE LOS ABOGADOS.-

Art. 2.- El proceso electoral se desarrollará conforme a los principios y directrices siguientes:

a. Se fundará en principios democráticos;

- b. La votación deberá ser directa, igualitaria y secreta;*
- c. Se promoverá una amplia participación de las asociaciones representativas de los abogados.*
- d. Se vigilará estrictamente la pureza de los procedimientos: previos, durante y después del ejercicio del sufragio; y*
- e. Se velará por que estén representadas, dentro de los abogados postulados, las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico.*

DE LA ACREDITACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE ABOGADOS Y CANDIDATOS

Art. 22.- *Las asociaciones deberán presentar juntamente con su solicitud de acreditación como ente postulante, la documentación que se indicará en la convocatoria de elecciones, para establecer que sus candidatos reúnen los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios. Los candidatos que se postulen deberán estar inscritos en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles y cumplir con el perfil establecido por la FEDAES. Asimismo un candidato no podrá ser propuesto en forma simultánea para optar a la elección de Consejales del CNJ y candidato a Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.*

Art. 23.- *Un candidato podrá ser propuesto por más de una asociación.*

Interpretación:

Es importante el conocimiento y estudio previo del Reglamento FEDAES que como es debido, desarrolla previo a cada proceso de elección, pero hemos de señalar aquellos artículos que generan un aporte en la presente investigación, por tanto, el proceso que lleva a cabo la Federación de Abogados de El Salvador debe estar fundados en principios y directrices como lo señala el art. 2 donde el compromiso se encuentra en darle cumplimiento a los mandatos y disposiciones constitucionales, donde al igual que en la primera fase que conoce el CNJ, debe velar porque los candidatos postulados por las diferentes Asociaciones tenga representada una corriente de pensamiento jurídico-filosófico, que genere aportes al mundo jurídico y demuestre la capacidad imperante para sobrellevar una magistratura, sin que obedezca a intereses económicos o políticos.

3.2.3 Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa (RIAL)**Elección de Funcionarios**

ARTÍCULO 98.- *“Inicio del proceso Los funcionarios y las funcionarias cuya elección corresponda a la Asamblea Legislativa, serán elegidos previa postulación y evaluación, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Constitución de la República y en las leyes correspondientes, mediante los procedimientos y términos establecidos en el presente capítulo. Si la Constitución o la ley no establecen otra forma o procedimiento, la Asamblea*

hará del conocimiento público el inicio del proceso de elección de los funcionarios, con el propósito de recibir las propuestas de los candidatos, a las que deberá adjuntarse la hoja de vida de cada uno. Dichas propuestas deberán presentarse, por lo menos sesenta días antes de que concluya el período de los funcionarios en el cargo”.-

Estudio en la Comisión Política

ARTÍCULO 99.- *“Conocidas por la Asamblea las propuestas, a las que deberán agregarse los atestados en que se comprueben los requisitos constitucionales o legales, pasarán a estudio de la Comisión Política, para que antes de la elección pueda determinarse, por cualquier medio, si las personas propuestas para el cargo reúnen los requisitos referidos; para ello, la Comisión podrá solicitar un informe de los antecedentes de los candidatos a los funcionarios que estime conveniente, quienes para contestar dispondrán de un plazo máximo de cinco días hábiles; luego, analizará las hojas de vida y comprobará todos los atestados y, si lo considera procedente, entrevistará a los candidatos que cumplen los requisitos establecidos y depurará la lista, a fin de viabilizar la búsqueda del consenso, con el propósito de que la Asamblea tome la decisión al respecto. Este proceso será público. El funcionario a quien se le solicite un informe y no lo extienda en el plazo señalado en el inciso anterior, incurrirá en el delito de incumplimiento de deberes”.-*

Interpretación:

El Reglamento interior de la Asamblea Legislativa (RIAL) regula de forma general e imprecisa el proceso de elección de los candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia, es la Comisión Política de la Asamblea Legislativa quien se encarga de la etapa final de dicho proceso; sin embargo, uno de los talones de Aquiles del sistema de elección de Magistrados al seno del procedimiento de preselección y selección en las asociaciones gremiales que intervienen a través de la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador (FEDAES), en el Consejo Nacional de la Judicatura primero y después, al interior de la Asamblea Legislativa es precisamente la ausencia de criterios técnico-éticos claramente definidos y normados que deban seguirse con carácter de obligatoriedad para la toma de las decisiones, especialmente sobre quién ha de integrar la Sala de lo Constitucional, pues la experiencia demuestra que en la mayoría de los casos la elección de magistrados no solo de la Sala de lo Constitucional sino de todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia, no está supeditada a algún criterio previamente definido, salvo los requisitos exigidos en la Constitución del art. 176, pero éstos son atendidos de manera formal y superficial sin que tengan un desarrollo normativo preciso.

Por ello en la Asamblea Legislativa se atiende más al “cuoteo” partidista⁷⁹

⁷⁹ FUSADES, UCA, UJMD, (2011) “Estudio del Proceso de Selección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia”, Antiguo Cuscatlán,, p. 6,

que a criterios racionales, científicos, técnicos y éticos. Este mecanismo, no obstante que ha sido un avance producto de los Acuerdos de Paz de 1992, no garantiza necesariamente la selección de los candidatos más idóneos porque deja al arbitrio de los intervinientes en el proceso de selección, a su voluntad discrecional, aspectos de elemental y trascendental importancia y sin reglamentación concreta.

En consecuencia, dentro de las listas del Registro Especial de Elegibles deben estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico; sin embargo, no existe por el momento ningún criterio explícito determinante o mecanismo que garantice en efecto, la inclusión de candidatos representantes de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico salvadoreño actual, de la mayor condición ética y de la mejor preparación jurídico forense posible, porque el principal criterio que se utiliza dentro del perfil del candidato a magistrado no es precisamente el de ser exponente de una corriente relevante en la actualidad del pensamiento jurídico salvadoreño, ni mucho menos existe garantía para que lleguen personas idóneas académicamente pero también intachables éticamente. Esa debería ser la apuesta para mejorar la independencia subjetiva de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para no dejar a la suerte o a la voluntad subjetiva discrecional del Consejo Nacional de la Judicatura, de las Asociones de abogados ni de la Asamblea legislativa, la preselección y

selección de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y en especial de la Sala de lo Constitucional.

3.3 Derecho Comparado

3.3.1 Bolivia

Bolivia es uno de los países más avanzados en el tema del pluralismo jurídico por sus comunidades indígenas, en 1994 se introdujo en el texto constitucional de dicho país una reforma importante en materia de pluralismo jurídico. En efecto, en dicha oportunidad, se procedió a la modificación de los artículos 1 y 171 de manera significativa; en el primero de tales preceptos se incluyó el carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia, en tanto en el segundo se produjo el reconocimiento, por el Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional.

Luego de la reforma constitucional, el artículo 1 quedó redactado de la siguiente manera:

“Bolivia, libre independiente y soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, basada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos”⁸⁰.

⁸⁰ Constitución Política del Estado, Bolivia, 1994: 1

Ahora bien, en lo que toca a la temática del pluralismo, conviene hacer referencia al contenido del Artículo 171, que determina:

“I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado”⁸¹.

El párrafo III es el que tiene estrecha relación con el pluralismo jurídico y contiene una permisión para que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas puedan ejercer funciones de

⁸¹ Constitución Política del Estado, Bolivia, 1994: 59

administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos, una alternativa a la normativa jurídica oficial que rige en Bolivia.

La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

La nueva Constitución contiene varias normas relativas a la materia del pluralismo jurídico. Nos interesa destacar lo dispuesto en el artículo 178 del texto, que se transcribe a continuación:

Artículo 178:

“I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

II. Constituyen garantías de la independencia judicial:

1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial

2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales”.⁸²

Uno de los aspectos importantes de esta normativa es que el pluralismo jurídico constituye uno de los principios en los cuales se sustenta la potestad de impartir justicia, que emana del pueblo boliviano, además la justicia constitucional se ejerce por un Tribunal Constitucional Plurinacional.

⁸² Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Ley N° 3942, 2008: 74 - 75

El texto de la Constitución pone en pie de igualdad a la jurisdicción ordinaria o republicana y la jurisdicción indígena originario campesina, lo que se expresa en varios de los artículos que se encuentran insertos en el mismo.

3.3.2 Colombia

En Colombia existen 87 pueblos indígenas, 34 de ellos en peligro de extinción. Lo que muestra el desconocimiento de las riquezas del otro y de la negación de construcciones multiculturales en pie de igualdad.

A pesar de que la historia muestra que las violaciones a los derechos humanos no cesan, la realidad social es indiferente y repetitiva. Tal como ocurrió con el pueblo u'wa se vulneró el territorio sagrado y las redes vitales de ese pueblo, por la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas y se omitió el respeto a la integridad cultural, social y económica de esas comunidades indígenas.

Sin embargo, en el caso de la explotación de recursos naturales en área colectiva de las comunidades embera katíos, la Corte declaró la existencia de los límites del bien común y la función social y ecológica de la propiedad. Importa la realidad concreta de lo que significa diversidad étnica y cultural, el respeto de los usos y costumbres indígenas y el concepto de vida en un sentido amplio, que concuerda con el respeto del territorio y de su entorno natural. Establece como derechos fundamentales de las colectividades el

derecho a la subsistencia, el derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la integridad y el derecho a la participación.⁸³

La Constitución Política Colombiana de 1991 "reconoce" el principio fundamental del pluralismo jurídico (art. 1), el de la diversidad étnica y cultural, el reconocimiento de las diversas construcciones culturales, de sus idiomas o dialectos, sus cosmovisiones y sus territorios indígenas (riquezas culturales y naturales). Esta constitución reconoció la importancia del territorio colectivo de los grupos indígenas y la jurisdicción a que tienen derecho.

Es así como se reconocen la jurisdicción indígena (art. 246), sus autoridades y desarrollos jurídicos que estén de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando no vulneren la Constitución Política y la ley.

En principio el pluralismo existe de una manera aparente y limitada. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dictado sentencias en donde reconoce el relativismo cultural y la importancia de la ponderación en cada caso concreto, llegando a afirmar la existencia de un pluralismo verdadero en clave de derechos humanos transculturales.

El reconocimiento es un logro para la autonomía, el libre desarrollo de los grupos indígenas, el territorio indígena y la participación en sus planes de vida por parte de los pueblos indígenas (autoridades). Reivindica los

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993, Colombia

derechos de los pueblos indígenas y reconoce su particularidad social y jurídica inherente a sus contextos. En varias sentencias a través de diferentes mecanismos ha analizado la complejidad del tema y ha reconocido la realidad (no una ficción) de los pueblos indígenas como sujeto concreto de derechos fundamentales.

Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que implica un Estado participativo e incluyente con los diferentes. En otras palabras, es aceptar la ciudadanía diferenciada y multicultural. Esos derechos, según, tendrían dos límites: primero que no conduzcan al dominio de un grupo sobre otros; segundo, que no permitan la opresión del grupo sobre sus miembros.

El principio de diversidad étnica y cultural está conectado con el principio de igualdad y no discriminación, consagrado constitucionalmente. Se debe resaltar la especificidad de los pueblos indígenas y su alto grado de vulnerabilidad que exigiría al Estado equilibrar las diferencias socioeconómicas y culturales. La Corte decide que el derecho admite un tratamiento diferente a personas disímiles. Un trato diferente se explica por el hecho de que nuevos sujetos tienen nuevos derechos específicos, en consecuencia distintos, en esa medida pueden conservar sus diferencias en relación con otros.⁸⁴

Es importante aclarar que si bien es cierto Colombia tiene ciertos avances respecto al pluralismo jurídico, estos se limitan al reconocimiento de

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-02 de 1992, Colombia.

comunidades indígenas, manteniendo los principios de inclusión y participación que pretende el pluralismo jurídico, dando espacio a sectores que no han sido considerados en el que hacer estatal, y es así como se sientan las bases para la consecución del pluralismo jurídico.

3.3.3 MÉXICO

En México se comienza a hablar de pluralismo jurídico aparentemente con una nueva perspectiva en la década de 1990. José E. Rolando Ordoñez Cifuentes lo promueve a través de las “Jornadas Lascasianas”, en donde se presentan los primeros trabajos. A mediados de la misma década, Jorge A. González Galván toma como línea de investigación el tema, e inicia su discusión desde el principio del Estado pluricultural hacia la transición del Estado plurijurídico⁸⁵.

Parecía que el tema o tendría mayor relevancia hasta el conflicto armado en Chiapas el primero de enero de 1994. Una de las reclamaciones de este movimiento era el reconocimiento de su derecho conformado por usos y costumbres⁸⁶.

El Estado Mexicano es formalmente un Estado Constitucional desde 1892 cuando se dicta la primera Constitución Mexicana, e informalmente desde la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812. Es posible que un poco

⁸⁵ Contreras Acevedo, Ramiro; Sánchez Trujillo, María Guadalupe (2013) ¿El Pluralismo Jurídico en México?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 625.

⁸⁶ Op. Cita Pág. 629.

por los vientos constitucionalistas de la época y otro poco por la necesidad de Seguridad jurídica y social. México asume el Constitucionalismo como la alternativa para conformar un Estado en el que privara el orden, así que a partir del siglo XIX, México comenzó sobre la marcha su aprendizaje acerca de lo que la teoría y la práctica constitucional, tanto federal como estatal.

Las leyes Mexicanas han dado lugar a figuras e instituciones jurídicas que chocan con el cultivo de idiosincrasias que constituyen la sociedad mexicana actual; sin embargo, la evolución de los sistemas jurídicos y el deseo de formar parte de la globalización cultural y económica han compelido a tomarlas.

Este conjunto de instituciones jurídicas han privilegiado la inclusión de diversos sistemas jurídicos y han marcado el camino para la pluralidad jurídica en los Estados Democráticos.

El sistema jurídico mexicano positivista y simulador a ultranza ha dado un significado muy peculiar a la pluralidad jurídica.

El sistema jurídico mexicano y los del resto de Latinoamérica se han sustentado a en formas dominantes de otros sistemas jurídicos ajenos. Son verdades hegemónicas que se vuelven insatisfactorias y limitadas. No ofrecen directrices ni normas pensadas *ex profeso* para la realidad nacional. El gran problema es que de esta forma, el pluralismo jurídico se vuelve un proyecto cerrado, económico-céntrico y con aspiración eurocéntrica, el cual

no reconoce la alteridad, no reconoce al otro, al pobre, al oprimido y, por tanto, es excluyente. Se trata de las disfuncionalidad de un sistema y la desarticulación de un elemento que compone una organización dada⁸⁷.

3.4 JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional de El Salvador

3.4.1 Inconstitucionalidad Ref. 78-2011

La sentencia es producto de un proceso de inconstitucionalidad, en el cual se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 14 inc. 2° de la Ley Orgánica Judicial, por supuesta vulneración al art. 2 y 186 inc. 3° de la Constitución de la República. En el estudio realizado por la Sala de lo Constitucional resaltan dos variables importantes que se relacionan con el pluralismo jurídico, primero el pluralismo ideológico jurídico de los Magistrados, y segundo el carácter deliberativo del proceso decisorio.

“El deber de garantizar que en la Corte Suprema de Justicia estén representadas “las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico” implica el reconocimiento del pluralismo jurídico de los Magistrados que la integran, como nota básica de la configuración constitucional de este órgano del Estado.”

⁸⁷ Contreras Acevedo, Ramiro; Sánchez Trujillo, María Guadalupe (2013) ¿El Pluralismo Jurídico en México?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 625.

Se observa una interpretación del mandato constitucional del art. 186 inc. 3°, el cual da apertura al pluralismo jurídico de los Magistrados, de igual manera la Sala considera que con la representación de las corrientes de pensamiento jurídico se acepta el pluralismo jurídico para la formación de la Corte Suprema de Justicia.

“Así, la Constitución prefigura la actividad de la Corte y de las Salas como una interacción dinámica y permanente de posturas distintas y variadas voces, todas dignas de consideración en el camino entre el desacuerdo y el consenso.”

“Esta sala ha dicho que el pluralismo ideológico, en contraposición al totalitarismo o integralismo, implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad y de que esta sólo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro entre posiciones diversas”

Se resalta el efecto positivo del pluralismo jurídico al encontrarse diferentes posiciones, generando el debate, para obtener como resultado la mejor opción posible para los problemas que suscitan en el que hacer jurídico, pues la diversidad de opiniones que se manifiestan desde los puntos de vista de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico no siempre van a

coincidir, con lo que se genera el discusión, así se favorece la expresión y la libertad de pensamiento.

“De lo anterior se desprende que el pluralismo jurídico de los Magistrados, además de una exigencia de funcionamiento de los tribunales que estos integran, implica también la obligación de que su proceso de selección y nombramiento incluya genuinas oportunidades para que los candidatos expongan las ideas que su respectiva “corriente de pensamiento” plantea para los problemas jurídicos referidos. Esto en armonía con el carácter meritorio y objetivo que debe tener el proceso de selección de los Magistrados, en función de las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales de los candidatos”

El anterior fragmento de la sentencia hace un reconocimiento expreso al pluralismo jurídico de los Magistrados como una exigencia para el funcionamiento de los tribunales, esto con relación con el mandato constitucional del artículo 186 inc. 3 Cn., además se hace la aclaración que para lograr el pluralismo jurídico en el Corte Suprema de Justicia es necesario tomarlo en cuenta desde el proceso de elección, en el cual se debe establecer la corriente de pensamiento jurídico que el candidato representa, con verdaderas oportunidades de demostrarlo. Las instituciones que intervienen en el proceso de elección deben exigir que el candidato a magistrado acredite que corriente de pensamiento jurídico representa.

3.4.2 Inconstitucionalidad Ref. 94-2014

La sentencia es producto de un proceso de inconstitucionalidad, en el cual se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del art. 74 inc. 1° del Reglamento de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, porque, en opinión del demandante, contraviene el derecho de acceso a la información pública (arts. 6 inc. 1° y 85 inc. 1° Cn.) y el deber de motivación que tiene el Consejo Nacional de la Judicatura, al elaborar la propuesta de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia conforme a los arts. 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.. En el estudio realizado por la Sala de lo Constitucional se abordaron algunas cuestiones sobre el carácter deliberativo que se debe adoptar en el proceso decisorio.

“Esto significa que el Pleno del CNJ debe estar abierto a las diferentes visiones jurídicas de los optantes, para garantizar eventualmente la protección de los derechos y la prevención de conflictos sociales, en caso que sean elegidos. Si la Constitución prefigura la actividad de la Corte y de las Salas como una interacción dinámica y permanente de posturas distintas y variadas corrientes del pensamiento jurídico, el Pleno del CNJ no puede desentenderse del pluralismo entre los interesados.”

El Consejo Nacional de la Judicatura como una de las instituciones que toman parte en el proceso de elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, debe tener en cuenta que entre los candidatos se

pueden encontrar posturas diferentes en relación al derecho, pues en el entendido que existe un cierto pluralismo jurídico entre los aspirantes, se deben considerar estas posturas y las diferentes corrientes de pensamiento jurídico para la conformación de la Corte Suprema Justicia, y respectivamente a las Salas que lo conforman.

En el extracto de la Sentencia se observa nuevamente que la Sala reconoce el pluralismo jurídico de los Magistrados, desde el momento que estos se encuentran en el proceso de elección, y en la medida que reconoce la existencia del mismo, busca que se asegure y se respete el pluralismo jurídico para la formación de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

“con un propósito deliberativo, el diálogo trasciende a la discusión o al debate, según el grado de oposición de las opciones enfrentadas, y de este modo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interferirían con una respuesta adecuada. Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo; ello si existe, como debería, un leal compromiso con los resultados de la estimación libre y argumentada, entre iguales, de las alternativas en competencia”.

En el entendido que el pluralismo jurídico busca la inclusión de los diferentes sectores, y en este caso la inclusión de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, resulta la discusión, pues se enfrentan diferentes ideas y posiciones, es decir, se enfrentan los diferentes enfoques de las corrientes de pensamiento de los Magistrados. La discusión que se genera en el proceso decisorio debe trascender a un debate con propósito deliberativo, pues es importante mencionar que esto genera un efecto positivo para obtener la respuesta adecuada en las resoluciones que emiten, se detectan errores y se aumenta el conocimiento, con la exposición de las diferentes ideas.

3.4.3 Jurisprudencia internacional, Bolivia.

Sentencia Constitucional 0295/2003-R

Bolivia es uno de los países que más ha avanzado en el estudio y aplicación del pluralismo jurídico en general, teniendo como visión la coexistencia de sistemas jurídicos, con el reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción indígena originaria campesina. El Estado boliviano emitió una de las sentencias de mayor relevancia respecto al reconocimiento del pluralismo jurídico como parte del multiculturalismo, y el reconocimiento de sistemas jurídicos indígenas plurales, que no pertenecen al sistema ordinario clásico de administración de justicia, es así como se observa la

inclusión y la coexistencia de sistemas en los siguientes extractos de la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

“Hay que destacar algunos avances en materia constitucional. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente sobre la justicia indígena, manifestando que “la Constitución reformada en 1994 reconoce que Bolivia es un país multiétnico y pluricultural. Una parte de esa pluriculturalidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia -puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas- aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema”

“la vigencia de dicho pluralismo jurídico tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero al mismo tiempo, la relativa a la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento y evolutivo de homogenización sociocultural. En un país con diversas etnias y culturas como es Bolivia, las comunidades campesinas y pueblos indígenas mantienen con mucha fuerza instituciones y prácticas de trabajo, de relaciones humanas, intrafamiliares, de repartición de la tierra y de resolución de conflictos conocidos como “Derecho Consuetudinario”, aunque es más adecuado y propio referirlo como “Justicia Comunitaria”. Es necesario

reconocer que las prácticas socioculturales antedichas perduran gracias a la persistencia de la comunidad en su sentido más amplio, es decir, como estructura social en la que se desarrollan campos de acción en lo político, religioso, económico, laboral y jurídico”.-

3.5 Diálogo y deliberación en la Sala de lo Constitucional

A consecuencia del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se entiende que hay una coexistencia de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, desde las “más relevantes” como el Jusnaturalismo y Juspositivismo, hasta nuevas corrientes no consideradas de momento de en el pensamiento de los Magistrados, tal es el caso del realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico, lo que implica que al encontrarse las diferentes ideas y posiciones que cada corriente aporta, surge el conflicto y el debate en el proceso decisorio, y para alcanzar la mejor solución posible es necesario que los Magistrados adopten una función de diálogo y deliberación.

Sin embargo, nuestro país, como se ha establecido, no goza de un pluralismo jurídico con visión amplia, es decir, con un enfoque de participación e inclusión de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico para la formación de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pues la corriente de pensamiento jurídico no es relevante para la elección de magistrados ni se reconocen las nuevas corrientes de

pensamiento jurídico, por las deficiencias en el actual proceso de elección, por lo que no se podría considerar que en la Sala existe una verdadera actitud de diálogo y deliberación.

A pesar de ello, se hará mención de sentencias particulares de la Sala de lo Constitucional, donde ha prevalecido una de las corrientes de pensamiento jurídico consideradas relevantes, en una de ellas prevalece el derecho natural y en la otra prevalece el derecho positivo, en dichas sentencias se ha adoptado la visión de una de estas corrientes, al considerar que ofrece una mejor solución al problema planteado.

3.5.1 Sentencia de Amparo Ref. 310-2013

Breve Resumen de la Sentencia.

Extracto.

Alegatos de la parte demandante: Consideraron posibles vulneraciones del Derecho a la Vida y a la Salud de la peticionaria en el sentido que la misma sufre de una enfermedad llamada Lupus Eritematoso con nefritis lúpica, lo cual es incompatible con la gestación de la demandante, puesta que la misma se encuentra embarazada con 18 semanas, cuyo feto tenía un cuadro de anencefalia incompatible con la vida extra uterina. En ese sentido se han abstenido de realizar el procedimiento hasta no tener la autorización, esa omisión es el Derecho vulnerado reclamado, pues salvaguardar la vida es un asunto de carácter urgente.

La autoridad demandada alegó que se le ha dado la mejor asistencia médica adecuada y correcta mientras se encuentre una solución viable para su salud. Están de acuerdo con realizarle el procedimiento necesario para salvaguardar la vida de la señora B.C., pero que no lo han hecho para no caer en un ilícito penal, no obstante consideran que no debe considerarse como delito dicha situación, pues ante todo debe velarse por la vida del paciente.

Finalmente se resolvió no ha lugar la demanda de Amparo, considerando la Sala que la vida de la madre no puede privilegiarse por sobre la vida del nasciturus, dejando “libre” a los médicos de realizar las operaciones que consideren pertinentes a fin de garantizar la vida de la madre como del hijo.

Al respecto, el magistrado Rodolfo González emitió un voto razonado, pero no disidente, pues solamente amplió el argumento referido a la ponderación de Derechos Fundamentales.

El magistrado Florentín Meléndez, consideró que si debía ampararse a la peticionaria puesto que el fallo es erróneo y contradictorio, pues declara no ha lugar el Amparo y por otra deja la vía libre a que los médicos procedan de la manera que ellos según sus conocimientos profesionales, consideren oportuno. En ese sentido considero que el fallo debía ir encaminado a que los médicos puedan realizar lo pertinente para salvaguardar la salud de la madre y del hijo en su caso, sin autorización legal previa.

Derecho a la vida

Uno de los Derechos que en esta sentencia la parte actora considera vulnerado lo cual habilita a la misma a interponer la demanda de Amparo es nada más y nada menos que el Derecho a la Vida,

El Derecho a la Vida está constituido por una norma o precepto de Derecho Natural primario: No matar, pues son preceptos primarios, y que por tanto no admiten ni siquiera mutación excepcional, los que se refieren a los fines mismos de la naturaleza humana, entre los que esté el vivir, y no como los secundarios, a simples medios, naturalmente necesarios para la consecución de aquellos fines. Así, la Sentencia que nos ocupa define en el Considerando VI literal B): *“B. Por otra parte, en las Sentencias del 21-IX-2011 y 17-XII-2007, pronunciadas en los procesos de Amp. 166-2009 y 674-2006, respectivamente, se expresó que el contenido del Derecho a la Vida comprende dos aspectos fundamentales: el primero, referido al Derecho a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y el segundo, relacionado con el Derecho de estas de acceder a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las*

*acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas.*⁸⁸

La influencia del pensamiento Jusnaturalista lo encontramos de forma notoria en el Considerando VI.1.A de la Sentencia en cuestión: *“VI. 1. A. Realizadas las precisiones anteriores, es menester acotar que el carácter esencial e imprescindible de la vida humana, como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades, así como para el disfrute de los bienes, ha hecho posible su reconocimiento –a nivel nacional e internacional– como Derecho Fundamental, merecedor de una especial protección por parte de los Estados.”*

En el fragmento de la Sentencia se hace alusión al reconocimiento del Derecho a la Vida, lo que indicaría un fundamento no positivo de ese Derecho, sino una existencia previa de tal Derecho, que incluso se extendería aún antes de la existencia del Estado y del Derecho Positivo, tesis que encaja perfectamente en los postulados de la doctrina del Derecho Natural, considerado al Derecho Natural como no escrito, superior al Estado y a la Ley Positiva, cognoscible por medio de la razón o intelecto y a la vez éste enraizado en la naturaleza humana.

Otro fragmento de la Sentencia que nos ocupa, lo encontramos en el mismo considerando VI: *“a. Así, en la Sentencia del 21-IX-2011, pronunciada en el Amp. 166-2009, se expresó que, según los arts. 1 y 2 de la Cn., en nuestro*

⁸⁸ Sentencia de Amparo Ref. 310-2013, Sala de lo Constitucional, CSJ

*ordenamiento jurídico la vida constituye un Derecho inherente a “toda persona”, sin excepción alguna, cuyo ámbito de protección se extiende, incluso, hasta el momento de la concepción.”*⁸⁹ La inherencia del Derecho a la vida, está íntimamente vinculada a la idea de la Inalienabilidad como característica distintiva de los Derechos Naturales respecto a otros Derechos; esta Inalienabilidad implica que este Derecho no se puede enajenar, ni transmitir, renunciar, delegar.

*“V. 1. A. El tema relativo a la protección del nasciturus ya fue abordado por esta Sala en la sentencia del 20-XI-2007, emitida en la Inc. 18-98. En esa oportunidad se indicó que, de conformidad con el art. 1 inc. 2° de la Cn., la mujer no puede alegar un “Derecho al propio cuerpo o al propio vientre”, ni un “Derecho a la interrupción del embarazo”, que puedan anular el Derecho a la Vida del no nacido.”*⁹⁰

La Jurisprudencia que relaciona la Sala en esta ocasión (20-XI-2007 Inc. 18-98) en el Considerando III C) inciso 5, establece: *“Vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza; la vida, entonces, constituye un Derecho único e invariable, por lo que no puede admitirse que una vida humana valga en sí menos que otra”*.⁹¹

⁸⁹ Sentencia de Amparo Ref. 310-2013, Sala de lo Constitucional, CSJ, pag.13

⁹⁰ Ibídem Pág.13

⁹¹ sentencia del 20-XI-2007, Sala de lo Constitucional, CSJ

De lo anterior sigue que el fundamento Jusfilosófico del Derecho a la Vida del nasciturus es el mismo fundamento del Derecho a la Vida de cualquier persona, ya se trate de un adolescente, un adulto o un anciano, independientemente de su sexo y de cualquier otra distinción; la razón argumentativa de esta afirmación es que la base ontológica es la misma en todas las formas en que se manifiesta, es decir, que contenido ontológico del fundamento del Derecho a la Vida es el mismo en el nasciturus y en cualquier ser que pertenezca a la especie humana, o sea, la naturaleza humana y su dignidad universal.

Conclusión:

En dicho amparo, la Sala de lo Constitucional declaró no ha lugar el amparo promovido, por la supuesta vulneración del derecho a la salud y a la vida, como se mencionó anteriormente, la pretensión del breve análisis de la sentencia es en relación a la función de diálogo y deliberación de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, no se pretende sugerir si la decisión fue o no la correcta en proceso de amparo, lo que si se pretende es dilucidar que en esta sentencia en específico se consideró en su mayoría las premisas que propone el derecho natural, no hubo oportunidad para el debate y la consideración de otras corrientes de pensamiento jurídico, pues bajo la postura de realismo jurídico o pensamiento jurídico crítico, probamente hubiese sido diferente, pues con un sentido crítico en el juicio de ponderación se hubiera valorado el derecho a la vida y la salud con las

limitaciones que le presenta la situación, si es que se abriera un verdadero espacio para la deliberación y el debate de las corrientes de pensamiento jurídico en la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

3.5.2 Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 35-2015

Extracto.

El proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por demanda presentada por el ciudadano René Alfonso Guevara Aguilar, mediante la cual solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 1000, de 23-IV-2015, publicado en el Diario Oficial n° 74, tomo 407, de 27-IV-2015, por el que la Asamblea Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de \$ 900 000 000 (“D. L. n° 1000/2015”), los cuales estarían destinados a ser colocados en el mercado nacional o internacional, porque, a su juicio, contraviene el contenido de los arts. 131 Ord. 4°, 143 y 148 inc. 2° Cn.

Dentro de la demanda se estableció que el día 23-IV-2015, la Asamblea Legislativa realizó la sesión plenaria ordinaria n° 143, en la que se procedió a conocer el dictamen favorable de la Comisión de Hacienda y Especial del Presupuesto, en el sentido que se autorizara al Órgano Ejecutivo, en el ramo de Hacienda, a emitir títulos valores de crédito hasta por la suma de \$ 900 000 000, el cual no alcanzó el quórum requerido para su aprobación. El

demandante amparándose en el art. 143 de la Cn sostuvo que para que dicho proyecto se proponga nuevamente, deben transcurrir por los menos 6 meses. No obstante, asegura que la diputada Lorena Peña solicitó que el dictamen n° 396 regresara a la Comisión de Hacienda, lo que se aprobó con 52 votos, Finalmente, el dictamen n° 396 de la Comisión de Hacienda se aprobó y el decreto ahora cuestionado se emitió con 56 votos. En la primera votación, aquella en que se rechazó la iniciativa, la diputada Sandra Marlene Salgado García no votó. Ella fue sustituida por el diputado suplente José Wilfredo Guevara Díaz, quien sí votó a favor de la aprobación del decreto.

El actor subrayó que “... en esa votación el diputado José Wilfredo Guevara Díaz pasó a suplir a la diputada propietaria Sandra Marlene Salgado García. Aunque ambos son del mismo partido político (GANA), el señor Guevara no es el diputado suplente de la diputada propietaria Salgado García. De manera que [...] el señor Guevara Díaz únicamente podía suplir al señor Gallegos Navarrete; no a otro. Incluso aunque ese otro diputado propietario fuera del mismo partido político”.⁹² Razón por la cual se argumentó que el acto realizado violaba el art. 131 Ord. 4° Cn.

También argumentó que contraviene el art. 148 inc. 2° Cn. Al respecto sostuvo que “...es imprescindible que los diputados que voten aprobando la autorización para contratar empréstitos voluntarios, ejerzan el cargo de

⁹² Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 35-2015, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador Pág. 1

manera válida. Si hubiere alguno que no se encuentra en esa circunstancia, su voto será inválido. Y así, si al restar los votos inválidos resulta que la cantidad de votos válidos es insuficiente para alcanzar los dos tercios requeridos por el art. 148 inc. 2° Cn...⁹³

La Sala de lo Constitucional entró a conocer respecto de la demanda de inconstitucionalidad alegada, y tomó a consideración ciertos parámetros previo a resolver; primero hizo alusión al carácter deliberativo del escenario Legislativo donde evidenció que la deliberación política es un proceso discursivo que obliga al intercambio de razones y argumentos en respaldo a una u otra opción, con el fin de transformar preferencias políticas mediante la discusión parlamentaria racional.

Añadió en las consideraciones que “El acto de votar de los diputados no garantiza la decisión del Pleno Legislativo. Ésta se logra sólo cuando la suma de los votos individuales de los diputados alcanza el quórum requerido por la Constitución para decidir. Si el quórum no se logra, no existe decisión. Y ello a pesar de que haya habido votos de sus miembros...⁹⁴

El art. 131 Ord. 4° Cn. se interpretó en relación con el principio constitucional de representatividad. Al respecto, se dijo que nuestro gobierno es representativo ya que el pueblo es quien designa a sus gobernantes. Tratándose de diputados a la Asamblea Legislativa, esa representatividad se

⁹³ Op Cita. Pág. 2

⁹⁴ Op. cita. Pág. 8

manifiesta cuando las decisiones adoptadas por ésta son consideradas como actos del pueblo mismo. Aquí se recordó que el Órgano Legislativo es un cuerpo colegiado deliberante, con un único interés, el general o el de todos.

La sala más allá de valorar el aspecto de la imposibilidad del diputado propietario de concurrir a la asamblea, donde le debe sustituir por un suplente del partido que los haya postulado a ambos, con independencia de la circunscripción territorial por la cual fueron electos, lo importante que destacó es que la forma de optar al cargo se haya llevado a cabo de la misma manera en la que accedió el diputado propietario, es decir, por elección popular.

Atendiendo a la concepción del formalismo jurídico que se ha desprendido de la visión Juspositivista de tipo excluyente⁹⁵, es que la Sala de lo Constitucional declara la inconstitucionalidad del D. L. n° 1000, por contravenir los arts. 131 Ord. 4° y 148 inc. 2° de la Cn. Las razones principales son, por un lado, la utilización fraudulenta de la figura del llamamiento de diputados suplentes para lograr el número mínimo de votos requeridos para la aprobación del decreto legislativo aludido y, por otro lado, la falta de legitimación democrática directa de los diputados suplentes que

⁹⁵García Berger, Mario “La disputa entre positivismo excluyente e incluyente desde una perspectiva Neokantiana - Kelseniana” Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía 2015. “En su versión fuerte, la tesis dice que los contenidos morales no tienen ningún papel en la definición del derecho, interpretación que es asumida por los positivistas excluyentes, pues asegura que el discurso moral y el jurídico son dos esferas separadas, que los conceptos jurídicos tienen prioridad sobre los morales. Para los incluyentes, en cambio, la moral puede determinar, en ciertas circunstancias, lo que es el derecho. En todo caso, se trata de algo contingente que depende de las reglas sociales de reconocimiento de los órdenes jurídicos particulares”. -

votaron para obtener el quórum requerido, al no haber sido elegidos por el voto directo de los ciudadanos; siendo los argumentos expuestos los que llevaron a resolver conforme a la literalidad de los preceptos constitucionales y leyes secundarias sobre la legitimidad de los diputados suplentes y no sobre el Decreto mismo y/o la emisión de los títulos valores de crédito y las finalidades para su emisión, con una postura deliberativa y encontrándose inmerso el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, en el entendido de que con otras visiones o corrientes jurídico- filosóficas coexistiendo, se hubiese determinado otro tipo de razonamiento, como la afectación de derechos que se perjudicaban al declarar la inconstitucionalidad de la emisión de los Títulos valores de crédito que podrían ser destinados a diferentes rubros como la educación, la seguridad, la salud etc. Más allá de hacer valoraciones sobre la congruencia de la legitimación para ser Diputado suplente de un Diputado propietario, traemos a colación la falta de debate y deliberación inmersa en la Sala de lo Constitucional al determinar razonamientos puramente positivas.

3.6 ANALISIS JURIDICO CRÍTICO

El pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es un proyecto con mucho que recorrer, y muchos retos por superar, si se pretende una verdadera inclusión y participación de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, considerándolas desde el proceso de elección de magistrados, con un

verdadero compromiso por las instituciones que intervienen en dicho proceso de asegurar que en la Sala de lo Constitucional estén representadas las diferentes corrientes de pensamiento, pues en sus manos se encuentra la responsabilidad de formar una cultura que de apertura al pluralismo jurídico.

Es importante aclarar que si bien es cierto en nuestra legislación vigente el pluralismo jurídico no ha sido uno de los ideales al momento de regular la integración de la Sala de lo Constitucional, existen de momento ciertos indicios y alternativas que pueden emprender la tarea de buscar y asegurar la representación de diferentes corrientes de pensamiento jurídico, primero nuestra Constitución al regular el mandato de asegurar que en la Corte Suprema de Justicia estén representadas “las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico” pretende que se considere la corrientes de pensamiento del magistrado como requisito para la integración de las Salas de la CSJ, y que se considere más de una, es decir da apertura a la pluralidad ideológica, sin embargo, no es suficiente para un verdadero pluralismo jurídico con enfoque de inclusión y participación, pues se puede interpretar que solo se deben considerar las corrientes de pensamiento “más relevantes” excluyendo así otras corrientes de pensamiento que pueden aportar al pensamiento de los Magistrados.

Con la misma idea se parte en la Jurisprudencia, un reconocimiento al pluralismo jurídico de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pero que es insuficiente, se necesita un verdadero desarrollo jurisprudencial

respecto al mandato constitucional del art. 186 inc. 3°, donde la interpretación de un giro y busque la idea de la inclusión de inclusión de las más corrientes de pensamiento, de nuevas corrientes que estén en armonía con la realidad jurídica actual, que busquen la solución a problemas que las llamadas “más relevantes” corrientes ya no puede solucionar de manera satisfactoria.

Uno de los problemas que se ha desenmascarado es el proceso de elección de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia, pues no está con concordancia ni con el mandato constitucional antes mencionado, ni con la visión amplia de pluralismo jurídico, pues no hay un verdadero compromiso por parte de las instituciones que intervienen en el proceso de considerar la corriente de pasamiento jurídico del candidato como requisito esencial para su elección, no se pretende conocer cuál es la postura del candidato, su visión y concepción del derecho, y que soluciones propone desde la corriente de pensamiento que retoma como profesional del derecho. Los parámetros para ser elegido como Magistrado se encuentran lejos de aspirar a un pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional.

La consecución del Pluralismo Jurídico no depende exclusivamente del proceso de elección de Magistrados, tiene mucho que ver la formación de los profesionales del derecho, la formación de una cultura apta para el pluralismo jurídico, capaz de afrontar los retos que significa la consideración de diferentes corrientes de pensamiento jurídico. Una verdadera formación

de profesionales que conozcan, manejen y discutan las visiones y conceptos que todas las corrientes aportan al pensamiento jurídico, es necesario innovar dicha formación, dando a conocer nuevas alternativas sin excluir las que de momento se consideran más relevantes, pues es con la formación de profesionales del derecho competentes que se alcanzara el ideal del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional.

CAPITULO IV

CAPITULO IV

ANÁLISIS, DESCRIPCIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1 Sistema de Hipótesis

4.1.1 Operacionalización de Variables

4.2 Metodología de la Investigación

4.2.1 Tipo de Investigación

4.2.2 Población

4.2.3 Muestra

4.2.4 Métodos, Técnicas e Instrumentos de Investigación

4.2.5 Métodos de Investigación

4.2.6 Técnicas de Investigación

4.2.7 Instrumentos

4.2.8 Procedimiento

4.2.9 Realización de entrevistas

HIPOTESIS GENERAL N° 1

OBJETIVO GENERAL	Evidenciar si en nuestro país existen las garantías legales e institucionales para la apertura de un pluralismo jurídico en el pensamiento de la sala de Constitucional de la CSJ				
HIPOTESIS GENERAL	Las condiciones jurídicas e institucionales son insuficientes para la apertura de un pluralismo jurídico esto se debe a la falta de desarrollo de la legislación y la jurisprudencia, así como la falta de acogimiento por parte de las entidades pertinentes para hacer cumplir una exigencia de carácter constitucional.				
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Las condiciones jurídicas e institucionales hacen referencia a un conjunto de circunstancias que determinan el reconocimiento al pluralismo jurídico,	Las condiciones institucionales se van a crear en la medida que estas garanticen el cumplimiento de la exigencia Constitucional del art. 186 inc. 3° con un enfoque amplio e inclusivo	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de desarrollo legislativo y Jurisprudencial • Insuficiencia de condiciones institucionales • Cultura Jurídica dominante 	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea legislativa • Consejo Nacional de la Judicatura • FEDAES • Sala de lo Constitucional 	Apertura al Pluralismo jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Democracia Constitucional • Justicia Constitucional • Consenso • Libertad de pensamiento • Autonomía • Identidad

HIPOTESIS GENERAL Nº 2

OBJETIVO GENERAL	Analizar la complejidad de la dimensión del pluralismo jurídico y el efecto que provoca el reconocimiento del mismo en la Sala de lo Constitucional.				
HIPOTESIS GENERAL	El reconocimiento del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional promoverá la expresión de ideas diferentes, generará debate y contradicción entre ideas encontradas, enriquecerá y equilibrará sus resoluciones, promoverá la democracia participativa y con ello el fortalecimiento de la justicia constitucional y el Estado Constitucional de Derecho.				
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Es la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactúate por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales	El reconocimiento del pluralismo jurídico implica el desarrollo normativo y la aplicación concreta desde un enfoque amplio e inclusivo, que se base en el respeto de la libertad de expresión	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento del pluralismo jurídico en nuestra legislación • Libertad de expresión • Democracia participativa • Justicia Constitucional • Estado Constitucional de Derecho 	<ul style="list-style-type: none"> • Asamblea Legislativa • Consejo Nacional de la Judicatura • FEDAES 	Pluralismo Jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República • Sala de lo Constitucional • Jurisprudencia de la Sala de lo constitucional • Libertad de opinión • Igualdad de participación • Democracia Constitucional • Independencia judicial

HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 1

OBJETIVO GENERAL	Estudiar las principales corrientes de pensamiento jurídico, en relación con la exigencia constitucional y el pluralismo jurídico.				
HIPOTESIS GENERAL	Al Jusnaturalismo y al juspositivismo se les considerada como las principales corrientes de pensamiento jurídico, pero la visión de pluralismo jurídico denota una mayor amplitud que no se reduce a dos corrientes de pensamiento tal como se desprende de nuestra Constitución y la jurisprudencia.				
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Las corrientes de pensamiento jurídico aluden precisamente a visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir, a los sistemas de pensamiento, visión del mundo o conjunto de ideas fundamentales del magistrado sobre el papel del derecho en la sociedad.	Desde el enfoque amplio e incluyente de pluralismo jurídico se incluyen a diferentes corrientes de pensamiento jurídico, no solamente las consideradas más relevantes como lo hace nuestra legislación.	Ausencia de un pluralismo jurídico inclúyete Cultura jurídica dominante	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 186 inc. 3° Cn. • Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional • Pensamiento de los magistrados de la Sala de lo constitucional • Visión de pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional 	Corrientes de pensamiento jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho natural • Derecho positivo • Realismo jurídico • Pensamiento jurídico critico • Constitucional ismo critico • Derecho Alternativo

HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 2

OBJETIVO GENERAL	Analizar si el proceso para la conformación de la Sala de lo Constitucional da apertura al pluralismo jurídico en el pensamiento de la misma				
HIPOTESIS GENERAL	El proceso de elección de los candidatos a magistrados de la Sala de lo Constitucional resulta impreciso e ineficaz en todas sus fases, pues no garantiza el cumplimiento de la existencia de un pluralismo jurídico representado en la Sala de lo Constitucional.				
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
El proceso de elección de magistrados se constituye a través de una lista que forma el CNJ con los requisitos previamente establecidos, la mitad de la cual proviene de los aportes de las entidades representativas de los abogados de El Salvador	El proceso de elección de los magistrados de la CSJ resulta ineficaz por no darle cumplimiento al art. 186 inc. 3 Cn, y por no examinar requisitos determinantes para darle apertura a un pluralismo jurídico	Ineficacia de los procesos de elección	<ul style="list-style-type: none"> • Incumpliendo del art. 186 inc. 3° CN. • Pluralismo jurídico excluyente 	Proceso de elección de Magistrados	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República • Consejo Nacional de la Judicatura • FEDAES • Asamblea Legislativa

HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 3

OBJETIVO GENERAL	Enfocar la doctrina y evolución del pluralismo jurídico en relación con el modelo estandarizado y conservador del pensamiento jurídico de los magistrados de la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia				
HIPOTESIS GENERAL	El enfoque Constitucional del art. 186 inc. 3° al considerar que dentro de la Sala de lo Constitucional “Deben estar representadas las más relevantes corrientes de pensamiento” excluye a otras de menor aceptación, es decir, por la cultura jurídica dominante, rompiendo así la amplia visión de pluralismo jurídico.				
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
El pluralismo jurídico conservador inviabiliza la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, de las minorías y corrientes de pensamiento jurídico consideradas no relevantes.	Nuestra constitución hace un reconocimiento de pluralismo jurídico con enfoque conservador por incluir solamente las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico, excluyendo otras por no ser consideradas relevantes.	Exclusividad de las principales corrientes de pensamiento jurídico-tradicional.	<ul style="list-style-type: none"> • jusnaturalism o jurídico • Positivismo jurídico 	Pluralismo jurídico conservador.	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República • Art. 186 inc. 3° Cn. • Ausencia de democracia Constitucional

HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 4

OBJETIVO GENERAL	Evaluar si los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la CSJ adoptan una función de diálogo y deliberación en el proceso decisorio desde el pluralismo jurídico, y si ello se ve reflejado en sus resoluciones.				
HIPOTESIS GENERAL	Los magistrados de la Sala de lo Constitucional no cuentan con una cultura de diálogo y consenso en el proceso decisorio frente a la discrepancia por opiniones diversas generadas por un pluralismo jurídico con enfoque amplio e incluyente.				
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
El carácter deliberativo y de diálogo supone un intercambio libre de ideas, un ir y venir de la palabra, diciendo y contradiciendo, buscando la focalización progresiva de las opiniones en juego mediante la reacción dialéctica a las opiniones de los demás.	El encuentro de diferentes ideas supone discrepancia y conflicto en el proceso decisorio por lo que se necesita una forma compositiva e integradora para lograr una decisión colectiva, por lo que se debe adoptar una función de diálogo y deliberación.	Ausencia de carácter deliberativo y de diálogo en el proceso decisorio.	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de argumentación frente a las opiniones disidentes • Conflicto • Discrepancia 	Proceso decisorio	<ul style="list-style-type: none"> • Sala de lo constitucional • Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional • Falta de consenso

4.2 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION

4.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Por la naturaleza de nuestro tema y objeto de investigación, al considerar necesario la existencia de un pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, precisaremos de realizar una investigación crítica, analítica, explorativa y cualitativa.

INVESTIGACIÓN CRÍTICA. Porque a través del estudio previo de elementos jurídicos-filosóficos que recoge la doctrina del pluralismo jurídico, nos posibilita crear conocimientos y generar aportes a la situación actual del fenómeno de investigación.

INVESTIGACIÓN ANALÍTICA. Más que la comprensión de la problemática se pretende comprobar si las condiciones en nuestro país son suficientemente aptas para la apertura de un pluralismo jurídico inclusivo.

INVESTIGACIÓN EXPLORATIVA. No existen estudios que precedan la doctrina del pluralismo jurídico como un proyecto que se pretenda implementar en el pensamiento de magistrados de la CSJ.

INVESTIGACIÓN CUALITATIVA. Por la complejidad que representa el estudio de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional en relación con el pluralismo jurídico.

4.2.2 POBLACIÓN

La población de la presente investigación está formada por:

- Magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
- Abogados de la República de El Salvador
- Diputados de la Asamblea Legislativa
- Miembros del Consejo Nacional de la Judicatura

4.2.3 MUESTRA

4.2.4 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

4.2.5 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

4.2.5.1 MÉTODO HIPOTETICO DEDUCTIVO

Haciendo uso de la hipótesis de investigación es que realizaremos deducciones lógicas para determinar si existen condiciones jurídico-institucionales para darle apertura al pluralismo jurídico en nuestro país.

4.2.5.2 MÉTODO ANALÍTICO

Por medio de la aplicación de este método pretendemos comprender la doctrina del pluralismo jurídico con sus diversos enfoques en relación con las corrientes de pensamiento jurídico.

4.2.6 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

4.2.6.1 TÉCNICA DOCUMENTAL

Son todos aquellos medios que nos permitirán recopilar información sobre la doctrina y teoría de las corrientes de pensamiento jurídico, entre ellas las siguientes.

- **Bibliográfica.** Serán todos aquellos documentos con contenido referente a la doctrina del pluralismo jurídico y sus distintas dimensiones como: libros, revistas y ensayos.
- **Leyes y Jurisprudencia.** Aquellas leyes con disposiciones normativas que regulen los procesos de elección de magistrados y la jurisprudencia que emita la Sala de lo Constitucional que sea determinante para nuestro tema en estudio.

4.2.6.2 TÉCNICAS DE CAMPO

- **Entrevistas.** Por medio de esta técnica se pretende abordar el tema con especialistas en la materia, que contribuyan y generen una opinión respecto a la problemática de investigación; por el fin que se persigue haremos uso de un cuestionario previamente elaborado, no obstante nos podemos auxiliar de la entrevista no estructurada en la medida que satisfaga nuestro fines en la investigación.

4.2.7 INSTRUMENTOS

Los instrumentos que se utilizarán en las técnicas de investigación son los siguientes:

- **Guía de entrevista:** consiste en un cuestionario de preguntas abiertas que serán utilizadas al momento de realizar las entrevistas, dirigidas semi-estructuradas.
- **Ficha de investigación bibliográfica:** nos valdremos de estas para la obtención de información en la investigación documental, con el fin de llevar un control de sus fuentes y ubicación.

4.2.8 PROCEDIMIENTOS

4.2.8.1 PROCEDIMIENTOS PARA REALIZAR LA INVESTIGACIÓN

Como se mencionó anteriormente la investigación se realizara a través de vía documental y de campo.

4.2.8.2 PROCEDIMIENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL.

Para poder recopilar información por ví documental, nos auxiliaremos de libros, revistas, ensayos y otros documentos importantes concernientes al pluralismo jurídico y las diferentes corrientes de pensamiento; también se recurrirá a disposiciones Constitucionales, Leyes secundarias y Reglamentos.

4.2.9 REALIZACIÓN DE ENTREVISTAS

El proceso para realizar las entrevistas, se hará a través la solicitud de audiencia con Magistrados y ex Magistrados de la Sala de lo Constitucional, Diputados y ex Diputados, así como Abogados y miembros del Consejo Nacional de la Judicatura.

Pregunta No 1	1. ¿En el proceso de elección de Magistrados de la CSJ, considera que se tiene un perfil ideal de magistrado para la CSJ, en que debería de consistir ese perfil?	
Diputado Ernesto Muyshondt	Lic. Carlos Elías	Categorías Fundamentales
<p>Perfil de magistrado. Es una de las preguntas que hacemos en la comisión política, de la trayectoria de cada uno de los aspirantes nosotros recibimos a 30 15 de los cuales son electos por la FEDAES y otros 15m por el CNJ que también realizan un proceso que es similar en caso de FEDAES que son abogados que votan y que asisten a las urnas y en el caso del CNJ es bastante similar al proceso que realiza la comisión política de la Asamblea Legislativa porque también es un proceso público de acuerdo a las últimas elecciones donde todos los abogados tienen que pasar por entrevistas, presentar sus atestados, es similar para nosotros, es nuestro partido específicamente el que más se ha interesado en alguien que tenga la cualidades, la competencia es poderse desenvolver en el cargo y es la competencia que a lo largo de su carrera en la que haya demostrado una independencia y que no está subordinado a un partido político o grupo de poder.</p>	<p>El perfil que tiene que tener un magistrado es haber ejercido la abogacía y la judicatura, los criterios que pueda tener un juez no es la que va a tener muchas veces un abogado, entonces un perfil único no debe de haber sino, que deben de haber dos. Un perfil que integre mujeres por la sensibilidad que no tenemos los hombres frente a las diversas situaciones que le puedan presentar, pero las presiones políticas que puedan recibir ellos tienen que ver con la trayectoria profesional además que tengan sólidos conocimientos en la especialización, la personalidad que pueda sostener un criterio o defender un posición, identificarse con una corriente política, hay que comprobar que se tienen los conocimientos jurídicos filosóficos mediante la entrevista que realiza la Asamblea Legislativa y esa es una trayectoria, la obligación de estar actualizados respecto de la jurisprudencia.</p>	<p>-Exigencias Constitucionales.</p> <p>- Perfil de Magistrado</p>

Pregunta No 1	1.¿En el proceso de elección de Magistrados de la CSJ, considera que se tiene un perfil ideal de magistrado para la CSJ, en que debería de consistir ese perfil?	
Doc. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
<p>Yo no conozco que la Asamblea Legislativa tenga un perfil definido ideal sobre lo que la población desea. Si tienen los diputados un perfil de lo que políticamente les conviene a su partido, que es diferente. Formulo el perfil en base a la Constitución: a) que sea una persona con una moralidad sin tacha. Notoriamente reconocida su moralidad; b) fundada competencia intelectual en lo jurídico y también con una cultura general que le llegue a ejercitar el cargo con dignidad; c) ejercicio ético en su profesión como abogado o como juez; d) revelar que posee las cualidades necesarias para ser independiente del poder político y económico, imponiendo por sobre cualquier presión, su lealtad a los principios, valores y preceptos constitucionales.</p>	<p>Si el perfil es que manda la Constitución con los requisitos básicos. Los requisitos constitucionales en un primer momento, 176 Cn, formación curricular, otros requisitos adicionales como la capacidad e idoneidad, integridad moral y ética por el alto cargo al que aspiran</p>	<p>-Exigencias Constitucionales. - Perfil de Magistrado</p>
<p>Análisis: parece haber cierta discrepancia en cuanto la existencia de un “perfil” de magistrado, pues como expresa el Doc. Argumedo, los diputados no cuentan con un perfil de Magistrado, lo que es ratificado por el diputado Muyschondt, al expresar que se remiten a las exigencias Constitucionales y tomar como base las entrevistas que se realizan a los candidatos, en la misma sintonía expresa el Lic. Bonilla que el perfil de Magistrado debe consistir en los requisitos constitucionales para optar al cargo</p>		
<p>Síntesis: con las respuestas expresadas se puede afirmar que no existe un perfil ideal de Magistrado, pues remitirse a los requisitos que exige la Constitución para optar a una magistratura no constituyen un perfil de Magistrado, solamente son requisitos mínimos que establece la ley, si la pretensión es integrar la Sala de lo Constitucional con los mejores profesionales posibles se deben contemplar otros requisitos o cualidades, de igual manera desarrollar los requisitos ya establecidos como por ejemplo la moralidad y competencia notoria, contemplar especialidades, maestrías y doctorados. Se necesita realizar un estudio y determinar</p>		

las pretensiones y necesidades para la Sala de lo Constitucional y la CSJ y definir un perfil ideal de magistrado que sirva de guía a las instituciones que interviene en el proceso de elección de Magistrados para la CSJ.

Pregunta No 2	¿A su criterio se debería tomar en cuenta la corriente de pensamiento jurídico del candidato a magistrado?	
Diputado Ernesto Muyschondt	Lic. Carlos Elías	Categorías Fundamentales
<p>Si, fue una de las preguntas que se le hizo en el caso de aquellos que se definan por una de las corrientes, cual es esa corriente que representan a manera de poder tener representadas las principales corrientes del derecho que también son cambiantes en el tiempo, es algo que ya muy pocos que se dedican a la judicatura se definen dentro de una de las corrientes del derecho sino que es algunos temas actúan de acuerdo a una y en otros temas de acuerdo a otra, una ciencia que es cambiante como la jurisprudencia eso tiende a pasar.</p>	<p>La Asamblea Legislativa a la hora de entrevistar a los magistrados deben de considerar los conocimientos jurídico- filosóficos que los aspirantes tienen, no centrarse en cuestiones políticas puesto que es una situación importante y clave en el proceso de elección.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Corrientes de Pensamiento. -Exigencia Constitucional -Diversidad de pasamiento

Pregunta No 2	¿A su criterio se debería tomar en cuenta la corriente de pensamiento jurídico del candidato a magistrado?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
Si, porque si se eligieran solo a los de una corriente, eso no estaría conforma la Constitución. Para cumplir con ella, debe existir diversidad en el pensamiento.	No debería de tomarse en cuenta, por la diversidad de pensamiento; sin embargo, si se necesita que haya una gama de corrientes del pensamiento jurídico por la división de la CSJ en las diferentes Salas.	-Corrientes de Pensamiento. -Exigencia Constitucional -Diversidad de pasamiento
Análisis: en la opinión del Magistrado Muyschondt la Comisión Política de la Asamblea Legislativa si debe considerar la corriente de pensamiento, de igual manera lo expresa el Doc. Argumedo haciendo alusión a la importancia de considerar la corriente de pensamiento, que es integrar la Sala de lo Constitucional con diversidad de pensamiento, con pluralismo jurídico. Respecto al Lic. Carlos Elías y Lic. Arquímedes Bonilla, parece que la corriente de pensamiento no es un aspecto importante a considerar en el proceso de elección por parte de las asociaciones de abogados.		
Síntesis: parece ser que se admite la idea de considerar la corriente de pensamiento jurídico del candidato a magistrado a la CSJ, ya que es un aspecto importante para lograr un pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional; sin embargo, en la práctica predominan otros intereses como lo han expresado los entrevistados, una vez el proceso alcanza su fase final en la Asamblea Legislativa, los diputados eligen a los candidatos cercanos con su pensamiento político partidista. Otro obstáculo que se presenta es que los diputados no son en su mayoría personas capacitadas para evaluar la corriente de pensamiento jurídico que representa el candidato a Magistrados de la CSJ.		

<p>Pregunta No 3</p>	<p>¿Cómo se debería determinar que corriente de pasamiento jurídico representa el candidato a Magistrado?</p>	
<p>Diputado Ernesto Muyschondt</p>	<p>Lic. Carlos Elías</p>	<p>Categorías Fundamentales</p>
<p>Como mencionaba difícilmente los abogados puedan decantarse por una corriente de pensamiento, pero dentro de la comisión política nos tomamos la tarea de indagar eso a través de la entrevista que se le realizan a los aspirantes, los atestados que estos presentan a manera de tener representadas las más relevantes corrientes de pensamiento jurídico</p>	<p>Difícilmente se pueda evidenciar eso, si en lo que se fijan es en la corriente de pensamiento político, así también es difícil probar que se va a ser independiente e imparcial después, sino es por su personalidad y sus conocimientos y en esto si yo me declaró ignorante al decir de qué forma se va a determinar la corriente de pensamiento jurídico. En resumen, no tenemos una forma para determinar la corriente excepto haciendo un examen para saber, porque al final lo determinante es la corriente política lo que importa.</p>	<p>-Corrientes de Pensamiento Jurídico</p>

Pregunta No 3	¿Cómo se debería determinar que corriente de pasamiento jurídico representa el candidato a Magistrado?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
La corriente de pensamiento se debería de determinar por sus escritos, por lo sostenido en conferencias, en las cátedras universitarias o por los debates en que ha intervenido.	No lo tomamos a consideración, nos ocupamos de asegurar que cumpla con los requisitos constitucionales, ver su formación profesional.	-Corrientes de Pensamiento Jurídico
<p><u>Análisis:</u> la opinión del Doc. Argumedo y el diputado Muyschondt coinciden en considerar la trayectoria del candidato a Magistrado, así como otros aspectos donde se pueda reflejar la corriente de pensamiento, como los escritos y opiniones expresadas en debates y conferencias, para los entrevistados que han estado al frente de una asociación de abogados determinar la corriente de pensamiento jurídico representa un problema, por no tener un método adecuado para hacerlo, además del poco interés por determinar que corriente de pensamiento representa el candidato.</p>		
<p><u>Síntesis:</u> Es evidente que la forma para determinar la corriente de pensamiento jurídico que el magistrado representa, es un problema en el proceso de elección, si bien en cierto, existen algunos parámetros como los que menciona el Dr. Argumedo que pueden ser utilizados como guía para las instituciones que intervienen en proceso y así comprobar que corriente representa el candidato, no son suficientes, pues es necesario establecer una forma más certera transparente y fidedigna para determinar la corriente de pensamiento jurídico, y en que medida esta influye en la relación del sujeto con la ley.</p>		

Pregunta No 4	¿Qué corrientes de pensamiento jurídico se deberían de considerar para la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia?	
Diputado Ernesto Muyschondt	Lic. Carlos Elías	Categorías Fundamentales
<p>Principalmente la Jusnaturalista, por las características de las decisiones de la Sala de lo Constitucional, que son los derechos que defiende elementales y naturales, para mi es la base de toda Constitución, para mi es una de las más importantes a tomar en cuenta en estas próximas elecciones dado que se va a tratar de elegir a 4 o 5 de los miembros de la Sala de lo Constitucional de los mismos aspirantes.</p>	<p>Pues aquellas que vengan a darle respuesta a los problemas jurídicos que se les van a llegar a presentar, sean estos naturalistas o positivistas, aunque singularmente no estoy muy familiarizado y se me hace difícil poder identificarlas.</p>	<p>-Corrientes de pensamiento jurídico. -Corrientes de pensamiento jurídico relevantes.</p>

<p>Pregunta No 4</p>	<p>¿Qué corrientes de pensamiento jurídico se deberían de considerar para la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia?</p>	
<p>Dr. José Enrique Argumedo</p>	<p>Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos</p>	<p>Categorías Fundamentales</p>
<p>Corrientes de pensamiento con sus subdivisiones existen muchas. No creo que los diputados las conozcan. Por ejemplo, si alguien en la entrevista dice yo partidario del Constitucionalismo Crítico o del Realismo Jurídico de Holmes, ese decir revela mucho para quien conoce de Filosofía del Derechos, pero eventualmente uno o dos de los diputados, sabrá a que se refiere, al resto tendría que explicarse.</p> <p>A grandes rasgos las 2 grandes corrientes son el jusnaturalismo y el positivismo. Incluso en eso, existen diputados que no conocerán de que se trata. ¿Y el activismo judicial en cuál de las 2 se ubica? También se debe de tomar en cuenta. No se puede dejar fuera la corriente llamada de los "intencionalistas", que buscan el sentido de lo que dijeron o pudieran decir los constituyentes, denominados por Sagüez "arqueólogos jurídicos".</p>	<p>Respecto al tema de las corrientes de pasamiento jurídicos es muy amplio, pues la exigencia para esta Sala es mayor, pero se debe de considerar todas aquellas corrientes que tenga que aportar a la Sala de lo constitucional.</p>	<p>-Corrientes de pensamiento jurídico.</p> <p>-Corrientes de pensamiento jurídico relevantes.</p>
<p>Análisis: en un primer momento el vicepresidente de la Comisión Política de la Asamblea Legislativa, Ernesto Muyschondt se decanta por el jusnaturalismo, con la opinión de los otros entrevistados parece haber un acuerdo respecto a considerar las corrientes de pensamiento jurídico más relevantes, Jusnaturalismo y Juspositivismo, no</p>		

se hace mención de otras corrientes de pensamiento jurídico, a excepción del Dr. Argumedo, pero manifiesta la dificultad que representa considerar otras corrientes de pensamiento, pues los diputados no manejan las corrientes de pensamiento, no están en la capacidad de determinar la corrientes de pensamiento de los candidatos.

Síntesis: como se ha manifestado con el pluralismo jurídico no se pretende excluir las corrientes de pensamiento jurídico tradicionales como el jusnaturalismo y el juspositivismo, lo que se pretende es incluir nuevas corrientes de pensamiento, teniendo el problema en el proceso de elección que los diputados de la Asamblea Legislativa no manejan las corrientes de pensamiento no se puede aspirar a un pluralismo jurídico, pues se deben considerar tanto las corrientes relevantes como las corrientes de pensamiento jurídico no aceptadas por la cultura jurídica dominante, pues tienen mucho que aportar a la evolución del pensamiento jurídico de la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

Pregunta No 5	¿Considera que se le da cumplimiento a la exigencia Constitucional del art. 186 inc. 3° Cn?	
Doc. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
En cuanto a que se hace de la lista que elabora el CNJ, eso se cumple. En cuanto a las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, ocurre que eso no lo ha tomado en cuenta la Asamblea Legislativa, recurriendo más a corriente política como equivalente a pensamiento jurídico, posición a la cual no me adhiero.	Si se le da cumplimiento, pues participan todos los abogados con actitud para aplicar al proceso de elección, interviene la FEDAES que la integran ocho asociaciones, así pueden participar diferentes profesionales con diferentes corrientes de pensamiento jurídico.	-Mandato Constitucional -Instituciones que intervienen el proceso de elección de Magistrados a la CSJ -Pluralismo Jurídico Conservador y Emancipador
Análisis: con la interrogante planteada hay unanimidad al expresar que si se le da cumplimiento al mandato constitucional del Art.186 inc. 3°Cn. Los entrevistados abordan el papel que realizan las instituciones que intervienen en el proceso de elección en relación con el mandato constitucional, realizando una mención especial respecto a la Asamblea Legislativa, pues consideran que es en la fase del proceso final en la que no se toma a consideración el mandato constitucional, dejando de lado la importancia de cumplir con el mandato que en la CSJ estén representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico		
Síntesis: es importante mencionar que el art.186 inc. 3° Cn. Se puede interpretar de forma simple, al considerar que para darle cumplimiento al mandato constitucional basta con incluir el iusnaturalismo y el juspositivismo como las corrientes relevantes para el pensamiento de la CSJ, y se puede realizar una interpretación sistemática, con la cual no basta con incluir solo dos corrientes de pensamiento jurídico, pues no se pueden excluir otras corrientes de pensamiento jurídico. Por lo que se puede afirmar que se le da cumplimiento al mandato constitucional pero no en todos sus alcances y posibilidades que abre dicho artículo, especialmente para la consecución de un pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional.		

Pregunta No 6	¿Estaría de acuerdo con la consideración de nuevas corrientes de pensamiento jurídico para la formación de la Sala de lo Constitucional?	
Diputado Ernesto Muyschondt	Lic. Carlos Elías	Categorías Fundamentales
<p>Estoy de acuerdo en que se puedan considerar a nuevos candidatos que adopten nuevas corrientes del derecho, pero como repito, ahora muy pocos se definen claramente, como que son serios adeptos del jusnaturalismo o del juspositivismo o de cualquier corriente de que se trate sino que actúan de acuerdo a una corriente en unos temas y de otra de acuerdo a otros, es más definido en temas políticos si soy de izquierda o soy de derecha aunque puede existir confusión en varios, hay mucha gente que es de derecha que mantiene una postura liberal en el sentido clásico Occidental pero conservador en temas de familia es el caso de mi partido que es liberal en temas económicos pero conservador en temas antiaborto anti matrimonios entre homosexuales; del mismo modo ocurre en las corrientes de pensamiento jurídico, fueron muy pocos los que claramente se definieron sobre una corriente determinada, otros citaban a autores de las materias en las que se habían desenvuelto y de las que deciden ser adeptos.</p>	<p>Habría que ver cuáles son las nuevas corrientes de pensamiento, porque en Europa puede haber otra, pero aquí tendríamos que reeducarnos frente a eso.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Pluralismo jurídico emancipador - Corrientes de Pensamiento jurídico - Libertad de Pensamiento

Pregunta No 6	¿Estaría de acuerdo con la consideración de nuevas corrientes de pensamiento jurídico para la formación de la Sala de lo Constitucional?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
<p>Desde luego que si deben de tomarse en cuenta nuevas corrientes. No hacerlo supone que nos quedamos en el pasado. Kelsen ya fue superado en muchos puntos, por citar un ejemplo. No podemos quedarnos con pensamientos de tiempos pasados, sin desdeñar lo valioso de mucho de aquello que continua teniendo validez.</p>	<p>No se descartan otras corrientes de pensamiento jurídico, pues en diferentes momentos pueden ser otras corrientes las que son relevantes, se abre la posibilidad para otras corrientes de pensamiento jurídico</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Pluralismo jurídico emancipador - Corrientes de Pensamiento jurídico - Libertad de Pensamiento
<p>Análisis: Todos los entrevistados coinciden en una postura y es que no descartan la posibilidad de que sean incluidas nuevas corrientes de pensamiento jurídico, aunque si bien es el Diputado Muyschondt mantiene la idea de que los abogados no manejan una corriente de pensamiento en todos los temas, pues ninguno decide ser adepto a una sola sino variar según los problemas que se presentan, y el Dr. Argumedo considerar que de no hacerlo se estaría en el estancamiento de pensamiento del pasado no acorde con las nuevas realidades sociales.</p>		
<p>Síntesis: considerar nuevas corrientes de pensamiento jurídico crea la posibilidad de tener nuevas perspectivas frente a nuestra sociedad, dar respuesta a los problemas jurídicos y sobre todo no estancarnos en el pensamiento occidental del que hoy en día todavía subsiste.</p>		

Pregunta No 7	¿A su consideración, el proceso de elección de los magistrados a la CSJ en general es eficaz?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
<p>Teóricamente si, en el papel todo está correcto. Los extranjeros que leen como está diseñado el sistema, le produce buena impresión, lo juzgan positivo. El defecto estriba que en la práctica, el proceso eleccionario se ha vuelto muy populista. Se cuenta con ganar votos con andar dando eventos sociales, ofreciendo cargos, eliminar examen notariado y promesas similares, sin aplicarse en dar conferencias o publicar trabajos. Estos se ha introducido con el correr del tiempo como algo negativo. En las elecciones de 1994, el proceso fue más limpio, salvo lo que el Presidente de la CSJ de aquel entonces hizo en su campaña para ser electo, lo que no logró pues quedó en 15 o 16 lugar pese a su presión para ganar.</p>	<p>Es eficaz hasta cierto punto, por lo menos hasta que se llega a la Asamblea Legislativa. El CNJ participa con un grupo determinado y de igual manera la FEDAES, ambos aportan sus listan de candidatos, estas dos instituciones cumplen con su papel, cuando se llega a la Asamblea Legislativa no se atiende al clamor de la comunidad jurídico, se atiende más a intereses políticos partidistas, habría que ver de manera se puede corregir esa situación en la que se vicia el procedimiento de elección al intervenir otros intereses, en parte la deficiencia del proceso se encuentra en la Asamblea Legislativa.</p>	<p>-sistema de elección de Magistrados</p> <p>- Eficacia en los procesos de elección</p> <p>-</p>
<p>Análisis: Para el Dr. Argumedo y el Lic. Bonilla es un proceso es parcialmente eficaz, porque el sistema que propone la Constitución es correcto, pero se desnaturaliza en la práctica, es decir en las diferentes etapas del proceso pues se vuelve muy populista y se centra más en cuestiones político partidistas que en aspectos jurídicos</p>		
<p>Síntesis: El sistema creado a partir de las reformas de los acuerdos paz es eficaz en teoría pero ineficaz en la práctica, no existe control en las etapas por los que atraviesa el proceso mismo, es necesario dejar de lado aspectos políticos, publicitarios y centrarse más en la capacidad, los conocimientos y la independencia de los aspirantes.</p>		

<p>Pregunta No 8</p>	<p>¿Qué opina sobre el proceso que realiza la Federación de Abogados de El Salvador (FEDAES)?</p>	
<p>Diputado Ernesto Muyshondt</p>	<p>Lic. Carlos Elías</p>	<p>Categorías Fundamentales</p>
<p>En el caso de la Federación de Abogados de El Salvador, en un proceso democrático en cierto sentido pero creo que debería de hacerse un esfuerzo para que más de los votantes, abogados en el padrón de electoras puedan escuchar de las propuestas y el pensamiento de cada uno de los aspirantes porque por ejemplo, hay aspirantes que vemos que regalan hamburguesas al entrada del centro de votación y la persona que llegue a un listado para aspirar a una magistratura no puede ser esa persona sino la que tenga más capacidades y más idoneidad para desempeñarse en el cargo, así también hubieron aspirantes que hicieron publicidad con bayas considero que eso es positivo pero también aquellos que tengan más dinero va a ser el que salga favorecido por eso creo que debe de haber una regulación, creo que debe de normarse de una forma más transparente.</p>	<p>Los procesos son muy abierto de todos los abogados, la oportunidad de irse a inscribir, el problema es que no se ha regulado la forma de hacer la campaña porque últimamente los candidatos pagan una campaña publicitaria luminosa y desde mi juicio eso no es ético porque no están optando por un cargo por simpatía sino que es un cargo eminentemente técnico, el proceso ha sido muy permisivo y se ha desnaturalizado en el sentido de que estrictamente va ser para que el que va a votar conozca los candidatos y el perfil y ahí si la FEDAES pueda tener la opción que les merece cada uno de ellos y que los votantes puedan decir si les parece o no les parece, pero ahora con la federación queremos cambiar eso y que sea más técnico, porque hay quienes hacen fiestas, barbacoas pero no tiene que ser así porque si la corte está integrada por gente preparada como lo ha hecho la Sala de lo Constitucional actual en sus 9 años que ya casi va a tener, para mi independientemente de las críticas que se puedan generar de algunas resoluciones, el trabajo ha sido bueno, y ellos harán lo imposible por meter vía consejo de la judicatura los</p>	<p>-Proceso de elección de Magistrados - Etapas del Proceso de Elección - Papel que desempeña la Federación de Abogados de El Salvador en el proceso de elección.</p>

	que ellos quieran meter, yo pedí que se fijaran más en los jueces de carrera, en los magistrados para que ellos los apoyen como candidatos y no aquellos que no se atreven a meterse al escrutinio público se vayan a meter al CNJ, al final yo creo que los proceso han sido buenos pero muy permisivos a tal punto de desnaturalizarlo.	
--	---	--

Pregunta No 8	¿Qué opina sobre el proceso que realiza la Federación de Abogados de El Salvador (FEDAES)?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
Que debe poner fin a la campaña indebida. Tener capacidad para que sea un evento de altura académica. Por ejemplo hacer lo de Bolivia, que nadie puede hacer campaña personal, excepto la organizada por el ente organizador en igualdad de condiciones para todos. No eso de andar tocando de casa en casa de abogados pidiendo el voto, como una de las candidatas anteriores declaró que lo hizo.	Es un muy buen papel el que realiza la FEDAES, necesita más apoyo de la CSJ para que tenga más protagonismo, tal vez se necesita mejorar un poco el proceso de votación, para que se tenga mayor transparencia.	-
Análisis: Todos los entrevistados coinciden en la postura que el papel que realiza la Federación de Abogados de El Salvador ha sido muy permisiva, muy poco transparente, centrada en eventos sociales y en campañas publicitarias, y que desde luego, necesita tener regulación en la que todos los candidatos se promuevan en igualdad de condiciones, sin dejar en desventaja a otros y que puedan dilucidar las diferentes propuestas y pensamientos jurídicos, dejando en		

evidencia la capacidad para ostentar al cargo.
Síntesis: El proceso de elección que lleva a cabo la Federación de Abogados de El Salvador, es ineficaz y muy poco transparente, cuyo proceso de elección no posee la regulación y el control necesario que genere confianza entre los votantes.

Pregunta No 9	¿Qué opina del papel que ejerce el Consejo Nacional de la Judicatura en el proceso de elección de magistrados a la CSJ?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
<p>Debe tener un rol más importante. El CNJ debería dirigir las elecciones de los abogados con la vigilancia de la FEDEAS. Pedir la asesoría del TSE.</p>	<p>Cumple con sus funciones en el proceso de elección de magistrados, cumple con su labor. En CNJ debería de capacitar a todos los abogados incluyendo a las facultades de las Universidades de todo el país para formar una mentalidad de cambio en los profesionales de derecho para tener los mejores candidatos posibles y crear conciencia en los abogados que votaran por los candidatos</p>	<p>-Sistema de elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. - Proceso de Elección -Papel que desempeña el Consejo Nacional de la Judicatura</p>
<p>Análisis: El Dr. Argumedo y el Lic. Bonilla consideran que si bien es cierto ha cumplido con las funciones encomendadas por la Constitución de la República, necesita tener un papel más activo en el proceso de elección, ambos coinciden en que debe de capacitar a los abogados para mejor el proceso y hasta dirigir el mismo bajo supervisión de FEDAES</p>		
<p>Síntesis: El Consejo Nacional de la Judicatura si ha realizado sus funciones, pero necesita tener más participación de manera que los procesos sean más eficaces y transparentes.</p>		

Pregunta No 10	¿En su opinión, considera que hay un pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional de CSJ?	
Diputado Ernesto Muyschondt	Lic. Carlos Elías	Categorías Fundamentales
<p>Yo creo que si hay pluralismo jurídico en el país pero hay mucha gente que no se puede decidir de cuál es la corriente a la que pertenece, creo que está mucho más definido el pluralismo político ideológico de las personas que el pluralismo jurídico de los que ejercen el derecho y si creo que en buena parte se debe a que ha habido una decadencia académica dentro de los profesionales del derecho, al haber tantas universidades que verdaderamente no dan una educación de calidad, realmente se prostituyó bastante la carrera, es otro factor que hayan abogados, jueces y hasta magistrados que no contesten a esto porque no tienen la preparación para poderlo hacer, es algo que se debería de promover dentro de la carrera judicial, ir ascendiendo de acuerdo a las capacidades que puedan tener.-</p>	<p>Por haber trabajado como bloque desde el principio se podría pensar tal vez que no, algunas veces hemos visto votos en contra entre ellos mismos, las discusiones que ellos puedan tener sobre un caso en particular son lo que van a evidenciar la forma de pensar de cada uno de ellos, pero el hecho de que podamos tener pensamientos jurídicos diferentes no significa que la finalidad no sea la misma, como lo es administrar la justicia, si algo cumplió o no cumplió lo que dice la constitución, pero para mi el pluralismo jurídico no significa que nadie va a votar o una eterna discusión. Quizás inicialmente tuvieron muchas diferencias, pero al final creo que pese a todo han realizado una buena labor.-</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Pluralismo Jurídico -Democracia -Diálogo y deliberación. -libertad de expresión. -Autonomía

Pregunta No 10	¿En su opinión, considera que hay un pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional de CSJ?	
Dr. José Enrique Argumedo	Lic. Leonel Arquímedes Bonilla Campos	Categorías Fundamentales
<p>Si existe. Lo vemos en los resultados de las votaciones, en las que hay discrepancias y así debe de ser en una democracia. La unidad de criterio en todo, implica que hay un poderoso que domina a los demás o que buena parte de ese todo, no piensa y se deja dominar por la mayoría.</p>	<p>Si existe pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional, se ve reflejado en la actual Sala, si están representadas diferentes corrientes de pensamiento jurídico, eso es sano por los casos que trata la Sala de lo Constitucional, considero que es una Sala muy completa.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Pluralismo Jurídico -Democracia -Diálogo y deliberación. -libertad de expresión. -Autonomía
<p>Análisis: todos los entrevistados coinciden en que si hay un pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional, el Lic. Carlos Elías y el Dr. Argumedo en su aporte nos dice que existe el debate, discusiones y concertación de ideas que se presentan en la Sala de lo Constitucional como una condición importante para alcanzar un pluralismo jurídico , por otro lado, el Diputado Muyschondt nos hace referencia a otro punto importante consistente en la problemática que genera el desconocimiento del tema en comento y que surge precisamente a raíz de la decadencia en la educación Universitaria.</p>		
<p>Síntesis: Existen elementos importantes que pueden llevar a determinar que dentro de la actual Sala de lo Constitucional existe inmerso un pluralismo jurídico, pues la mayoría considera que efectivamente existe debate y deliberación en cada una de las resoluciones que emite.</p>		

4.3 ANÁLISIS DE PRESENTACION DE RESULTADOS

Partiendo de los retos y desafíos que plantea la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se determina que es un problema estructural en el que incide en diferentes aspectos, como el papel que juegan las instituciones en el proceso de elección de los Magistrados, la regulación del mismo proceso en leyes y reglamentos, la carencia en la enseñanza y conocimiento de las corrientes de pensamiento jurídico y la desnaturalización del proceso de elección al incidir otros intereses ajenos a los jurídicos y académicos. Con las entrevistas realizadas se pueden identificar diferentes problemas que en cierta medida ayudan a comprender de mejor manera el problema de la falta de condiciones jurídicas e institucionales adecuadas para que se pueda dar el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional, pues conociendo la opinión de los entrevistados, personas que intervienen de forma directa en el proceso de elección, se pueden mencionar los puntos que de momento representan un obstáculo para alcanzar un pluralismo jurídico incluyente participativo y democrático.

En primer lugar, como se ha mencionado antes, el proceso de elección de Magistrados es uno de los factores más importantes para el pluralismo jurídico, ya que es el proceso por el cual se pretende dar cumplimiento a la exigencia constitucional del art. 186 inc 3° Cn para que en la Corte Suprema de Justicia estén representadas las más relevantes corrientes de

pensamiento, lo que da apertura al pluralismo jurídico. En dicho proceso como se estableció en el Capítulo III de nuestra investigación la FEDAES interviene en el proceso de elección aportando una lista de 15 candidatos para la fase final, las asociaciones de abogados juegan un papel importante pues son quienes proponen y apoyan a los candidatos a Magistrado, sin embargo, se ha podido revelar que las asociaciones de abogados no consideran la corriente de pensamiento jurídico del candidato que proponen y apoyan, siendo esto una de las primeras deficiencias en el proceso de elección. Otro problema, que se ha logrado identificar y fue expresado por los entrevistados que están al frente de las asaciones de abogados y de la comisión política de la Asamblea Legislativa es que no se cuenta con un método para poder determinar la corriente de pensamiento del candidato a Magistrado, lo que muestra la poca importancia que se le ha dado al tema de las corrientes de pensamiento y muestra un problema para el pluralismo jurídico en el pensamiento de la CSJ en general.

Uno de los problemas más graves y trascendentales que se ha identificado es la desnaturalización del proceso de elección, en el cual no se atiende al mandato constitucional y se procura la satisfacción de otros intereses como los políticos partidistas. Se ha señalado que dicha distorsión en el proceso se da en la etapa final del proceso, es decir, cuando llegan las listas a la Asamblea Legislativa, y son electos los candidatos de acuerdo al pensamiento político partidista y no de acuerdo a su pensamiento jurídico.

En la etapa final también se encuentra un gran obstáculo para la consecución del pluralismo jurídico, pues los diputados no son las personas aptas para determinar la corriente de pensamiento jurídico de los candidatos, y es por ello, que los abogados desde las asociaciones que forman la FEDAES y el Consejo Nacional de la Judicatura deben tomar un mayor protagonismo respecto a esa situación, pues son ellos las personas adecuadas y capaces para determinar la corriente de pensamiento jurídico y proponer las mejores opciones posibles para la etapa final del proceso de elección.

Así mismo, se reconoce que una de las grandes dificultades que afronto la presente investigación, es la imposibilidad de tener audiencia con los magistrados que actualmente conforman la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, por lo que no ha sido posible determinar de viva voz su afinidad a una corriente de pensamiento jurídico, en el entendido de que la coexistencia de corrientes de pensamiento jurídico denominadas más relevantes, se evidencia a partir de los extractos de sentencias o resoluciones que la misma Sala ha emitido.-

4.4 ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Hipótesis General 1:

Las condiciones jurídicas e institucionales son insuficientes para la apertura de un pluralismo jurídico esto se debe a la falta de desarrollo

de la legislación y la jurisprudencia, así como la falta de acogimiento por parte de las entidades pertinentes para hacer cumplir una exigencia de carácter constitucional.

Como se ha expresado en el desarrollo de la investigación, el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional plantea diferentes desafíos a superar, lo que en su mayoría depende de las condiciones que ofrece la legislación vigente para que se pueda concebir el pluralismo jurídico en nuestro país, así como también el papel que juegan las instituciones en el proceso de elección de Magistrados para la CSJ.

Se puede afirmar que de momento las condiciones tanto jurídicas como institucionales son insuficientes para la consecución del pluralismo jurídico, la hipótesis se ha podido comprobar en el desarrollo de la investigación, se estableció que las condiciones jurídicas no bastan para el proyecto de pluralismo jurídico, lo que se ha planteado en el Capítulo III al estudiar las leyes y reglamentos vigentes sobre el proceso de elección de Magistrados, en los cuales no se procura la consideración de la corriente de pensamiento de los candidatos, y no se regula la inclusión de nuevas corrientes de pensamiento jurídico para la CSJ, pues la visión del pluralismo jurídico retoma todas las corrientes de pensamiento de jurídico, sin embargo con la regulación legal vigente no se puede aspirar a incluir todas las corrientes de pensamiento jurídico en las salas de la CSJ, siendo necesario una nueva

regulación y desarrollo jurisprudencial donde se tome como un punto importante la corriente de pensamiento que representan los Magistrados.

Respecto a las condiciones institucionales también son insuficientes, como se ha comprobado con el estudio del proceso de elección y las instituciones que intervienen en el Capítulo III de la investigación y con las entrevistas realizadas en el Capítulo IV, pues las instituciones que intervienen en dicho proceso no se ocupan de determinar la corriente de pensamiento jurídico de los candidatos a Magistrados, pues el pluralismo jurídico en la CSJ no es uno de sus intereses, no atendiendo al mandato constitucional del art.186 inc. 3 Cn.

Hipótesis General 2:

El reconocimiento del pluralismo jurídico en la Sala de lo Constitucional promoverá la expresión de ideas diferentes, generará debate y contradicción entre ideas encontradas, enriquecerá y equilibra sus resoluciones promoverá la democracia participativa y con ello el fortalecimiento de la justicia constitucional y el Estado Constitucional de Derecho.

Esta hipótesis fue comprobada durante el desarrollo del capítulo II, III y IV pues la naturaleza misma tal como se indica en esta investigación genera efectos positivos el reconocimiento de un pluralismo jurídico dentro del Estado donde se practique, así mismo esos aspectos fueron los reconocidos

también mediante jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual versaba en este tema propiamente en comentó, pero a partir de conocimientos doctrinarios antes que prácticos.

A partir de la revisión de la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia existe un reconocimiento de los aspectos positivos que genera el reconocimiento del pluralismo jurídico.

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

Hipótesis específica 1:

El jusnaturalismo y el juspositivismo han sido consideradas como las principales corrientes de pensamiento jurídico, pero la visión de pluralismo jurídico denota una mayor amplitud que no se puede reducir a dos corrientes de pensamiento tal como ha sido reconocido por nuestra Constitución y la jurisprudencia.

En el Capítulo II de la investigación se hace mención de las corrientes de pensamiento jurídico, conociendo así las ideas generales de cuatro corrientes de pensamiento, siendo el jusnaturalismo y el juspositivismo las que dominan el mundo del pensamiento jurídico, sin embargo existen otras corrientes de pensamiento cómo el realismo jurídico y le pensamiento jurídico con visiones que tienen mucho que aportar al pensamiento de la Sala de lo

Constitucional, que no han sido consideradas ni por los profesionales del derecho que ostentan las magistraturas ni por las instituciones que intervienen para elegir a los Magistrados de las salas de la CSJ.

Al estudiar el tema del Pluralismo Jurídico con las diferentes visiones del mismo como el Pluralismo Jurídico conservador y emancipador en el Capítulo II, se logra comprender que la visión de pluralismo jurídico que se pretende para el pensamiento de la Sala de lo Constitucional es el emancipador que plantea Carlos Antonio Wolkmer, que pretende incluir los diferentes sectores que no ha sido tomados en cuenta, en este caso incluir todas las corrientes de pensamiento jurídico, abriendo un espacio democrático y participativo, donde se pueda abrir un espacio para la el debate y deliberación en la Sala de lo Constitucional de la CSJ. Con los valores que plantea el pluralismo jurídico de inclusión y participación no se puede considerar solamente dos corrientes de pensamiento para la CSJ, pues ya no son lo suficiente para resolver y afrontar los problemas jurídicos que se suscitan en la actualidad.

Hipótesis específica 2:

El proceso de elección de los candidatos a magistrados de la Sala de lo Constitucional resulta impreciso e ineficaz en todas sus fases, pues no garantiza el cumplimiento de la existencia de un pluralismo jurídico representado en la Sala de lo Constitucional.

El proceso de elección resulta ineficaz para alcanzar el pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, es uno de los principales obstáculos para la pretensión de incluir todas las corrientes de pensamiento jurídico en la CSJ, la hipótesis se comprobó en el Capítulo III de la investigación al estudiar el proceso de elección de Magistrados con las diferentes instituciones y etapas de dicho proceso, en primer lugar la legislación sobre la elección de Magistrados como se ha manifestando anteriormente es insuficiente para los intereses del pluralismo jurídico.

Existe una desnaturalización del proceso, donde se señala como principal responsable a la Asamblea Legislativa, es decir la etapa final del proceso de elección, donde no se considera la corriente de pensamiento jurídico, sin embargo en las etapas previas en las que intervine la FEDAES y el CNJ no se observa un interés por la obtención de una CSJ con pluralismo jurídico, pues no se considera la corriente de pensamiento de los candidatos que se proponen, y son estas instituciones las que deben tomar mayor protagonismo ya que se encuentran en la capacidad de luchar por una sala plural en cuanto al pensamiento de la misma.

Las entrevistas realizadas en el Capítulo IV sustenta la comprobación de la hipótesis, donde los entrevistados expresan el poco interés de proponer candidatos con corrientes de pensamiento definidas y variadas, también expresan la dificultad que representa para las instituciones protagonistas en el proceso de elección determinar que corriente de pensamiento representan

los candidatos, y el poco conocimiento sobre las nuevas corrientes de pensamiento, por lo que se afirma que el proceso no garantiza la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo constitucional de la CSJ.

Hipótesis específica 3:

El enfoque de la exigencia del art. 186 inc 3° al considerar que dentro de la Sala de lo Constitucional “Deben estar representadas las más relevantes corrientes de pensamiento” excluye a las minorías, es decir, a aquellas corrientes de pensamiento jurídico que no son consideradas como relevantes, rompiendo con la amplia visión de pluralismo jurídico.

Se comprobó esta hipótesis mediante el desarrollo teórico- doctrinario del capítulo II pues comprendimos que existen diferencias radicales entre un pluralismo de naturaleza excluyente y un tipo de pluralismo jurídico emancipador o de naturaleza incluyente, que recoja nuevas corrientes de pensamiento jurídico, sin embargo, los entrevistados en esta investigación no pudieron dar cuenta de una inclusión de nuevas corrientes de pensamiento jurídico y evidenció el desconocimiento de otras corrientes más allá de aquellas que la Constitución ha denominado como relevantes tal es el caso del Jusnaturalismo y del Juspositivismo.

Hipótesis específica 4:

Los magistrados de la Sala de lo Constitucional no cuentan con una cultura de diálogo y consenso en el proceso decisorio frente a la discrepancia por opiniones diversas generadas por un pluralismo jurídico con enfoque amplio e incluyente.

Esta hipótesis fue parcialmente comprobada pues encontramos durante el desarrollo investigativo del capítulo III, en el que realizamos el estudio de la jurisprudencia emitida por la actual Sala de lo Constitucional, aunque si bien es cierto, tomamos una muestra jurisprudencial, pero que evidencia que no existe diálogo y deliberación en el proceso decisorio, sin embargo, existen resoluciones donde magistrados tienen votos disidentes o razonados aunque muchas veces no fundamentado en una corriente jurídica filosófica.

4.5 ANÁLISIS DE OBJETIVOS

OBJETIVOS GENERALES

Objetivo general 1

Evidenciar si en nuestro país existen las garantías legales e institucionales para la apertura de un pluralismo jurídico en el pensamiento de la sala de Constitucional de la CSJ.

Por medio de la investigación se logro alcanzar este objetivo, pues se evidencio que en nuestro país efectivamente no existen las garantías legales para la apertura del pluralismo jurídico, en el Capítulo III al estudiar la

regulación legal del proceso de elección de magistrados para la CSJ, se aprecia que las corrientes de pensamiento jurídico no son consideradas en dicho proceso, representado así el proceso de elección de Magistrados un aspecto a mejorar para alcanzar el pluralismo jurídico.

De igual manera se evidencio que las instituciones que intervienen en proceso de elección, no juegan el rol que deberían para asegurar el pluralismo jurídico en nuestro país, pues el proceso tiene ciertas deficiencias en las diferentes etapas, desnaturalizándolo y persiguiendo fines político partidista. Existe una deficiencia en la enseñanza y estudio del pluralismo jurídico y las corrientes de pensamiento, la cual depende en gran medida de las instituciones educativas, es decir las universidades donde se forman los profesionales del derecho, no se infunde una cultura idónea para la consecución del pluralismo jurídico.

Se puede afirmar que se logró el objetivo, y se comprobó que no existen las garantías legales ni institucionales para dar apertura al pluralismo jurídico en nuestro país, pues falta legislar de mejor forma el proceso de elección donde se retome el pluralismo jurídico en el pensamiento de los Magistrados de la CSJ como uno de los puntos centrales de dicho proceso. En cuanto a las garantías instituciones existen deficiencia en todas las instituciones que tienen que intervienen para que se dé el pluralismo jurídico en nuestro país, se necesita que las universidades formen a los profesionales del derecho con

conocimientos sobre el pluralismo jurídico, y un amplio conocimiento de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico.

Y finalmente es necesario que las instituciones como la FEDAES y CNJ adquieran mayor protagonismo en el proceso de elección para poder determinar la corriente de pensamiento del candidato que ostenta la magistratura y así crear las condiciones necesarias para que verdaderamente se pueda aspirar a un pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

Objetivo General 2

Analizar la complejidad de la dimensión del pluralismo jurídico y el efecto que provoca el reconocimiento del mismo en la Sala de lo Constitucional.

En cuanto al objetivo en mención, se pudo alcanzar mediante el desarrollo del capítulo II, al contemplar la extensión y la complejidad que representa el pluralismo jurídico dentro de un Estado y el efecto positivo que causa su mismo reconocimiento tal es el caso de la consecución de la Justicia Constitucional, Democracia Participativa y un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

Objetivo específico N°1

OBJETIVOS ESPECIFICOS

Estudiar las principales corrientes de pensamiento jurídico, en relación con la exigencia constitucional y el pluralismo jurídico.

Este objetivo se logró alcanzar al realizar un estudio de forma general de las diferentes corrientes de pensamiento, tanto las que consideradas relevantes como el jusnaturalismo y el juspositivismo, como otras corrientes que son menos relevantes pero dignas de ser consideradas para el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, como el realismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico, que de momento no tienen cabida en el pensamiento de los Magistrados de la CSJ, esto en relación con la exigencia constitucional del art. 186 inc. 3° Cn y el pluralismo jurídico.

Se logró establecer que la interpretación de la exigencia constitucional se ha hecho de forma simple y no sistemática, pues se ha pensado que para dar cumplimiento a la exigencia constitucional basta con incluir solamente a las corrientes de pensamiento jurídico más relevantes, en este caso el jusnaturalismo y el juspositivismo. Sin embargo como se logró establecer al estudiar el pluralismo jurídico emancipador en el Capítulo II se logró establecer la visión de inclusión y participación de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, lo que es acorde con una interpretación sistemática del mandato constitucional.

Se comprobó que de momento la interpretación del art. 186 inc. 3 Cn. No considera la inclusión de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico para la Sala de lo Constitucional, lo que es contrario a la visión de pluralismo jurídico de inclusión, creando un espacio participativo y democrático.

Analizar si el proceso para la conformación de la sala de lo Constitucional da apertura al pluralismo jurídico en el pensamiento de la misma.

Este objetivo se puede alcanzar al estudiar la regulación legal del proceso de elección y las instituciones que intervienen en el proceso, en el Capítulo III, así como el estudio realizado por medio de las entrevistas realizadas para el Capítulo IV, formulando preguntas sobre la eficacia del proceso de elección de Magistrados a personas que intervienen en dicho proceso. Por medio del estudio se logra comprobar que el actual proceso no da apertura al pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

Se logró establecer la desnaturalización que ha sufrido el proceso de elección de magistrados, en el cual no se considera la corriente de pensamiento jurídico de los candidatos a magistrados, se evidenció la dificultad que representa para las instituciones que proponen y eligen a los Magistrados determinar la corriente de pensamiento jurídico, pues no se cuenta con un método adecuado para determinar la corriente de

pensamiento. Se señaló la incapacidad de los diputados de la Asamblea Legislativa para poder establecer la corriente de pensamiento de los profesionales del derecho que ostentan una magistratura, así como también la imposición de intereses políticos partidistas para la elección de Magistrados.

La ineficacia del proceso de elección por causa de la legislación y las instituciones encargadas de elegir a los candidatos a Magistrados para la CSJ, por lo que se concluye que se necesita legislar de mejor manera el proceso de elección y es necesario que las instituciones adquieran un mayor compromiso para la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

Objetivo Especifico N°3

Enfocar la doctrina y evolución del pluralismo jurídico en relación con el modelo estandarizado y conservador del pensamiento jurídico de los magistrados de la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Este objetivo se pudo alcanzar a través del desarrollo del capítulo II este versa sobre el estudio de aspectos doctrinarios que dan origen al pluralismo jurídico el cual pasa por diversas etapas de transición desde el mundo medieval hasta el mundo contemporáneo, en cual se apreció la visión de inclusión y participación que promueve el pluralismo jurídico emancipador

que es el que se pretende para la Sala de lo Constitucional de la CSJ, el cual no es acorde con la interpretación simplista o literal de la disposición constitucional que da apertura al pluralismo jurídico en el pensamiento de los Magistrados de la CSJ, pues se estableció que al incluir solamente a las dos corrientes más relevantes del pensamiento jurídico se cree erróneamente que se alcanza la visión de pluralismo jurídico.

Objetivo Especifico N°4

Evaluar si los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la CSJ adoptan una función de diálogo y deliberación en el proceso decisorio desde el pluralismo jurídico, y si ello se ve reflejado en sus resoluciones.

Al hacer análisis extractado de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, para valorar si están inmersas las corrientes de pensamiento jurídico y si en efecto, existe de acuerdo a la naturaleza misma del pluralismo jurídico, un verdadero diálogo y deliberación en el proceso decisorio, generando como resultado la ausencia en ocasiones de estos elementos en la Sala de lo Constitucional, pues si bien es cierto existe votos razonados o disidentes estos quedan infundados en una corriente de pensamiento.

CAPITULO V

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

Conclusiones teóricas-doctrinarias

- ✓ El pluralismo jurídico ha tenido diferentes concepciones, como es el caso del pluralismo jurídico conservador y el pluralismo jurídico emancipador, sin embargo como se ha podido establecer en el desarrollo de la investigación, el tipo de pluralismo jurídico que pretendemos para la Sala de lo Constitucional es el emancipador, pues proyecta la creación de un espacio democrático participativo, es decir, busca la inclusión de todas las corrientes de pensamiento jurídico para la formación de las salas de la CSJ, sin excluir aquellas corrientes que no han sido consideradas por no ser las que dominan el mundo de las ciencias jurídicas, pero que tienen mucho que aportar para la solución de conflictos jurídicos.
- ✓ En el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ ha predominado el jusnaturalismo y el juspositivismo como las corrientes de pensamiento jurídico consideradas más relevantes, sin embargo, los aportes de estas dos corrientes de pensamiento ya no son suficiente para dar respuesta a los problemas que se presentan en el que hacer judicial, por lo que se concluye que es necesario la

consideración de nuevas corrientes de pensamiento, aunque sin excluir las tradicionales que siempre han sido parte del pensamiento de la Sala de lo Constitucional. Todo en concordancia con la visión del pluralismo jurídico de inclusión y participación, pues se generaría un efecto positivo para la deliberación y debate en la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

Conclusiones Jurídicas:

- ✓ Concluimos que el ordenamiento jurídico contiene premisas que dan origen a un pluralismo jurídico, tal es el caso del art. 186 inc. 3°. Sin embargo, su reconocimiento ha sido reducido en un tipo de pluralismo jurídico limitado, excluyente de aquellas minorías con pensamientos modernos, con nuevas perspectivas de ver el Derecho y nuevas corrientes de pensamiento jurídico.
- ✓ Que las Instituciones como FEDAES Y el CNJ no atienden a su respectiva legislación interna, pues concluimos que el problema no radica en la regulación reglamentaria, sino más bien en la praxis, pues en definitiva existen lineamientos precisos para poder llevar a cabo procesos de elección funcionales y transparentes.

Conclusiones socio-políticas

- ✓ Se concluye que el proceso de elección de magistrados de la CSJ se ha desnaturalizado, y esto se debe a manipulación de dicho proceso por

parte de los partidos políticos que pretenden elegir a los candidatos que mas comparta su pensamiento político partidista, sin atender al clamor de la comunidad jurídica y sin determinar la corriente de pensamiento jurídico del candidato a magistrado, por lo que con la realidad política actual no se puede aspirar a la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

- ✓ Los retos y desafíos del pluralismo jurídico implican el aspecto social, pues se necesita la creación de una cultura con conocimiento del pluralismo jurídico y sus implicaciones, así como un desarrollo en el estudio y conocimiento de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico para que puedan ser consideradas en la formación de las salas de la CSJ.

Conclusiones Prácticas:

- ✓ Concluimos que el proceso de elección se desnaturaliza durante las diversas etapas por las que atraviesa, Pues la Federación de Abogados de El Salvador y el proceso democrático de selección del gremio de abogados no cumple con requisitos de funcionalidad y transparencia, ya que los aspirantes centran sus campañas en publicidad, promesas y eventos meramente sociales; por otro lado, la Asamblea Legislativa centra sus expectativas de elección en la afinidad político-partidista que cada candidato representa y, que en definitiva ninguna de las entidades

antes aludidas toman a consideración la corriente de pensamiento jurídico que cada uno de los aspirantes a una magistratura representan.

- ✓ Que dentro de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional muy pocas veces encontramos inmerso el debate y la contradicción como formas de generar pluralismo jurídico.

- ✓ Que el sistema producto de las reformas durante los Acuerdos de Paz consistente en los procesos de elección que existen actualmente, necesita ser regulado por un ente contralor para tener eficacia, pues los problemas Institucionales de las tres entidades intervinientes se vuelve ineficaz.

5.2 RECOMENDACIONES

➤ Al órgano judicial

Promover una cultura con conocimiento de las corrientes de pensamiento jurídico y el pluralismo jurídico en los profesionales del derecho que pertenecen al órgano judicial y especialmente a los que ejercen una judicatura, para considerar nuevas corrientes de pensamiento en la deliberación y motivación de las resoluciones del que hacer judicial. El órgano judicial debe procurar la capacitación en materia de filosofía del derecho, para aumentar los conocimientos de las nuevas corrientes de

pensamiento jurídico, para ser consideradas en el pensamiento de Sala de lo Constitucional de la CSJ y en toda la estructura del Órgano de Justicia.

➤ **A la Sala de lo Constitucional**

Considerar todas aquellas corrientes de pensamiento jurídico que tengan aportes positivos para la solución de problemas jurídicos que se presentan en el que hacer de la Sala de lo Constitucional, para así aumentar el conocimiento y fomentar la deliberación y el debate en el proceso decisorio de la emisión de sentencias, de igual manera adoptar una actitud de respeto a la libertad de pensamiento, considerando las soluciones que brindan las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, con diferentes visiones y perspectivas para poder resolver de la mejor forma posible.

➤ **Asamblea Legislativa**

Que los Diputados miembros de la Comisión Política tengan conocimiento y preparación previa de las preguntas que se realicen durante las entrevistas a los treinta aspirantes a la magistratura, tomen a consideración aspectos meramente jurídicos más no políticos, es el caso de la corriente de pensamiento jurídico-filosófica y no la corriente política-partidista que estos definan, con la finalidad de que se evidencie en la Corte Suprema de Justicia un pluralismo jurídico que tenga representado la diferentes corrientes del pensamiento jurídico.

➤ **Consejo Nacional de la Judicatura**

Reforzar los procesos de selección de candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo en la nómina de aspirantes a personas con la capacidad de desarrollarse dentro de una magistratura, creando un perfil ideal de magistrado más allá de los requisitos que establece la Constitución, realizando entrevistas que den a conocer la capacidad de los aspirantes entre otros, los amplios conocimientos del Derecho que posee, la adopción de una corriente jurídica filosófica bien definida, la independencia e imparcialidad que demuestre etc.

➤ **Federación de Abogados de El Salvador**

Mayor eficacia y transparencia en el proceso democrático de elección, donde la comunidad jurídica o abogados que se encuentren dentro del padrón de votantes, puedan conocer la capacidad intelectual de los aspirantes, mediante conferencias que versen en temas de interés jurídico, de coyuntura nacional o de resoluciones jurisprudenciales, donde cada aspirante cuente con las mismas oportunidades de promoverse en igualdad de condiciones, desapareciendo las campañas publicitarias y los eventos sociales que realicen para estos fines.

➤ **Universidades**

Que las Universidades en general, puedan emplear o reforzar conocimientos en los estudiantes que versen en temas de filosofía del Derecho, donde los

futuros profesionales que aspiren a cargos públicos estén preparados para ser abordados frente a estos temas, sostengan posiciones críticas frente al Derecho y se definan en una corriente de pensamiento jurídico. Que se fomente el conocimiento de las nuevas corrientes de pensamiento que no han sido consideradas en la enseñanza a los profesionales del derecho, para poder ostentar a una comunidad jurídica con una cultura idónea para la implementación del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional de la CSJ y en nuestro país en general.

➤ **A las asociaciones de abogados**

Considerar otros requisitos además de las exigencias Constitucionales en la elección de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia, como determinar la corriente de pensamiento jurídico que representan los candidatos que proponen, para darle cumplimiento a la exigencia constitucional del art. 186 inc. 3°, procurando así la representación de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico en la CSJ, y la consecución del pluralismo jurídico en el pensamiento de la Sala de la Constitucional de la CSJ. Las asociaciones de abogados deben tomar un mayor protagonismo en el proceso de elección de Magistrados, pues son de los llamados a mejorar el proceso proponiendo como candidatos las mejores opciones posibles para la etapa final del procedimiento, pues las asociaciones de abogados se encuentran en la capacidad de determinar la corriente de pensamiento jurídico de los candidatos, y así proponer las mejores opciones posibles para la CSJ.

➤ **A la comunidad jurídica**

Adoptar una actitud de mayor exigencia respecto a los profesionales del derecho que eligen para representan a la comunidad jurídica en las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia, exigiendo que los Magistrados que conforman la CSJ sean los profesionales más capaces, con una alta formación académica, independencia, ética e idoneidad. Se debe procurar la formación en el conocimiento y estudio de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, tanto en las corrientes tradicionales como en las nuevas corrientes, para abrirles espacio en el pensamiento de la Sala de lo Constitucional y así alcanzar el pluralismo jurídico.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

Boaventra de Sousa Santos (2000) "Crítica de la Razón Indolente Contra el Desperdicio de la Experiencia" volumen uno, Sao Pablo, Editorial Declée Broubrouwer

Boaventura de Sousa, Santos, (1998) El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio A Fabris,

Bobbio, Norberto, "Algunos argumentos contra el Derecho Natural", Madrid, TAURUS, 1966.

Bobbio, Norberto, (1993) "El Positismo Jurídico", debate, Madrid.

BODENHERMER, Edgar. Teoría del derecho. Editorial Fondo de cultura económica, México.

Belloso Martín Nuria (2015) "El Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?" Área de Filosofía del Derecho Universidad de Burgos

Castañeda Sánchez, Alfredo (2012) "Orígenes del Pluralismo Jurídico" la gaceta jurídica

Cf. FALCÃO, Joaquim A (Org.).(1984) Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas. Rio de Janeiro: Forense.

Constitución de la República (1983) diario oficial: 234, tomo: 281 Asamblea Legislativa,

Constitución Política del Estado, Bolivia, 1994

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Ley N° 3942, 2008

Contreras Acevedo, Ramiro; Sánchez Trujillo, María Guadalupe (2013) ¿El Pluralismo Jurídico en México?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DEL-FUSADES (2011) “Selección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia” Antigua Cuscatlán.

Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno / Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores (2015) UNAM México DF

FUSADES, UCA, UJMD, (2011) “Estudio del Proceso de Selección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia”, Antigua Cuscatlán.

García Maynez, Eduardo, filosofía del derecho (1983) México: Porrúa

García, Berger Mario, “La disputa entre positivismo excluyente e incluyente desde una perspectiva Neokantiana- Kelseniana” revista de teoría y filosofía del derecho, 2015.

HURTADO BAÑUELOS (2015) “La crítica jurídica y el uso alternativo del derecho; la necesidad de una corriente regional.”

John Griffiths (1984) “What is Legal Pluralism?” Vol. 24

Kennedy, Duncan, “Critical Legal Studie” (2002) duke university PREEES

Ley de Consejo Nacional de la Judicatura (1999) diario oficial: 30, tomo: 342

Llano, Jairo Vladimir, “teoría del derecho y pluralismo jurídico” (2011) Santiago de Cali

Moller, Max, “Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho” (2007) Burgos, UBO

Nino, Carlos Santiago,(2003) “Introducción al Análisis del Derecho” (2003) buenos aires, editorial ASTREA

Prieto Sanchís, Luis. "constitucionalismo y positivismo", México, Fontamara, 1997.

Reglamento del Consejo Nacional de la Judicatura (199) diario oficial número: 151 tomo: 344

Reglamento especial para el proceso de elección de los candidatos a magistrados de la corte suprema de justicia, FEDAES (2015)

Rivas Valencia, Aurelia (2012) "Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena" México DF, UNAM, México Nación Multicultural Programa Universitario

Sala de lo Constitucional, "sentencia de inconstitucionalidad ref. 78-2011"

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 37-2011, de fecha seis de julio de dos mil once.

Villegas, García Mauricio (2002) "notas preliminares para la caracterización del derecho en américa latina" Departamento de Derecho Internacional OEA, ILSA, Bogotá D.C, Colombia.

Wolkmer, Antonio Carlos, "constitucionalismo descolonizador y pluralismo jurídico en América Latina" (2015) Santa Catarina, UFSC

Wolkmer, Antonio Carlos, "constitucionalismo latino-americano" (2013) Curitiba, JURUA.

Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) "Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico" Bogotá, ILSA

Wolkmer, Antonio Carlos, (2003) "Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina" CENEJUS

ANEXOS

78-2011

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas del uno de marzo de dos mil trece.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por los ciudadanos Camille Cecy Alves García, Yesenia Patricia Deleón Deras, Herberth Wilfredo Fuentes Valle, Fredy Arnoldo Henríquez Guillén, Álvaro de Jesús Hernández Pérez, José Antonio Jovel Flores, Ernesto Enrique Peña Cruz, Jacqueline Elizabeth Rivas Espinoza, Kelin Sarai Salmerón Rodríguez, Marta Carolina Saravia Alfaro y Mirna Atenas Vanegas Zamora, todos mayores de edad y estudiantes. En su demanda solicitan la inconstitucionalidad, por vicios de contenido, del art. 14 inc. 2° de la Ley Orgánica Judicial (LOJ), emitida por Decreto Legislativo n° 123, de 6-VI-1984, publicado en el Diario Oficial n° 115, Tomo 283, de 20-VI-1984, por la supuesta vulneración a los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn.

La disposición impugnada prescribe:

“Art. 14. [...]”

Las Salas de lo Penal y lo Civil de la Corte Suprema de Justicia para dictar sentencia definitiva o interlocutoria, necesitarán la conformidad de tres votos, mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo y las Cámaras de Segunda Instancia necesitarán la conformidad de cuatro y dos votos respectivamente”.

I. 1. Los actores alegaron que, según el art. 186 inc. 3° Cn., la conformación subjetiva de las distintas salas de la Corte Suprema de Justicia debe representar las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. También que, de la prefiguración de los candidatos a Magistrados de las distintas salas, se advierte que la Constitución ha instaurado un sistema de deliberación y debate para la conformación de la voluntad de los órganos típicamente colegiados, con lo cual su experiencia y conocimiento técnico, el trabajo en común y su independencia son determinantes para el contenido de las decisiones que se tomen.

A partir de esta premisa, dijeron que si el objetivo es alcanzar la solución que suscita mayor acuerdo, pero sin que ello llegue a paralizar las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la unanimidad, que requiere cuatro votos sobre cuatro posibles, es un obstáculo insuperable ante todos los casos y supone el ideal de homogeneizar los diferentes criterios jurídicos de los integrantes del tribunal. Para ellos, en ese contexto, postular la unanimidad como el voto decisivo requerido en todos los casos resulta la medida más extrema para llegar a la decisión de un tribunal colegiado.

En segundo lugar, argumentaron que la disposición impugnada transgrede el derecho de acceso a la jurisdicción, como derecho de toda persona a obtener,

oportunamente, una resolución de fondo, fundamentada y congruente, sea o no favorable a las pretensiones u oposiciones formuladas. En tal sentido, dijeron que el derecho a la protección en la defensa implica la creación de mecanismos idóneos para la reacción mediata o inmediata frente a la vulneración de los derechos integrantes de la esfera jurídica de las personas, pues es imperioso el reconocimiento de una garantía que viabilice la realización efectiva y pronta de esos derechos.

2. En su informe de justificación de la constitucionalidad de la disposición impugnada, la Asamblea Legislativa sostuvo que, según los arts. 131 ords. 5° y 21° y 173 inc. 2° Cn., ella está facultada para emitir “leyes orgánicas” que regulan la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado; que emitir esas disposiciones es exclusividad de la Asamblea y que, al hacerlo, ha fijado los parámetros de cómo tienen que resolver las distintas salas de la Corte, pues es ahí donde están representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, cuando toman la decisión de resolver por unanimidad.

Agregó que la disposición tampoco viola el derecho de acceso a la jurisdicción porque al emitir una resolución por unanimidad, no existe negación ni mucho menos vulneración a ese derecho, pues las partes intervienen en el juicio en igualdad de condiciones y la decisión por unanimidad es procedente porque hay casos en los que se establece por ley esta clase de votación, como por ejemplo México y Uruguay en el continente americano y en la Unión Europea.

3. En su opinión, el Fiscal General de la República dijo que la configuración constitucional de la Sala de lo Contencioso Administrativo es la de 4 Magistrados provenientes de distintas corrientes de pensamiento jurídico y que la finalidad que se persigue es que, al momento de la toma de decisiones, estas sean nutridas o informadas por dichas corrientes jurídicas. Según su interpretación del art. 12 LOJ, el fiscal también argumentó que, cuando los criterios de los Magistrados no logran llegar a un consenso, el magistrado divergente puede excusarse y un suplente puede ser convocado para que emita su opinión, procedimiento que debe seguirse hasta lograr un consenso.

Sostuvo que este procedimiento no afecta la configuración constitucional de la sala referida, porque tanto la elección de los Magistrados propietarios como la de los suplentes supone que se ha realizado de acuerdo con los mandatos constitucionales y que al configurarse la sala con un magistrado suplente, los requisitos del art. 176 Cn. y el criterio prescrito en el art. 186 inc. 3° Cn. se mantienen. Con respecto al acceso a la jurisdicción, el fiscal dijo que según la jurisprudencia constitucional la pronta y cumplida justicia significa que la persona debe ser juzgada en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas y que el procedimiento administrativo de llamamiento del magistrado suplente no debe tomarse como dilación indebida.

Dijo además que por los intereses que se ventilan en los procesos contencioso administrativos –donde el Estado es demandado y se realiza un juicio de legalidad sobre actos administrativos firmes que pueden ser revocados o modificados–, razones de seguridad jurídica y de interés general hacen comprensible que el legislador busque mayor certeza en la toma de decisiones por el único tribunal competente en la materia, a través de una decisión unánime.

II. Expuestos los motivos de inconstitucionalidad planteados por los actores, los argumentos del informe rendido por la Asamblea Legislativa y la opinión del Fiscal General de la República, para fundamentar esta sentencia se analizarán las implicaciones que, sobre la decisión judicial colegiada, tienen las tres variables siguientes: (III.1) el pluralismo ideológico jurídico de los Magistrados; (III.2) el carácter deliberativo del proceso decisorio; y (III.3) la regla de votación del tribunal. Con estos elementos, (IV) se analizarán los motivos de inconstitucionalidad expuestos por los demandantes y se pronunciará el fallo correspondiente.

III.1. El deber de garantizar que en la Corte Suprema de Justicia estén representadas “las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico” implica el reconocimiento del *pluralismo jurídico de los Magistrados* que la integran, como nota básica de la configuración constitucional de este órgano del Estado. Dicha exigencia fue incorporada a la Constitución en 1991, dentro de las reformas derivadas de los Acuerdos de Paz y específicamente, dentro del apartado sobre Sistema judicial y derechos humanos. Ello indica la importancia que la apertura a diferentes visiones jurídicas tiene en la conformación subjetiva del Órgano Judicial, para la protección de los derechos y para la prevención de conflictos sociales. Así, *la Constitución prefigura la actividad de la Corte y de las Salas como una interacción dinámica y permanente de posturas distintas y variadas voces, todas dignas de consideración en el camino entre el desacuerdo y el consenso.*

Esta sala ha dicho que el pluralismo ideológico, en contraposición al totalitarismo o integralismo, implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad y de que esta sólo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro entre posiciones diversas (Sentencia emitida en el proceso de Inc. 5-99, el 20-VII-1999). En el art. 186 inc. 3° Cn., las “corrientes del pensamiento jurídico” aluden precisamente a visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir, a los sistemas de pensamiento, visión del mundo o conjunto de ideas fundamentales del Magistrado sobre el papel del derecho en la sociedad, su relación con el poder, la moral y los valores, así como sobre el método jurídico y la función de los jueces en el cumplimiento de las prescripciones jurídicas que integran el ordenamiento, entre otras cuestiones esenciales que dichas “corrientes de pensamiento” están llamadas a responder. Ello independientemente

de que tales Magistrados “representen” a los diversos sectores del ejercicio de la carrera – ámbitos académico, judicial, asesoramiento o libre ejercicio de la profesión–; o que se cultiven en distintos sectores del ordenamiento –Constitucional, Civil, Penal, Tributario, etc.–.

De lo anterior se desprende que el pluralismo jurídico de los Magistrados, además de una exigencia de funcionamiento de los tribunales que estos integran, implica también la obligación de que su proceso de selección y nombramiento incluya genuinas oportunidades para que los candidatos expongan las ideas que su respectiva “corriente de pensamiento” plantea para los problemas jurídicos referidos. Esto en armonía con el carácter meritario y objetivo que debe tener el proceso de selección de los Magistrados, en función de las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales de los candidatos (Sentencias emitidas en los procesos de Inc. 19-2012 y 23-2012, ambas del 5-VI-2012). En este sentido, tanto las entidades proponentes como la Asamblea Legislativa deben utilizar procedimientos públicos, transparentes y adecuados para perfilar la concepción jurídica de los candidatos a Magistrados, de modo que la ciudadanía tenga la posibilidad de reconocer la variedad de perspectivas metodológicas que influenciarán las decisiones de estos funcionarios.

Por otra parte, la opción constituyente por una integración de la Corte caracterizada por el pluralismo sobre la aplicación del Derecho es también una confirmación de la importancia constitucional del desacuerdo en el proceso de toma de decisiones judiciales. Asumir el pluralismo es valorar el disenso. La diferencia de opiniones en torno a la mejor solución posible de un asunto es prácticamente immanente a la pluralidad de concepciones desde las que esa solución debe formularse. Y su efecto es positivo. El desacuerdo impone la consideración de alternativas y combate el dogmatismo que supone la certeza de las respuestas indiscutibles; expande el análisis y abre espacio para tesis que de otro modo serían silenciadas; y guía el control externo del criterio aplicado, hasta incluso posibilitar su modificación futura. No es casual que el valor del disenso hunda sus raíces en la tradición liberal y democrática seguida por la Constitución (arts. 1, 6 y 85 Cn.).

2. Por supuesto, la discrepancia aislada carece en sí misma de las virtudes que mejoran el proceso decisorio. Se necesita de una forma compositiva e integradora para lograr una decisión colectiva a partir de opiniones diversas. Esa es la *función del diálogo y la deliberación*. El primero supone un intercambio libre de ideas, un ir y venir de la palabra, diciendo y contradiciendo, buscando la focalización progresiva de las opciones en juego mediante la reacción dialéctica a las opiniones de los demás. La propensión al diálogo se basa en el reconocimiento de la dignidad del otro, de su igual capacidad intelectual para participar en la construcción cooperativa de lo que debe ser decidido. Esto, gracias a que los esquemas conceptuales y las pautas de la comunicación racional

discursiva, son esencialmente compartidos por quienes dialogan.

En estrecha relación con esto, la *deliberación* es una meditada evaluación de las razones favorables y opuestas a un curso de acción, en la que se gestionan y ponderan datos, opciones y argumentos, en orden a tomar de modo responsable y reflexivo la mejor decisión posible en cada caso. Con un propósito deliberativo, el diálogo trasciende a la discusión o al debate, según el grado de oposición de las opciones enfrentadas, y de este modo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interferirían con una respuesta adecuada. Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo; ello si existe, como debería, un leal compromiso con los resultados de la estimación libre y argumentada, entre iguales, de las alternativas en competencia.

En nuestro ordenamiento, la estructura dual del proceso y la integración colegiada de algunos tribunales (arts. 11 inc. 1° y 173 inc. 2° Cn.) proyectan la creencia en el valor del diálogo hacia el ámbito de la jurisdicción. Además, la caracterización de la decisión judicial como elección argumentada entre diversas alternativas para aplicar la solución más adecuada a las peculiaridades del caso concreto (Sentencias emitidas en los procesos de Inc. 46-2003, del 19-IV-2005; y 19-2006, del 8-XII-2006) coincide con un enfoque deliberativo de la función de los Magistrados y Jueces. Más precisamente, esta Sala ha sostenido que cuando los jueces deciden como parte de órganos colegiados, el sistema de deliberación y debate instaurado por la Constitución implica que su independencia, conocimiento técnico, experiencia y trabajo en común son determinantes para el contenido de las decisiones que se tomen (Resolución de Admisión de la Inc. 15-2011, del 6-VI-2011).

En efecto, la fragmentación del poder de decidir entre varias personas les otorga una *interdependiente capacidad de influencia –de freno y contrapeso– sobre el resultado final, sin que ninguno pueda determinarlo por sí mismo, pero tampoco impedirlo*. De esta manera, aunque es razonable esperar que los Jueces impriman al análisis del asunto una dirección o un carácter relacionado con su propia manera de pensar, la vinculación al Derecho, la búsqueda imparcial de la mejor solución disponible y el carácter deliberativo del proceso decisorio los someten por igual a una estructura argumentada que genere el mayor consenso posible respecto a las connotaciones fácticas y jurídicas del caso concreto.

3. Sin embargo, el diálogo deliberativo no puede continuar por siempre. La apertura pluralista a la diferencia de opiniones no debe paralizar o impedir la decisión. Además, tratándose de decisiones judiciales, su emisión razonada y oportuna es una exigencia derivada del derecho fundamental a la protección jurisdiccional en la conservación y defensa de los demás derechos (art. 2 Cn.), que de esta forma condiciona no solo el modo

(fundamentado), sino también el tiempo (“pronto”) en el que los jueces deben decidir. Decidir es cerrar o zanjar una discusión y para ello se requiere, por tanto, de un instrumento que convierta los criterios de los jueces en la resolución común del tribunal. Esto se realiza mediante las *reglas de votación* (Resolución de Admisión de la Inc. 15-2011, del 6-VI-2011). Mediante la votación se transita de las opiniones particulares de los Magistrados a la resolución única o común del tribunal.

Las reglas de votación fijan un estándar cuantitativo a partir del cual se considera que la decisión está tomada y es innecesario proseguir la deliberación. En el ámbito de la elección pública se favorece la regla de la mayoría por su “legitimidad de resultado”, es decir, su mayor eficiencia para la adopción de decisiones –menor complejidad para lograr consenso, menos tiempo y el hecho de que ninguno puede, individualmente, forzar ni prohibir una opción–, pero se cuestiona su “legitimidad de proceso”, o su menor grado de justicia, porque la decisión se produce mediante imposición a una minoría que la rechaza.

Respecto a la votación unánime se invierten los polos de esa valoración. No hay minorías que puedan ser desconocidas por la mayoría, por lo que el proceso para llegar a la decisión se considera más justo, pero la eficiencia de la regla decrece significativamente. Esto se debe a que *la exigencia de unanimidad implica otorgar, a cada integrante del órgano decisor, un poder de veto o un derecho a prohibir cualquier opción (cada voto es decisivo)*. Aunque la distribución simétrica de esta facultad de veto impide la concentración de poder, también restringe la capacidad de actuar o decidir y demora el resultado. Claro que una decisión más rápida no es por ello más acertada, pero la votación máxima tampoco funciona como garantía semejante. La calidad de la decisión no es un asunto aritmético.

Con base en lo anterior, hay que hacer algunas precisiones respecto a la votación en una decisión judicial colegiada. En primer lugar, en esta última la votación no es una simple agregación de preferencias. El Derecho es sin duda, por sus variados niveles de indeterminación, un campo fecundo para la discrepancia, pero esto no implica aceptar el caos y la incertidumbre del “todo vale”. La directriz del proceso de toma de la decisión es la búsqueda de la mejor respuesta posible en cada caso y no maximizar beneficios, posiciones o intereses de los juzgadores. *Los jueces no son agentes, ni representantes; su “lógica decisoria” es deliberativa, no negociadora; y la interacción entre ellos no es estratégica, sino argumentativa. Por eso, los votos no son monedas de cambio para compensar prácticas de apoyo recíproco desligadas de los méritos sustantivos del asunto enjuiciado.*

En segundo lugar, la opinión de la minoría no es el mero residuo aleatorio de una tesis fallida en el trance de la deliberación. El acuerdo de la mayoría de un colegio de jueces no debe excluir, ocultar o silenciar las voces disidentes. El voto particular –tanto

discrepante como concurrente— materializa las virtudes liberales y democráticas del disenso. Mediante la libre exposición de su punto de vista, la minoría presiona sobre el rigor analítico del acuerdo mayoritario, transparenta el proceso de la decisión y entrega al “mercado de las ideas” una perspectiva distinta, quizá profética, para la solución de problemas similares en el futuro. Una mayoría judicial no desconoce a la minoría disidente sino que, por el contrario, calibra con sus razones divergentes la fuerza argumentativa de la solución adoptada.

Finalmente, el carácter pluralista, dialógico y deliberativo de la decisión judicial colegiada determina que la votación no es un método para decidir, sino solo un instrumento para cerrar el proceso deliberativo o argumentativo que genera la decisión. La votación es una salida a la tensión entre la deliberación como método y la exigencia de una respuesta oportuna. Esto significa que la exigencia de una votación máxima o unánime (todos los votos posibles) a favor de una solución no viene impuesta por la naturaleza del proceso decisorio, sino por algún otro tipo de consideración externa que, para ser válida, debe ser objetivamente justificada, en relación con el diseño institucional del órgano que decide.

IV. Lo expuesto en el considerando anterior indica que la compatibilidad de la votación máxima con el carácter pluralista y deliberativo de la decisión judicial colegiada depende de la existencia de una justificación objetiva, para la adopción de ese estándar cuantitativo. En otras palabras, en el presente proceso corresponde examinar la aceptabilidad de las razones por las que el legislador prefirió esa forma de votación frente a, por ejemplo, la regla de mayoría.

1. Según el análisis previo, la carga de justificación pesa sobre el legislador debido a que el art. 186 inc. 3° Cn., precisamente al garantizar que la minoría no sea marginada, reconoce el valor de su existencia, de modo que esta es —en principio y salvo mejores razones— preferible a la homogeneidad o uniformidad *forzada o impuesta* a un órgano judicial colectivo. Esta orientación constitucional se robustece con la existencia de un derecho (ya referido, art. 2 Cn.) que presiona por una mayor eficiencia (en términos de fundamentación y celeridad) en el resultado decisorio, algo que la regla de unanimidad puede dificultar.

Lo primero que debe observarse es que en el informe que rindió dentro de este proceso, la Asamblea Legislativa no aportó argumentos atendibles para justificar esa regla. La idea de que la fijación de estas reglas (de “organización interna” y “atribuciones”) es su competencia “exclusiva” es impertinente, porque eso no implica que tal competencia pueda ejercerse al margen de las exigencias derivadas de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetros de control. La afirmación de que “las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico” están representadas “cuando toman la decisión de resolver por unanimidad” es muy frágil, porque eso también ocurre en la decisión

mayoritaria, incluso con más nitidez, por la posibilidad de votos disidentes, que han sido calificados como “jurisprudencia alternativa”. Además, la simple invocación de ejemplos de legislaciones comparadas es irrelevante, pues el problema planteado debe resolverse conforme al ordenamiento constitucional salvadoreño.

2. Por otra parte, el examen del contenido de la regulación examinada y de sus antecedentes normativos tampoco justifica la medida. El decreto que estableció la regla de votación impugnada (D. L. n° 40, del 1-VII-1994, D.O. n° 122, Tomo n° 324, de la misma fecha) no contiene ninguna consideración sobre su necesidad, conveniencia o procedencia. Aunque la unanimidad ya estaba regulada en la formulación original de la Ley Orgánica Judicial, el estándar cuantitativo era distinto (3 votos), pues la integración de la sala referida también lo era (3 Magistrados). La adición del cuarto magistrado a la Sala de lo Contencioso Administrativo derivó del incremento del número total de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (de 14 a 15), que pretendía facilitar el sistema de renovación parcial periódica de la Corte definido en los Acuerdos de Paz (1 tercio, cada 3 años). Sin embargo, la relación entre el incremento del número de Magistrados de la sala citada y la conservación de la regla de unanimidad no fue objeto de justificación en la reforma respectiva.

Sobre esto último, la cantidad de miembros del tribunal al que se impone la unanimidad es un dato significativo. Primero, porque tiene una relación directa y proporcional con el riesgo de bloqueo y demora que deriva del poder de veto de cada uno. Es decir que *en una integración pluralista del órgano, cuantos más integrantes sean, mayor es el peligro de puntos muertos y retardos de la decisión*. Y segundo, porque existe objetivamente un umbral numérico mínimo por debajo del cual la vinculación entre integración colectiva y opción de voto mayoritario pierde sentido (si el tribunal está integrado por dos miembros –como las Cámaras de Segunda Instancia–, solo la unanimidad como estándar de decisión es compatible con esa conformación orgánica). En este último caso, la propensión constitucional de apertura hacia el disenso se subordina a un condicionamiento operativo insuperable, si se quiere permitir el desempeño efectivo del órgano decisor.

En la demanda se advierte que el carácter único, concentrado o especializado de la competencia del tribunal puede aumentar los efectos negativos del riesgo de bloqueo y demora generado por la regla de unanimidad obligatoria. Aunque eso ocurriera, se trataría en cualquier caso de una *diferencia de grado* en relación con otros tribunales de última (aunque no única) instancia cuyas decisiones, precisamente porque están destinadas a cerrar controversias sobre asuntos que se han prolongado por distintos niveles de la competencia respectiva, deberían adoptarse también sin sujeción a barreras cuantitativas que puedan generar más dilaciones y entrapamientos. Más bien, el itinerario de la disputa

por los diversos estratos orgánicos y procesales confirmaría la necesidad de que –para optimizar en tiempo y en calidad dialógica la resolución y salvo mejores razones en contra– se deje espacio al desacuerdo, como lo indican los principios constitucionales analizados.

3. Volviendo a la justificación de la regla de votación impugnada, con una argumentación más atinente al caso, el fiscal opinó que por los efectos de las decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre la seguridad jurídica y el interés general “resulta comprensible que el legislador busque mayor certeza” “a través de una decisión unánime.” El examen de este argumento plantea el problema de lo que pueda significar “mayor certeza”. Si una decisión “más cierta” se entiende como una decisión “mejor”, esta condición dependería de la sumatoria de votos y no, como parece más aceptable, de criterios sustantivos. Si la “mayor certeza” supone mayor fuerza persuasiva de la decisión unánime, el argumento tampoco sería convincente, pues una decisión mayoritaria que responda razonablemente a las críticas de la minoría puede ser más persuasiva que una decisión unánime con fundamentos precarios. Si la “mayor certeza” se vincula con el nivel de consenso requerido por el tipo de asunto, el argumento es impreciso, pues prácticamente todas las decisiones judiciales pueden vincularse con la seguridad jurídica y el interés general.

4. El fiscal también sostuvo que la regla de votación respeta el pluralismo a que se refiere el art. 186 inc. 3° Cn., porque “en los casos en los que no se logra obtener unanimidad” puede llamarse a un Magistrado suplente para alcanzar el número de votos requerido y los Magistrados suplentes también deben representar “las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico”. Al respecto se considera que el número de votos exigido para decidir debe relacionarse en principio con el número de integrantes *titulares*, permanentes o propietarios del colegio respectivo, porque esta integración ordinaria es la que desarrolla normalmente el proceso de toma de la decisión.

Las exigencias derivadas de los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn. deben aplicarse sobre el funcionamiento regular del proceso decisorio y con la integración ordinaria del órgano respectivo, sin necesidad de acudir a vías excepcionales de desbloqueo que, aunque son válidas, confirman el estancamiento y la demora que la regla de unanimidad forzada produce. El fiscal ha dicho que tal retraso no viola el derecho a la protección jurisdiccional porque no constituye una “dilación indebida”, pero este es un argumento circular, pues la razonabilidad de esas demoras depende de que la regla de unanimidad que las produce esté, a su vez, justificada, lo cual no se ha logrado establecer dentro de este proceso.

5. Por lo anterior se concluye que *la regla de votación impugnada por los demandantes debe ser declarada inconstitucional*, pues carece de justificación suficiente en relación con el alcance de los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn. En vista de que la regla de

mayoría corresponde a la votación mínima necesaria para formar decisiones de un órgano colegiado, de que ella está reconocida legalmente como estándar de votación de diversos tribunales colectivos (arts. 14 inc. 1° y 50 inc. 1° LOJ) –lo que sirve como referente analógico para evitar un vacío normativo– y por razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia será que para tomar las decisiones interlocutorias y definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bastarán los votos de la mayoría de los Magistrados que la integran, incluso en los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia.

6. La jurisprudencia de esta Sala, sin agotar las manifestaciones posibles, ha determinado que la *inconstitucionalidad por conexión* puede presentarse: a) cuando la declaración de inconstitucionalidad se debe extender a otras disposiciones que *coinciden con la impugnada en el efecto considerado como inconstitucional*; y b) cuando la omisión de extender el pronunciamiento estimatorio a otras disposiciones produciría una incompatibilidad entre estas y lo resuelto o algún grado relevante de ineficacia en cuanto a los fines perseguidos por el fallo, ya sea porque tales disposiciones *presentan el mismo reproche de inconstitucionalidad* o porque tienen una función instrumental o complementaria de la que se declara inconstitucional (Sentencia de Inconstitucionalidad 57-2011, del 7-XI-2011).

En este caso, la contradicción entre la regla de unanimidad impuesta a la Sala de lo Contencioso Administrativo y los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn. es un vicio de inconstitucionalidad que también se presenta en relación con la regla de votación de las decisiones de las Salas de lo Civil y de lo Penal de la Corte (3 votos necesarios de 3 posibles). Como órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria en sus respectivas competencias, las resoluciones de estos tribunales tienen, para los justiciables y para la comunidad, tanta importancia como las de la Sala referida en la demanda. Y por ello es igualmente exigible que sus decisiones sean también prontas, fundadas, pluralistas y deliberativas, estándares que una regla obligatoria de votación unánime solo podría satisfacer mediante una justificación específica y prevalente que la sostenga.

7. El análisis realizado en este proceso respecto a la disposición impugnada (donde se establecen ambas reglas de votación), mediante el informe de la Asamblea, la opinión del Fiscal General, la revisión de antecedentes normativos y la determinación del alcance de las normas constitucionales pertinentes, indica que la unanimidad impuesta por el art. 14 inc. 2° LOJ a las Salas de lo Civil y de lo Penal de la Corte carece asimismo de una justificación suficiente para superar las exigencias constitucionales de la decisión judicial colegiada. Como ya se dijo, las resoluciones de estos tribunales, precisamente porque están destinadas a cerrar controversias sobre asuntos que se han prolongado por distintos niveles

de la competencia respectiva, deben adoptarse también sin sujeción a barreras cuantitativas que puedan generar más dilaciones y entrapamientos.

Hay una identidad esencial entre la inconstitucionalidad demandada y la inconstitucionalidad que afecta a la regla de votación de las Salas de lo Civil y de lo Penal de la Corte, además del hecho de que en este caso ambas están previstas en la misma disposición legal objeto de control. Por ello, para evitar la persistencia del vicio examinado en otros ámbitos que son inmediatamente constatables por esta Sala y para garantizar la mayor eficacia posible de las normas constitucionales concretizadas en esta sentencia, *debe declararse dicha inconstitucionalidad por conexión*, con el efecto ya indicado, en relación con los tribunales respectivos.

El resto del contenido normativo de la disposición examinada, es decir la regla de votación de las Cámaras de Segunda Instancia, no debe ser afectado por esta sentencia, porque las consideraciones y argumentos que fundamentan la inconstitucionalidad determinada no se aplican a sus decisiones. La conformación plural de esos tribunales es la mínima posible, de modo tal que la concurrencia de ambos magistrados es la única alternativa decisoria adecuada a esa específica integración, ya que, respecto a los titulares de esos órganos, la regla mayoritaria es impracticable.

8. En vista de que los efectos de esta sentencia suponen un cambio en la regla de votación de las decisiones de tres Salas de la Corte Suprema de Justicia y que estos tribunales serán directamente afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en el fallo, para facilitarles el acceso oportuno a las razones que lo justifican, esta Sala considera procedente comunicar en forma directa la presente sentencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a la Sala de lo Civil y a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tomando en consideración la justificación contenida en esta sentencia, el art. 220 inc. 1° frase 3ª del Código Procesal Civil y Mercantil deberá entenderse que solo aplica para las Cámaras de Segunda Instancia, no así para la Sala de lo Civil ni cualquier otra Sala –por la aplicación supletoria a que se refiere su art. 20–, pues en este último caso tal interpretación también estaría descartada como efecto de la inconstitucionalidad declarada.

Asimismo, dado que la inconstitucionalidad determinada es parcial o limitada a un segmento del contenido jurídico de la disposición impugnada (de modo que el resto del enunciado normativo conserva su validez) y que mediante esta sentencia se sustituye la norma inconstitucional por una regla de votación mayoritaria, esta Sala reconoce la conveniencia de que, para contribuir a la claridad y coherencia de los textos legales, la Asamblea Legislativa proceda a reformular la disposición objeto de control, armonizando su contenido con el de esta sentencia, sin que por ello se entienda que los efectos de este fallo se condicionan a esa eventual reforma.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citada y en el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase parcialmente inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 14 inc. 2° de la Ley Orgánica Judicial, en lo relativo a la regla de votación de las decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, porque dicha regla carece de justificación suficiente en relación con el carácter pluralista y deliberativo de la decisión judicial colegiada y con el derecho a una decisión judicial fundada y oportuna, de modo que contradice los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn.*

2. *Declárase parcialmente inconstitucional, por conexión, de un modo general y obligatorio, el art. 14 inc. 2° de la Ley Orgánica Judicial, en lo relativo a la regla de votación de las decisiones de la Sala de lo Civil y de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque dicha regla comparte el vicio de inconstitucionalidad examinado en esta sentencia, en el sentido de que carece de justificación suficiente en relación con el carácter pluralista y deliberativo de la decisión judicial colegiada y con el derecho a una decisión judicial fundada y oportuna, de modo que contradice los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn.*

3. *Notifíquese* la presente decisión a todos los sujetos procesales y a las Salas de lo Contencioso Administrativo, de lo Civil y de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, para lo cual se enviará copia al Director de dicha oficina.

---J.S. PADILLA----- F. MELÉNDEZ ----- J.B. JAIME-----E. S. BLANCO R. -----R.E. GONZÁLEZ B.-
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
----- E. SOCORRO C.-----SRIA. -----
-----RUBRICADAS-----

94-2014

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las once horas con cuarenta y un minutos del día ocho de abril de dos mil quince.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por demanda presentada por el ciudadano Luis Arquímides Servellón Rodríguez, mediante la cual pide que se declare la inconstitucionalidad parcial del art. 74 inc. 1° del Reglamento de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura n° 5, de 13-VIII-1999, publicado en el Diario Oficial n° 151, tomo n° 344, de 18-VIII-1999 –o “RLCNJ”–, porque, en su opinión, contraviene el derecho de acceso a la información pública (arts. 6 inc. 1° y 85 inc. 1° Cn.) y el deber de motivación que tiene el Consejo Nacional de la Judicatura –o “CNJ”–, al elaborar la propuesta de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia –en adelante “CSJ”– conforme a los arts. 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.

La disposición impugnada prescribe:

“Selección de candidatos por el Pleno

Art. 74 inc. 1°.- Al tener conocimiento de la lista parcial de candidatos propuestos por las asociaciones de abogados, el Pleno del Consejo, basado en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles y en la ponderación de los criterios establecidos en el artículo precedente, *seleccionará por medio de votación secreta*, un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos a formar de acuerdo a lo establecido por la Ley, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de recepción de la lista parcial de candidatos remitida por la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador”.

I. 1. En síntesis, el ciudadano Servellón Rodríguez manifestó que el art. 74 inc. 1° RLCNJ “... contiene una norma que obliga o por lo menos permite a una autoridad pública que oculte las razones que justifican su propuesta de 15 de los 30 aspirantes a un cargo público [como el de Magistrado de la CSJ]”. Por ello, considera que dicha disposición “... excluye el deber *de motivación o justificación de sus decisiones* que corresponde a los órganos que intervienen en los procesos de elección de funcionarios de segundo grado, por lo cual estima que contraviene los arts. 6 inc. 1°, 85 inc. 1°, 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn., los cuales transcribe.

A. A continuación, se refirió al derecho de acceso a la información pública y al respecto citó jurisprudencia emitida por esta Sala (Sentencias de 5-IX-2012 y de 24-IX-2010, Incs. 13-2012 y 91-2007) en la que se han determinado los presupuestos, la noción y la finalidad del derecho en cuestión.

Por otra parte, aludió al deber de motivación de las propuestas de elección de segundo grado a cargo del CNJ, al indicar que este tribunal “... ha reconocido un deber de

motivación [...] de las decisiones de elección de funcionarios por parte de la Asamblea Legislativa...”, que se deriva de la “... competencia constitucional de elegir y de la regulación igualmente constitucional de los requisitos que deben cumplir los aspirantes a dichos cargos”. Para justificar este deber de motivación, recordó la Sentencia de 5-VI-2012, Inc. 19-2012, en la cual esta Sala sostuvo el deber que tiene el Legislativo de verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos que la Constitución estatuye para la elección del Presidente y Magistrados de la CSJ. Según el actor, la “... extensión de este deber de motivación de la elección que realiza la Asamblea Legislativa hacia los actos de postulación o proposición que realiza el [CNJ] es una consecuencia lógica del criterio jurisprudencial citado, pues la propuesta [de dicho consejo] implica seleccionar o preferir a unos candidatos frente a otros y para esa selección se ejerce también una competencia constitucional, que está igualmente vinculada con los requisitos para el cargo que define la Ley Suprema” (itálicas suprimidas).

B. En relación con la confrontación entre la disposición objeto de control y el parámetro de control, el demandante sostuvo que “[l]a norma que impone al [CNJ] que formule su propuesta de 15 de los 30 aspirantes a [M]agistrados de la [CSJ] ‘por medio de *votación secreta*’ viola el derecho de las personas a acceder a las razones y los datos que justifican esa propuesta, porque impide conocer si el Consejo ejerce su competencia de acuerdo con los parámetros constitucionales sobre los requisitos de esos candidatos. La regla de votación secreta impide desde el principio la posibilidad de pedir al Consejo el fundamento de cada una de las propuestas de candidatos realizadas, así como las razones por las que se prefirió a cada candidato en lugar del resto de elegibles. Con esa reserva vía reglamento de la información que sustenta la propuesta, se impide la realización de un debate ciudadano ‘mejor orientado, deliberante y responsable’, sobre los méritos reales de cada candidato incluido en la lista del Consejo” (itálicas suprimidas).

Finalizó diciendo que “... la norma impugnada libera al [CNJ], por vía de un reglamento, de su deber constitucional de motivar o justificar su propuesta de 15 candidatos a [M]agistrados de la [CSJ], pues la ‘votación secreta’ excluye la obligación de exponer de manera analítica, explícita, intersubjetiva, controlable e individualizada (respecto de cada candidato), los datos y las razones por las que se les incluye en la lista de elegibles. Dichas razones no solo se refieren al simple cumplimiento formal de los requisitos constitucionales, sino a la indispensable ponderación de su cumplimiento óptimo y relativo al universo de aspirantes posibles, de modo que quede razonada la preferencia de los profesionales incluidos en la lista respecto de quienes no sean considerados merecedores de integrar la propuesta”.

2. A. Por su parte, en su intervención, el CNJ dijo en lo pertinente que “... se mantiene en la Cn. y en la Ley, la forma y la competencia en cuanto la elección de los

Magistrados de la [CSJ], misma que, según el artículo 186 inciso 2° Cn., corresponde a los diputados en mayoría calificada. En ese mismo artículo e inciso citado, el propio Constituyente determina que la lista de candidatos que formará el CNJ para la elección de los Magistrados de la [CSJ] se hará ‘en los términos que determinará la ley’ respectiva, para el caso, la Ley del CNJ”. Siguió expresando que dicha ley “... determina en su artículo 51 –que transcribe– la forma [en que] se elegirán los candidatos a Magistrados de la CSJ que son propuestos por el CNJ...”. Es decir, “... se faculta expresamente al Pleno del CNJ, en el marco de la selección de candidatos a magistrados de la CSJ, establecer un procedimiento que garantice el cumplimiento de los requisitos constitucionales dispuestos para la referida selección”.

Expresó que “... ninguna de las dos escalas de jerarquía normativa citadas definió, precisó u objetivó el contenido o significado de la ‘moralidad y competencia notorias’”. Fue el propio constituyente “... quien avaló expresamente en sus textos que la lista de candidatos que formaría el CNJ para la elección de Magistrados de la CSJ, se haría en la forma que determine la Ley; y que la Ley misma, en la disposición citada legalizó y transfirió expresamente al Pleno del CNJ que, por la vía de potestad reglamentaria, dispusiera establecer un procedimiento que garantizare el cumplimiento de los requisitos constitucionales de acreditación de idoneidad en las diferentes ramas del derecho de parte de los postulantes a candidatos a Magistrados de la CSJ”. Precisamente, con base en esta “... delegación expresa [...] el Consejo [...] dispuso atinadamente elaborar el Reglamento respectivo e instaurar en él [...] el procedimiento relacionado en la sección III del Reglamento de la Ley del CNJ, al que denominó selección de candidatos propuestos por el Consejo” (resaltado suprimido).

En esa línea, explicó que “... el Pleno del CNJ se [dio] a la compleja tarea[,] pero urgente compromiso de, vía reglamentaria, crear reglas objetivas que tomaran en consideración exigencias de escogitación basadas en cualidades técnicas, profesionales y académicas vinculadas a la competencia notoria...”, refiriéndose con ello al art. 73 RLCNJ, que transcribió. Sobre esta disposición reglamentaria, aseveró que, “... luego de las deliberaciones correspondientes, [el Pleno del CNJ considera] que no contrasta con el mandato constitucional, por el contrario, es conteste y coincidente con él, en tanto se encarga exclusivamente de desarrollar y ejecutar, dentro de los límites dispuestos, lo que el constituyente y el legislador proyectaron y avalaron expresamente frente a este supuesto concreto”.

Además, indicó que “[r]especto de la constatación o verificación de los requisitos constitucionales y legales establecidos, así como de aquellos que el [RLCNJ] definió y precisó como valorables al momento de votar para la selección de la propuesta de candidatos a la magistratura de la CSJ, este Pleno, como ente colegiado, no tiene objeción

alguna en acreditar y documentar en acta, las razones en virtud de las cuales consideró que los candidatos han cumplido con tales requisitos; creemos que esa actividad delegada forma parte de la potestad discrecional de valoración que le ha sido conferida al Pleno del CNJ por el constituyente, por el legislador, como por la propia vía reglamentaria; por tanto, estamos conscientes que el ejercicio de una potestad de discrecionalidad no elimina o excluye de la obligación o el deber constitucional del Pleno del CNJ de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previamente definidos para seleccionar y proponer candidatos, pero se insiste, en los términos exigidos por la Cn. y las leyes; más allá de esa verificación y acreditación del cumplimiento de requisitos, salvo opinión contraria y debidamente fundamentada, creemos que la exigencia se puede tornar excesiva e ilegítima”.

“A nuestro parecer –prosiguió la autoridad demandada–, la jurisprudencia que pretende extender el demandante utilizando un criterio analógico, de consecuencia lógica como él menciona, para entender que el deber de motivación de los actos de elección se equiparan a los actos de proposición como los que realiza el Pleno del CNJ, es un inferencia o una deducción infundada...”. Aclaró que “... las características propias que rodean el acto de proposición de candidatos, como etapa previa de la elección propiamente tal confiada a otra autoridad, poseen rasgos originarios y constitucionales particulares que impiden equiparlos sin previamente diferenciarlos, salvo que la motivación se entienda como obligación del Pleno de verificar y acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y objetivos previamente definidos, y no que se conciba como el deber de plasmar la deducción o inferencia interna lógico-racional individual que estimula la decisión de cada miembro del pleno en virtud de la cual prefiere o se decanta por determinado candidato frente a otro que también cumplía con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales establecidos”.

Al hilo de lo anterior, la autoridad demandada aclaró que se trata de “... actos preparatorios de mera proposición, instrumentales si se quiere, que el Pleno del CNJ presenta a la autoridad que ejerce la función de elección; si bien el acto de propuesta constituye un límite al margen de acción discrecional de quien elige, lo cierto es que la propuesta obedece a aspectos administrativos de control técnico previo sobre el cumplimiento de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico a los candidatos, sin incidencia alguna en la valoración individual que de cada uno de los incluidos en la propuesta definitiva y completa, realiza quien elige”. Por ello cuestiona el hecho de que el actor pretenda “... acomodar y adecuar una jurisprudencia previamente consolidada a un supuesto de hecho cuya fisonomía jurídica, rasgos originarios y características particulares son disímiles en efectos, alcances y límites”.

Siguió argumentando que, “... entender o interpretar, si se prefiere, el precepto impugnado sobre la base que existe implícitamente en él, el deber de constatar y verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previo a proponer en la lista a los candidatos a magistrados de la CSJ que los cumplen, implicaría no declararlo inconstitucional[,] sino interpretarlo conforme a la Constitución; en palabras simples, el argumento de motivación entendido de la forma expresada no es excluyente del contenido que define el artículo reglamentario cuestionado”.

El CNJ controvierte el argumento del demandante que se refiere a que “... la selección de candidatos por votación secreta que reconoce el artículo 74 inciso 1° [RLCNJ] como mecanismo [*ad hoc*] impide conocer si el Pleno ejerce su competencia de acuerdo con los parámetros constitucionales sobre los requisitos de esos candidatos...”. Y lo hace señalando que “... la disconformidad que se plantea por el demandante se subsana si se entiende el sentido y alcance del artículo controvertido sobre el deber de verificación u constatación previa en el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales establecidos; no es pues, un argumento de ataque directo al mecanismo de votación secreta definido en el [RLCNJ], sino, más bien, orientado al desconocimiento que del cumplimiento de los requisitos mencionados pueden tener los ciudadanos en detrimento de sus derechos de acceso a la información pública”.

Por último, dijo que “[e]l voto secreto ha tenido como fin último garantizar la máxima autonomía del votante a efecto de evitar que el sujeto que lo emite esté sometido a intimidaciones, coacción o influencia ilegítima alguna, haciéndole así menos vulnerable a presiones. En el caso de la votación que se materializa sobre la base del artículo 74 inciso 1° del [RLCNJ], lo que resulta secreto es el voto individual de cada uno de los miembros del Pleno, no así la cantidad de votos que cada candidato obtuvo en la votación colectiva, lo cual es público y queda asentado en actas; tampoco forma parte del concepto ‘voto secreto’, en virtud del deber de motivación, la ausencia de verificación y constatación del cumplimiento de los requisitos previamente establecidos preceptivamente en función de cada candidato, pues ello constituye una obligación inherente del derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos que implica publicidad para su control. Por tanto, este Pleno considera que la figura del voto secreto, en los términos y con los alcances que se incorpora y regula en el artículo 74 inciso 1° del [RLCNJ], no vulnera los derechos constitucionales señalados por el actor”.

3. Por su parte, en lo pertinente, el Fiscal General de la República aseguró que la disposición impugnada, establece que “... el Pleno del Consejo, basado en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados elegibles y en la ponderación de los criterios establecidos en el artículo precedente...”, regula un “... procedimiento de selección y elección que a la luz de la [Ley] de Acceso a la Información Pública y a la jurisprudencia

[...] debe ser transparente...”. Y agrega que esa disposición “... no se refiere a la singularización de cada voto en el que cada consejal deba expresar el candidato por el que decidió. No es el conocimiento de por quién votó cada consejal donde radica la transparencia, sino en el proceso de selección y elección. Una votación de carácter público podría ser objeto de presiones externas y eso eventualmente acarrearía injerencia en el proceso de selección”.

Prosiguió diciendo que, “... previo a la designación de un abogado para que forme parte de la lista de elegibles a Magistrados de la [CSJ], debe acreditarse que el o los candidatos seleccionados cumplen con los requisitos establecidos”. Señaló que así lo establece el art. 51 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, al prever que “[e]l Pleno del Consejo, basado en el Registro Especial de Abogados elegibles, procederá a la selección de un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos a formar, con especial cuidado de que los postulados reúnan los requisitos constitucionales que acrediten idoneidad en las diferente ramas del Derecho y a este efecto, podrá establecer un procedimiento que garantice este requisito” (resaltado suprimido).

“Para ello –continuó–, los miembros del [CNJ] tienen la obligación de documentarse; es decir, deben contar con los elementos documentales necesarios y suficientes que permitan acreditar que los candidatos a dicho cargo son objetivamente idóneos para desempeñarse en el mismo, por tener la cualificación técnica, profesional y personal requeridos. Ello implica que dicha obligación cobra especial importancia para el establecimiento de los requisitos específicos de moralidad y competencia notorias. Y es que la única manera para poder acreditar que los candidatos a un cargo público son idóneos es mediante la documentación o información que establece el cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales. Esto valida y respalda un proceso de selección. El [RLCNJ], en la disposición impugnada, simplemente se refiere a una etapa del procedimiento: la votación”.

Continuó indicando que “... la ley le exige al CNJ [...] llevar a cabo un procedimiento en que se [dé] cumplimiento al deber de motivación o justificación de la propuesta de candidatos formulada por dicha entidad...”, razón por la cual los Consejales no pueden “... quedar expuestos [a] hacer público la o las personas por las que emitió su voto”.

En consecuencia, concluyó que “... la norma impugnada, que determina que el CNJ formule su propuesta de 15 de los 30 aspirantes a [M]agistrados de la [CSJ] ‘por medio de votación secreta’, no viola el derecho de las personas a acceder a las razones y los datos que justifican esa propuesta. La regla de votación secreta no impide que el Consejo desarrolle un procedimiento para la elección de funcionarios, seleccionando a los profesionales que tengan las mejores credenciales técnicas y personales para el ejercicio de

la función judicial, explicitando la fundamentación objetiva que respalda la decisión de acuerdo a ley secundaria”.

4. En este apartado se enunciará el esquema de análisis de la pretensión planteada. Para hacerlo, es necesario identificar previamente el problema jurídico que debe ser resuelto a la vista de los motivos de inconstitucionalidad argüidos por el demandante y los argumentos de la autoridad demandada y del Fiscal General de la República. Según el auto de 1-X-2014, el presente caso se desarrollaría para determinar si la regla de votación secreta contenida en el art. 74 inc. 1° RLCNJ contraviene el derecho de acceso a la información pública (arts. 6 inc. 1° y 85 inc. 1° Cn.) y el “deber de motivación o justificación de la propuesta de candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia” que formule dicho consejo (arts. 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.).

Las premisas de las que depende la resolución de los problemas jurídicos aludidos son las siguientes: (III) identificar el contenido normativo relevante del derecho de acceso a la información pública; (IV) analizar si el CNJ tiene el deber de documentar y de motivar la propuesta de candidatos a Magistrados de la CSJ que hace a la Asamblea Legislativa;

5. abordar algunas cuestiones sobre el carácter deliberativo de la decisión del CNJ en la selección de candidatos a la CSJ, a partir de la documentación pertinente y a la regla de votación de dicho órgano; y (VI) se evaluarán los motivos de inconstitucionalidad planteados.

III. De acuerdo con la Sentencia de 5-XII-2012, Inc. 13-2012 (caso *Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública*), el derecho de acceso a la información posee la condición indiscutible de derecho fundamental, que se colige del derecho a la libertad de expresión (art. 6 Cn.), y tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan interés público (Sentencia de 24-IX-2010, Inc. 91-2007, caso *Libertad de expresión*); y en el principio democrático del Estado de Derecho (art. 85 Cn.), que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos públicos (Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010, caso *Transferencias entre partidas de la Administración pública*). De sus posibles manifestaciones, aquí interesa referirse al derecho de acceso a la información pública.

En la primera de las sentencias citadas se puntualizó, además, que el derecho de acceso a la información pública consiste en *la facultad de solicitar o requerir la información bajo control o en poder del Estado, con el deber correlativo de éste de garantizar su entrega oportuna o fundamentar la imposibilidad de acceso*, con base en una causa prevista por la ley y compatible con la Constitución. Toda persona, como integrante de la Comunidad titular del poder soberano, tiene el derecho a conocer la manera en la que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan y de ello deriva el derecho de

acceso a la información. Además, la información pertenece a las personas, no al Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno. Los servidores públicos disponen de la información por su calidad de delegados del pueblo o representantes de los ciudadanos.

Naturalmente, el carácter de derecho fundamental del acceso a la información propicia el afianzamiento de democracias transparentes y efectivas, facilita la rendición de cuentas y genera un debate público permanente, sólido e informado. Desde esta perspectiva, *el acceso a la información permite al ciudadano asumir un papel activo en el gobierno, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva fundada sobre los asuntos públicos, lo que le facilita una participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si el funcionario está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.* En dicho sentido, este nivel de contraloría ciudadana obliga a los órganos estatales a encauzar sus actividades de manera transparente, especialmente en lo relacionado con procesos de selección de funcionarios –en el presente caso, de funcionarios judiciales–.

El derecho en análisis habilita el ejercicio del poder *en público* y con la vigilancia efectiva de las personas en la toma de decisiones que les afecten, la cual depende de la información con la que se cuente. En armonía con estos fundamentos, la información incluye una amplia gama de soportes en los que constan los datos en poder del Estado o de particulares, sin reducirla a elementos escritos. Esto incluye los debates de interés público que realizan los entes colegiados para la toma de decisiones trascendentales en la vida nacional, así como su resultado.

IV. Para ser Magistrado de la CSJ es condición necesaria poseer “moralidad y competencia notorias” (art. 177 Cn.) La Asamblea Legislativa está obligada a cerciorarse y documentar el cumplimiento de estas condiciones en los candidatos porque es el órgano que tiene competencia para elegirlos. Así se sostuvo en la Sentencia de 5-VI-2012, Inc. 19-2012 (caso *Elección de Magistrados de la CSJ 2012-2021*): “... dado que la Constitución establece la competencia de la Asamblea Legislativa para designar al Presidente y Magistrados de la CSJ –art. 131 ord. 19° Cn.–, quienes deben reunir los requisitos establecidos en el art. 176 Cn., se advierte que le corresponde a aquella verificar el cumplimiento de cada uno de ellos”.

Ahora bien, el Legislativo no es el único órgano constitucional que interviene en el proceso de selección de Magistrados de la CSJ. También lo hace el CNJ, al tener asignada la competencia de “... proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia...” (arts. 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.). Esta atribución lo habilita para requerir de “... los aspirantes los atestados que fueren pertinentes...”, así como someterlos “... a los exámenes y al procedimiento de selección necesario que acredite su habilidad e

idoneidad para la eficiente realización de la función jurisdiccional” (Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99, caso *Ley del Consejo Nacional de la Judicatura*).

El Pleno del CNJ no solo se encuentra habilitado por la Constitución para poder exigir la documentación respectiva, sino también *obligado a constatarlo por imponérselo así su ley*. El art. 51 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura (o “LCNJ”) determina que dicho pleno, “... basado en el Registro Especial de Abogados Elegibles, procederá a la selección de un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos a formar, *con especial cuidado de que los postulados reúnan los requisitos constitucionales que acrediten idoneidad en las diferentes ramas del Derecho* y a este efecto, podrá establecer un procedimiento que garantice este requisito”. Y el art. 74 inc. 1° RLCNJ establece que, “[a]l tener conocimiento de la lista parcial de candidatos propuestos por las asociaciones de abogados, el Pleno del Consejo, basado en la nómina definitiva del Registro Especial de Abogados Elegibles *y en la ponderación de los criterios establecidos en el artículo precedente...*”, deberá elaborar la lista respectiva. Existe, pues, un deber de documentar y “ponderar” la idoneidad y moralidad de los candidatos a Magistrados de la CSJ que serán propuestos a la Asamblea Legislativa.

Con base en este deber u obligación, el Pleno del CNJ debe contar con elementos documentales necesarios y suficientes que permitan probar que los candidatos que selecciona –de entre el universo que potencialmente cumpla los requisitos– son idóneos para desempeñarse como Magistrados, por poseer la cualificación técnica, profesional y personal requerida.

Dentro de los criterios que hacen posible tener por establecida la competencia e idoneidad notorias de los candidatos a Magistrados de la CSJ, y que el Pleno del CNJ debe evaluar al elegir a los candidatos, son, entre otros, los siguientes: a) acreditar al menos diez años de ejercicio profesional en una rama específica del Derecho; b) haberse dedicado a la docencia en instituciones de educación superior, o a la investigación jurídica, durante al menos cinco años en una rama específica del Derecho; c) haber escrito, en forma individual, al menos dos obras o efectuado igual número de trabajos de investigación, de reconocida utilidad para la comunidad jurídica; d) contar con reportes positivos sobre evaluación de desempeño en los cargos que ostenten o hayan ejercido, ya sea en el sistema de administración de justicia o cualquier otro cargo público o privado; y e) contar con los informes favorables de las instituciones y dependencias correspondientes, relacionados con la conducta profesional y privada de los candidatos, a fin de establecer la moralidad notoria (art. 73 RLCNJ). Estos criterios están en función de reducir el universo posible de candidatos, para escoger o preferir los que tengan las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales.

En este momento de selección, el Pleno del CNJ posee un margen de discrecionalidad, como muy bien lo indicó dicha institución en su informe requerido. Esto significa que tiene para sí diferentes alternativas de elección entre los candidatos en competencia, de los cuales ha de elegir a los idóneos para los cargos, primordialmente de acuerdo con los criterios indicados, con el propósito de incluirlos en la lista definitiva. De manera que no es suficiente la mera suma de atestados, sino que *los Consejales deben deliberar* y, por tanto, “... dar las razones por las que, con base en la documentación recabada, tal [candidato] es idóne[o] para desempeñar una función pública”, en caso que la Asamblea Legislativa decida elegirlo (Sentencia de Inc. 19-2012, ya citada).

V. Como se advierte de lo dicho, el CNJ cumple una función relevante en la conformación del Órgano Judicial. A su cargo está, entre otros, la proposición de candidatos para los cargos de Magistrados de la CSJ (arts. 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.). Desde cualquier punto de vista, seleccionar a potenciales candidatos es decidir. Pero esta decisión no puede ser producto de un mero arbitrio, sino de un proceso deliberativo y debidamente documentado. Por ello es pertinente abordar algunas cuestiones: primero, el *carácter deliberativo* de la decisión del CNJ de seleccionar a candidatos a la CSJ, a partir de la documentación necesaria, y luego, la *regla de votación* que, de acuerdo con la disposición impugnada, es secreta.

6. En la Sentencia de Inc. 5-99 citada, se sostuvo que el CNJ es un “... órgano estatal de rango constitucional y de carácter administrativo, encargado de colaborar con el [Órgano Judicial] en la garantía de la independencia judicial”. Se agregó que “[e]l cumplimiento de su función propositiva de candidatos para ocupar los cargos de la Judicatura [...] tiene vinculación con el ingreso a la carrera judicial y con las promociones y ascensos de los funcionarios judiciales”. De ahí que –se acotó– “... es plenamente compatible con la naturaleza del CNJ el que, con la finalidad de proponer a dicho tribunal supremo [...], requiera de los aspirantes los atestados que fueren pertinentes, así como los someta a los exámenes y al procedimiento de selección necesario que acredite su habilidad e idoneidad para la eficiente realización de la función jurisdiccional”. Y, en fin, se precisó que el CNJ “... puede tener incidencia [...] en la evaluación de la idoneidad y capacidad exhibida por los funcionarios judiciales en el ejercicio de su función, para proponerlos a la CSJ con miras a las promociones y ascensos a que hubiere lugar, *basado en los criterios de moralidad y competencia notorias, mérito y aptitud de los funcionarios que pretendan ser promovidos o ascendidos*”.

Pero el proceso de selección de candidatos a la CSJ no es un trámite en el que se procura la mera suma de atestados, como se dijo. Dicho órgano constitucional debe hacer valoraciones que tomen en cuenta el deber de garantizar que en la CSJ estén representadas “las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico”. En efecto, el *pluralismo jurídico*

de los magistrados de la CSJ es una característica básica que debe ser considerada en el proceso de selección de los candidatos. Esto significa que el Pleno del CNJ debe estar abierto a las diferentes visiones jurídicas de los optantes, para garantizar eventualmente la protección de los derechos y la prevención de conflictos sociales, en caso que sean elegidos. Si la Constitución prefigura la actividad de la Corte y de las Salas como una interacción dinámica y permanente de posturas distintas y variadas corrientes del pensamiento jurídico, el Pleno del CNJ no puede desentenderse del pluralismo entre los interesados.

El Pleno debe considerar la exigencia constitucional relativa a que en la CSJ deben estar representadas las distintas “corrientes del pensamiento jurídico”, que alude precisamente a “... visiones, teorías o concepciones del derecho, es decir, a los sistemas de pensamiento, visión del mundo o conjunto de ideas fundamentales del Magistrado sobre el papel del derecho en la sociedad, su relación con el poder, la moral y los valores, así como sobre el método jurídico y la función de los jueces en el cumplimiento de las prescripciones jurídicas que integran el ordenamiento, entre otras cuestiones esenciales que dichas ‘corrientes de pensamiento’ están llamadas a responder. Ello independientemente de que tales Magistrados ‘representen’ a los diversos sectores del ejercicio de la carrera – ámbitos académico, judicial, asesoramiento o libre ejercicio de la profesión–; o que se cultiven en distintos sectores del ordenamiento –Constitucional, Civil, Penal, Tributario, etc.–” (Sentencia de 1-III-2013, Inc. 78-2011, caso *Mayoría para sentenciar en Salas de la CSJ*).

En la sentencia citada en último término se sostuvo que “... el pluralismo jurídico de los Magistrados, además de una exigencia de funcionamiento de los tribunales que estos integran, implica también *la obligación de que su proceso de selección y nombramiento incluya genuinas oportunidades para que los candidatos expongan las ideas que su respectiva ‘corriente de pensamiento’ plantea para los problemas jurídicos referidos*. Esto en armonía con el carácter meritatorio y objetivo que debe tener el proceso de selección de los Magistrados, en función de las mejores cualificaciones técnicas, profesionales y personales de los candidatos (Sentencias del 5-VI-2012, Incs. 19-2012 y 23-2012, casos *Elección de Magistrados de la CSJ 2012-2021* y *Elección de Magistrados de la CSJ 2006-2015*, respectivamente)”. Por ello, se concluyó que, “... tanto *las entidades proponentes* como la Asamblea Legislativa *deben utilizar procedimientos públicos, transparentes y adecuados para perfilar la concepción jurídica de los candidatos a Magistrados, de modo que la ciudadanía tenga la posibilidad de reconocer la variedad de perspectivas metodológicas que [influirán] las decisiones de estos funcionarios*”.

En lo que respecta a la mitad de la lista de candidatos que elabora el CNJ, en el proceso de selección deben tomarse decisiones para restringir el universo de los candidatos

de entre las diversas alternativas posibles. Puesto que el CNJ es un órgano colegiado, la función del diálogo y la deliberación adquiere importancia en su seno. El diálogo supone que entre los Miembros del Consejo hay un intercambio de propuestas, buscando la focalización progresiva de las mejores opciones en juego mediante la reacción a las opiniones de los demás. La deliberación, en cambio, es una evaluación meditada de las razones favorables y desfavorables a candidatos u optantes, en la que se ponderan méritos y aptitudes, en orden a seleccionar, de modo responsable y reflexivo, a los candidatos idóneos que aspiran a la magistratura.

Pues bien, como se dijo en la Sentencia de Inc. 78-2011, ya citada, “[c]on un propósito deliberativo, el diálogo trasciende a la discusión o al debate, según el grado de oposición de las opciones enfrentadas, y de este modo aumenta el conocimiento, enriquece las perspectivas, disminuye la parcialidad de las propuestas de cada uno y se detectan errores de juicio que interferirían con una respuesta adecuada. *Así es como se obtiene el consenso o la mayor aceptación posible de las razones forjadas al calor del desacuerdo; ello si existe, como debería, un leal compromiso con los resultados de la estimación libre y argumentada, entre iguales, de las alternativas en competencia*”.

La actividad de proponer candidatos a Magistrados de la CSJ puede ser caracterizada como un proceso de selección argumentada entre diversas alternativas para elegir a los candidatos sobresalientes (los más idóneos, competentes y éticos) que completarán la lista de candidatos que surge de las asociaciones de abogados. Esta actividad también coincide con un enfoque deliberativo de la función que realiza el Pleno del CNJ. En este proceso sus integrantes toman una postura como parte de un órgano colegiado y, por ello, el sistema de deliberación y debate que debe producirse en su seno implica que su independencia (art. 187 inc. 1° Cn.), conocimiento técnico (pues tienen que cumplir con los requisitos exigidos para ser Magistrados de la CSJ –art. 12 inc. 1° LCNJ–), experiencia y trabajo en común, son determinantes para la selección de candidatos.

5. Pero el diálogo deliberativo y reflexivo en el proceso de selección debe concluir con preferencias concretas de cada miembro del CNJ y decidir qué candidatos complementarán la lista definitiva que deberá remitirse a la Asamblea Legislativa. Sobre este punto, es pertinente recordar que “[d]ecidir es cerrar o zanjar una discusión y para ello se requiere, por tanto, de un instrumento que convierta los criterios de los jueces en la resolución común del tribunal. Esto se realiza mediante las *reglas de votación...*” (Inc. 78-2011, ya citada).

En relación con las reglas de votación de las decisiones tomada por el Pleno del CNJ, en tanto órgano colegiado, puede tomarse en consideración: En primer lugar, la votación no es una simple agregación de preferencias; los méritos de los candidatos pueden variar –según los criterios indicados en el art. 73 RLCNJ– y ello puede dar lugar a

discrepancias entre los Consejales. En segundo lugar, el mismo Pleno del CNJ no escapa de la influencia del pluralismo. Precisamente, este carácter y el que se refiere al deliberativo de sus decisiones colegiadas determina que *la votación no es un método para decidir, sino un instrumento para cerrar el proceso deliberativo o argumentativo que genera la decisión de selección.*

De acuerdo con lo expresado, la deliberación del Pleno del CNJ debe desarrollarse con transparencia y publicidad, lo cual permite tener acceso a la información y argumentos esgrimidos por los Consejales durante la deliberación y se conocen los pormenores que preceden a la conformación del listado definitivo de candidatos. *La publicidad permite a la ciudadanía conocer las razones que podrían explicar y justificar el sentido de la votación. Con esta apertura puede saberse por qué prevaleció un candidato con respecto a otro y, por tanto, si las razones –que tendrían que basarse en el mérito, idoneidad y aptitud– que se hacen públicas y cuya pretensión es justificar la selección de un candidato, se corresponden con las que verdaderamente fueron aducidas en la deliberación.*

Si la deliberación debe ser pública, entonces la votación debe serlo también. Mediante aquella actividad se trata no solo de identificar los factores que *motivan* el voto de cada uno de los Consejales al apoyar a un candidato, sino también si esos funcionarios han argüido las razones que motivaron su decisión. Si la votación es secreta, *no puede saberse si el mérito fue la razón que realmente motivó a los Consejales del CNJ para decidir la incorporación o no de un candidato a la lista.*

Si la votación es secreta, se produce una opacidad que impide apreciar si en el proceso de selección a cargo del Pleno del CNJ han prevalecido o no criterios de moralidad y competencia notorias, mérito y aptitud de los candidatos a Magistrados de la CSJ, lo cual afecta el derecho de la ciudadanía a estar informada del proceso de selección de candidatos.

No obstante lo anterior, se aclara que la publicidad o el derecho de acceso a la información no debe entenderse con carácter absoluto, pues existen excepciones que obligan a preservar o impedir el conocimiento público de ciertos datos, arts. 19 y 24 de la Ley de Acceso a la Información Pública (información confidencial e información reservada).

VI. A continuación se realizará el examen de los motivos de inconstitucionalidad planteados.

1. El primer motivo está relacionado con la violación del derecho de acceso a la información pública. Según el actor, el carácter secreto de la votación previsto en el art. 74 inc. 1° RLCNJ “permite” que el Pleno del CNJ “oculte las razones que justifican su propuesta”, excluyendo, por ello, el “deber de motivación o justificación de sus decisiones”. Por su parte, el Pleno del CNJ sostuvo que la disposición impugnada no

contraviene el derecho en cuestión porque el argumento del actor no está dirigido directamente a cuestionar el mecanismo de la votación, sino que está “orientado al desconocimiento que del cumplimiento de los requisitos mencionados pueden tener los ciudadanos en detrimento de sus derechos de acceso a la información pública”. Finalmente, el Fiscal General de la República no se refirió de manera directa a este aspecto.

En este punto, la pretensión del demandante debe desestimarse. En su planteamiento hay una confusión entre el deber de motivación y la votación secreta. El derecho de acceso a la información permite que una persona pueda solicitar la documentación recabada por el Pleno del CNJ –salvo la que contenga datos sensibles del candidato–; y este órgano tiene el deber correlativo de garantizar su entrega oportuna o fundamentar la imposibilidad de acceso. En virtud del principio de perpetuidad, las razones y la decisión –tomada en la votación– deben ser documentadas por cualquier medio. El interesado puede tener acceso a las razones que el ente colegiado haya argüido a favor o en contra de un candidato. La votación secreta no impide acceder a estos datos.

La misma disposición impugnada distingue estos dos momentos, al identificar, por una parte, la “ponderación de los criterios” que debe hacer el Pleno del CNJ y, por otra parte, la votación secreta. Como indica la autoridad demanda, el motivo de inconstitucionalidad, en realidad, no formula un reproche a la opacidad que puede producir no saber el sentido del voto de los Consejales, sino, más bien, al supuesto desconocimiento de “las razones que justifican su propuesta”. De manera que el hecho de que el Pleno del CNJ haya tomado una decisión a través de la regla de votación secreta no constituye un obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la información. Como se dijo, la votación secreta no es un método para decidir, sino un mecanismo para cerrar la deliberación del Pleno, el cual da la pauta para la toma de la decisión de selección. Antes de la votación, se argumenta; después de ella, se selecciona a las mejores alternativas posibles.

2. El segundo motivo de inconstitucionalidad está centrado en la violación del deber de motivación que tiene el CNJ, al elaborar la propuesta de candidatos a Magistrados de la CSJ.

Para el demandante, la expresión “votación secreta” exime al Pleno del CNJ de su deber constitucional de exponer de manera analítica, explícita, intersubjetiva, controlable e individualizada (respecto de cada candidato) los datos y las razones por las que se incluye en la lista definitiva a determinados candidatos a Magistrados de la CSJ. La autoridad demandada, por su lado, consideró que no existía la inconstitucionalidad alegada porque, primero, la competencia discrecional de proponer candidatos a la magistratura no lo exime de la obligación de verificar el cumplimiento de todos los requisitos; segundo, la jurisprudencia establecida a propósito de la elección de Magistrados de la CSJ no es

aplicable analógicamente a la selección de candidatos, al ser diferentes los actos de proposición de los actos de elección; y tercero, el precepto cuestionado admite una interpretación conforme con la Constitución debido a que la votación secreta no excluye el deber de motivación, si por este se entiende “... el deber de constatar y verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previo a proponer en la lista...” en cuestión. Por último, el Fiscal General de la República dijo al respecto que la regla de votación secreta no imposibilita al Pleno desarrollar un procedimiento objetivo para incluir en la lista definitiva a los candidatos que tengan las mejores credenciales técnicas y personales para el ejercicio de la función judicial.

En el proceso de selección de candidatos a Magistrados de la CSJ, el Pleno del CNJ debe tomar decisiones para restringir o reducir el universo de candidatos, de entre las diversas alternativas posibles. Solo está habilitado para incluir en el listado definitivo a aquellos optantes que, por tener una cualificación técnica, profesional y personal, sean los idóneos para fungir como magistrados, en caso que sean elegidos. Para ello debe recopilar toda la información disponible y necesaria, para su posterior valoración. El objetivo es determinar si los candidatos que se proponen a la Asamblea Legislativa son personas que reúnen los criterios de moralidad y competencia notorias.

El proceso de selección, en el seno del Pleno del CNJ, es deliberativo y la interacción entre sus Consejales es argumentativa. Se recuerda que ambas actividades suponen una evaluación meditada de las razones favorables y desfavorables a los candidatos u optantes, en la que se ponderan los méritos y aptitudes de estos, en orden a seleccionar de modo responsable y reflexivo a los candidatos aptos para aspirar a la magistratura. De ahí que deban proporcionar “... las razones por las que, con base en la documentación recabada, tal [candidato] es idóne[o] para desempeñar una función pública”. En consecuencia, el Pleno del CNJ tiene el deber de motivar su propuesta de candidatos, no por la aplicación analógica del deber de documentación que tiene la Asamblea Legislativa de motivar el acto de elección de Magistrados de la CSJ, sino por exigencias derivadas del carácter deliberativo y argumentativo de las decisiones que toma (arts. 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° Cn.). Esto descarta la consideración del demandante, que pretende establecer un “deber de motivación” apelando a la analogía.

Pero el argumento desarrollado también descarta el planteamiento del Pleno del CNJ, según el cual exigir más allá del deber de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previamente definidos para seleccionar y proponer candidatos supondría una “... exigencia [que] se puede tornar excesiva e ilegítima”. Esta postura no es aceptable por varias razones. Primero, porque *la selección de candidatos para conformar las listas debe ser reflexiva, lo que requiere valorar la documentación recopilada*. Segundo, porque *es necesario evaluar meditamente las razones favorables y*

desfavorables de uno u otro candidato, en la cual se ponderen mérito, idoneidad y aptitud de los candidatos. Tercero, porque los candidatos deben tener la oportunidad de exponer ante el Pleno las ideas que su respectiva “corriente de pensamiento jurídico” plantea para los problemas y demandas cuya resolución deberán procurar en caso de llegar al cargo en la CSJ. Todo ello redundaría en el deber del Pleno del CNJ de razonar por qué los candidatos seleccionados para integrar el listado definitivo que se remitirá al Legislativo son las mejores alternativas en relación con el resto de candidatos.

En consecuencia, el deber de documentación y motivación obliga al pleno del CNJ a hacer públicas su deliberación y su votación, al elaborar el listado completo de candidatos a la magistratura.

En consecuencia, *dado que el deber de documentar y motivar la propuesta de candidatos para el cargo de Magistrados de la CSJ obliga a que la deliberación y la votación del Pleno del CNJ sean públicas; y que el art. 74 inc. 1° RLCNJ indica que el citado pleno seleccionará, por medio de votación secreta, un número equivalente a la mitad de la lista completa de candidatos; se concluye que la disposición impugnada por el demandante es inconstitucional, y así deberá declararse.*

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y en el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

- 1. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, la expresión*

“votación secreta” contenido en el art. 74 inc. 1° del Reglamento de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura porque contraviene el deber de motivación de la propuesta de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que realiza el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, derivado de los arts. 176, 186 inc. 3° y 187 inc. 1° de la Constitución.

2. *Declárase* que en el art. 74 inc. 1° del Reglamento de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura no existe la inconstitucionalidad alegada en relación con el derecho de acceso a la información pública (arts. 6 inc. 1° y 85 inc. 1° Cn.), tomando en consideración el motivo de inconstitucionalidad expuesto por el actor.

3. *Notifíquese* la presente decisión a todos los sujetos procesales.

4. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del Diario Oficial. La no publicación de esta sentencia hará incurrir a los responsables en las sanciones legales correspondientes.