

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR. LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Por MARIO SOLANO*

SUMARIO

1. HISTORIA BREVÍSIMA.—2. ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1983. REFORMAS DE 1991.—3. LA REFORMA DE 1991-1992: A) El Acuerdo de Ginebra. B) Sistema electoral. C) Fuerza Armada y Policía. D) Las reformas judiciales.—4. ESTADO DE DERECHO: A) Reflexión previa: ¿es El Salvador un Estado de Derecho? B) El concepto de Estado de Derecho. C) Principios del Estado de Derecho: a) *El principio de legalidad*. b) *El principio de distribución*. c) *El principio de organización*. D) El liberalismo en la Constitución de El Salvador. E) Actualidad del Estado de Derecho. F) Conclusiones.—5. ESTUDIOS CRÍTICOS: A) Régimen jurídico vigente. B) Proyecto de Ley Procesal Constitucional.—6. SENTENCIAS DEFINITIVAS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL: A) Materia Constitucional: a) *La inconstitucionalidad por omisión*. b) *La inconstitucionalidad por conexión*. c) *Sentencias interpretativas*. d) *Efectos de las sentencias de inconstitucionalidad*. B) Sentencias en el Proceso de Amparo: a) *Restitución material*. b) *Restitución jurídico-patrimonial*. c) *Daños y perjuicios*. d) *Daño moral*. e) *Efecto económico*. f) *Responsabilidad del demandado y del Estado*. g) *Daños personales*. C) Análisis crítico.

RESUMEN

Esta es la segunda parte de un trabajo que se me ha encomendado sobre la Jurisdicción y la Justicia Constitucional en El Salvador; la primera, apareció en el *Anuario* núm. 11. El tema principal en esta oportunidad está relacionado con las posibilidades reales de esta clase de justicia en un país como El Salvador, de acuerdo a su desarrollo social, político, económico y cultural. En este ensayo se pretende que los lectores interesados se ubiquen en su centro geográfico, histórico, político y jurídico; puestos ahí, la pregunta clave es la siguiente: ¿es El Salvador un Estado de Derecho? Si lo es, su justicia constitucional también lo será; si no lo es, el reto es para los salvadoreños, construirlo, y para el resto del mundo, ayudar para que se construya.

* Ex Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave: Los países en desarrollo se debaten entre el autoritarismo y la democracia; entre el Estado autocrático y el Estado de Derecho; es urgente crear el Estado de Derecho.

ABSTRACT

This is the second part of a commissioned study into Constitutional Justice and Jurisdiction in El Salvador. The first came out in *Anuario* 11. The main theme in this part is the real possibilities of this kind of justice in a country like El Salvador, with respect to its social, political, economic and cultural development. The essay aims to help readers to locate the subject-matter within its geographical, historical, political and legal context. Having done so, the following question arises: Is El Salvador a State under the rule of law? If it is, its constitutional justice will also be. If it is not, then its inhabitants have a challenge before them in building up the rule of law, as does the rest of the world, in helping them do so.

Key words: Developing countries debate between authoritarianism and democracy; between the autocratic State and the rule of law. Creating the rule of law is an urgent task

1. HISTORIA BREVÍSIMA

Con el propósito de que la situación actual del Estado de El Salvador tenga una comprensión lo más cercana posible a la realidad, de parte de los investigadores y lectores y que los datos y conceptos que en este ensayo se exponen, sean interpretados en esa misma idea, considero conveniente hacer un recuento brevísimo de nuestra ubicación geográfica y nuestra situación histórica; el objetivo se extiende a que nuestra presencia en esta publicación provoque en los lectores el interés por los países centroamericanos, cuya presencia constitucional, salvo honrosas excepciones, es muy precaria; de manera que la idea de acompañar el dato geográfico e histórico tiene una clara intención pedagógica, además de que en cierto modo el presente trabajo es continuación de otro, bajo la responsabilidad del que esto escribe, publicado en el «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», núm. 11, titulado «Jurisdicción Constitucional en el Salvador».

El Salvador se localiza en Centroamérica, con una población de aproximadamente 5,8 millones de habitantes. Debido a su extensión territorial de aproximadamente (21.000 km²), tiene la densidad poblacional más alta de América continental; luchó y logró su independencia de España en 1821; junto con Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, conformaron la Federación de Republicas Centroamericana, de poca duración, y sal-

vo intentos esporádicos, el llamado ideal centroamericano no se ha alcanzado.

Entre 1871 y 1931 se sucedieron los gobiernos liberales que favorecieron los intereses de la naciente élite ligada al cultivo del café. En los años 1881 y 1882 se promulgaron las leyes de extinción de ejidos y de comunidades indígenas, una decisión política para el cambio en el modelo económico, privilegiándose la propiedad privada y la promoción entre otros del cultivo del café, base de la economía nacional, en una concepción de capitalismo agro-exportador, financiero de tipo dependiente que en cierto modo permanece en nuestros días.

Para efectos constitucionales, en esta época se promulgó en 1886 la Constitución liberal y en consecuencia las instituciones liberales, que al menos teóricamente consagraron los derechos individuales o de la primera generación, o sea, los derechos de libertad, que inscribieron a este país en el constitucionalismo liberal.

En 1931 se establece una dictadura por casi trece años; un levantamiento campesino, en 1932, fue reprimido cruentamente, contándose una cifra que según los investigadores puede ser de entre diez mil y treinta mil muertos; la verdad de este hecho está matizada con una serie de inventos, secuestro de la verdad y encubrimientos que todavía están presente.

En 1982 se eligió una Asamblea Constituyente, a la que el gobierno provisional entregó el poder; posteriormente se celebraron, en 1984, las primeras elecciones presidenciales en el inicio de un difícil y contradictorio proceso de democratización; que todavía no concluye y que tendrá una prueba muy difícil y crucial en las elecciones generales de 2009. Como es conocido, antes de este proceso se produjo el conflicto armado, entre los años de 1980 y 1992, un período de violencia social y política y el enfrentamiento bélico.

No corresponde a este lugar enjuiciar el fenómeno y sus consecuencias, sus antecedentes y sus resultados, aunque desde luego es muy rico históricamente hablando. La lucha armada terminó cuando gobierno e insurgencia suscribieron, en 1992, los llamados Acuerdos de Paz y simultáneamente se promovieron las reformas constitucionales, para conducir al país por el camino de y hacia la democracia; lo que en este ensayo se diga de los avances en materia constitucional tienen como sustento sociológico y jurídico estos dos últimos eventos.

La actual Constitución, que cumple sus primeros veinticinco años en diciembre de 2008, es una Constitución conservadora, escrita durante la guerra, tiene una predisposición por la filosofía liberal y con reconocida timidez enfoca los problemas sociales y la democracia, todavía perfila al gobierno como titular del poder, y como lo más importante del Estado, es

según el art. 248 Cn., una estructura intocable o intangible; aunque el art. 1 Cn. proclama que lo esencial es la persona humana.

Se establece en dicha Constitución que El Salvador tiene un gobierno republicano, democrático y representativo; los órganos de gobierno son: el Ejecutivo, ejercido por el Presidente de la República y sus funcionarios; el Legislativo, que reside en una Asamblea unicameral de 84 diputados, y el Judicial, cuyo tribunal supremo es la Corte Suprema de Justicia integrada por 15 Magistrados, siendo uno de ellos el Presidente del Órgano Judicial y además de la Sala de lo Constitucional.

En este último aspecto, se considera que unos de los resultados del ambiente democrático que caracterizó la segunda parte de la vigencia de esta Constitución, fueron las reformas de los años 1991 y 1992 y la elección de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de lo Constitucional, en julio de 1994, por unanimidad de votos de los diputados de la Asamblea Legislativa; el autor de este ensayo fue electo magistrado de la Sala de lo Constitucional, por nueve años (1994-2003).

2. ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1983. REFORMAS DE 1991

Conforme lo expresado por el art. 1, Cn., de la persona humana tiene un privilegio especial, el cambio de lugar que tienen los derechos fundamentales y la ubicación de la estructura de poder en el texto de la misma, se ha considerado como un avance enorme en el valor que la Constitución tiene para la sociedad salvadoreña. No comparto tal criterio, pues lo que en mi opinión, define el efecto normativo de la Constitución del Estado, no es el lugar en que se ordenen sus preceptos, sino en el hecho de que estos tengan concordancia con la realidad donde se aplican, situación que todavía está muy lejos de ocurrir.

Si algo trascendental ha ocurrido en este asunto es con las reformas de 1991, cuando se modifica sustancialmente el sistema de garantías para la protección de derechos fundamentales, en el que tal como veremos se introdujeron instituciones y cambios estratégicos que oportunamente, darán los efectos favorables, algunos probablemente ya se dieron, que se buscaban al introducirse como reformas.

Desde luego que cambiar la visión constitucional en el sentido de que a partir de su vigencia toda interpretación se fundamenta en el principio *pro homini* y no *pro stato*, como ha ocurrido con las visiones transpersonalistas del Estado, o la tendencia de privilegiar la gloria o deificación del Estado, realmente han sido superadas al menos formalmente, mediante esa visión humanista que pone al hombre como principio y fin de la actividad del Estado. Esto, lamentablemente no ha servido para rescatar al ser hu-

mano de sus ancestrales condiciones de pobreza, incultura, marginación y explotación.

Al contrario, todavía se advierten posiciones, proyectos y propuestas que promueven modelos excluyentes en los que los beneficios económicos y el fomento al consumo desmesurado, estarían creando una exaltada cultura de mercado, totalmente opuestos a la filosofía que se dice inspira a esta Constitución. No obstante, es un paso importante por cuanto la Constitución empieza a entenderse como norma suprema, un instrumento del ciudadano frente al poder. El derecho que se fundamente en tendencias pro estatales, no se encaminará a la paz y menos a solucionar los problemas de justicia, con el propósito de disminuir el conflicto social. Las posibilidades, en El Salvador, para la siguiente década tendrían estos dos referentes:

1. El liberalismo económico, pretende y me parece que es importante, que el Estado deje lo económico a las leyes del mercado y a las iniciativas privadas, y en tal sentido es estado mínimo; pero el Estado tiene su propio rol en esto y es el de que las iniciativas estén en función social; la definición de lo social es una cuestión de sabiduría política, de cultura constitucional y de estrategias integradoras, lo más alejadas posible del capitalismo especulativo y egoísta.
2. Lo anterior debería tener un correlativo en lo político, que el Estado se abstenga de perturbar los derechos fundamentales sustentados en la libertad humana, o sea, no interferir en las decisiones y conducta de los ciudadanos, a menos que sea para protegerlas, cuando estén en peligro; en tal sentido, El Salvador, estaría en el rumbo correcto para alcanzar el Estado de Derecho. De más está decir que no siempre ambas ideas se producen simultáneamente, pues los poderes constituidos aceptan, pregonan y reclaman lo primero, pero apenas aceptan lo segundo.

En lo político se establece un sistema democrático, pluralista sustentado en los principios de la democracia representativa, dejando que los partidos políticos serían el único instrumento para la representación del pueblo en el gobierno; se ha dado como explicación de esta decisión, como una medida ejemplar para que quienes quieran incidir en la vida del Estado, lo hagan de cara a la población, evitando que utilicen sus posiciones económicas, sociales, religiosas, etc., para manipular las decisiones de los ciudadanos.

Dice José Luis Lovo Castelar, jurista salvadoreño, «dado a que en la redacción de esta Constitución no intervinieron las fuerzas insurgentes, no

se le concede legitimidad democrática, de tal manera que “cuando se procedió al diálogo negociación entre el gobierno y la guerrilla, aparece como punto de discusión la reforma constitucional que profundizara el proceso de democratización y fortaleciera el régimen en los aspectos de derechos humanos, régimen electoral, administración de justicia y fuerza armada”»¹.

3. LA REFORMA DE 1991-1992

A) El Acuerdo de Ginebra

El 4 de abril de 1990, el Secretario General de la ONU, se decide a dar cumplimiento al mandato de buenos oficios que le confirió el Consejo de Seguridad, cuyo propósito era el terminar el conflicto armado en el país por la vía de la negociación. El número 1 del acuerdo dice:

«El propósito del proceso es terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derecho humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña».

En San José, Costa Rica, el GOES-FMLN suscribieron un Acuerdo sobre Derechos Humanos, cuyo contenido es del conocimiento general (26 de julio de 1990).

B) Sistema electoral

El cambio básico que se ha operado en el campo electoral es el de crear un Tribunal Supremo Electoral a cambio de un Consejo Central de Elecciones. Particularmente creemos que con esto no es mucho lo que se ha obtenido; en este campo lo que tendría que definirse es cuál es la función del gobierno en esta coyuntura histórica y las posibilidades de lograrla por medio de una estrategia que obviamente no se va a definir en la Constitución ni en el Código Electoral.

C) Fuerza Armada y Policía

Según la reforma constitucional habrá dos ministerios: Defensa y Seguridad Nacional. En esto sí hay algo de fondo: el art. 159 Cn. crea la

¹ JOSÉ LUIS LOVO CASTELAR, vid. *Derecho Constitucional de El Salvador*, de MARIO SOLANO, Libro Cuarto, UTEC, El Salvador, 2006.

Policía Nacional Civil, siempre que el cambio político sea capaz de crear una estructura de poder nueva, ¿nueva en qué? En todo. El primero que tiene que cambiar es el Presidente de la República, en el sentido de que este organismo está fuera de la política, y esto incluye al gobierno, o sea, que es un cuerpo del Estado, no del gobierno; se establece su independencia de la Fuerza Armada y se le han fijado como funciones: Garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos, denotándose la influencia de la Constitución española de 1978, la cual dice que los cuerpos de seguridad se hallan bajo la dependencia del gobierno y tiene como misión, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Los numerales 17-18 y 19 también del art. 163 Cn. están relacionados con lo de la Policía Nacional Civil, el organismo de inteligencia. La idea es la de crear responsabilidades directas que actualmente tiene el alto mando de la Fuerza Armada, diluyéndose los compromisos en un cuerpo colegiado: según estas disposiciones el Presidente asume responsabilidades y responde ante la Asamblea. Esto no deberá causar recelos y constituyen aspectos importantes de la reestructuración de la Fuerza Armada. El Presidente tiene mayor participación con el propósito de ir creando condiciones de conducir a la Fuerza Armada con criterios de la sociedad Civil, evitando formas de autoritarismo que ha causado tanto daño y deterioro de la imagen de la Fuerza Armada,

He destacado el tema de Fuerza Armada y Seguridad, porque ambas instituciones, por mucho tiempo fueron consideradas como instrumentos del poder real y mecanismos de terror, más que de seguridad y si en algo El Salvador, ha mejorado notablemente es en estos dos aspectos, al grado de que se considera que la Fuerza Armada es una de las instituciones que mejor han cumplido los propósitos de los Acuerdos de Paz; la policía nacional civil, con todo y sus imperfecciones, es mejor sobradamente que los anteriores cuerpos de seguridad; sus deficiencias pueden tener como causa la falta de una política de seguridad ciudadana, la poca formación de los cuadros dirigentes, una creciente violencia social, etc.

D) Las reformas judiciales

En este contexto aparece la asignación presupuestaria del seis por ciento de los ingresos corrientes, esto crea independencia del sistema judicial; después de una experiencia de más de 15 años cabe preguntar independencia para qué y para quienes.

La sociedad debe reconocer que en tanto el conjunto no se depure, los miembros de las instituciones tendrán los mismos síntomas y enfermeda-

des de la sociedad en su conjunto; en este sentido el sistema judicial no logra convencer sobre el sistema de elección de la Corte suprema de Justicia, la independencia de y capacidad de sus miembros; la Sala de lo Constitucional, incorporada a la Corte; se ha denunciado insolvencia moral y corrupción en el sistema, etc.

La justicia constitucional, está reservada a la Sala de lo Constitucional, que forma parte de la estructura orgánica del sistema judicial, es una Sala de la Corte Suprema, lo que exige ya una reflexión y análisis detenido sobre la conveniencia de su separación; esto requiere una reforma constitucional y por de pronto no se ha considerado en la agenda de los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa, que son los únicos que pueden impulsar una reforma; del funcionamiento de esta Sala y de su capacidad de hacer justicia constitucional, se tratará en adelante.

4. ESTADO DE DERECHO

A) Reflexión previa: ¿es El Salvador un Estado de Derecho?

La descripción que anteriormente se ha formulado requiere de algunas valoraciones para determinar dos cosas: 1. Que tanto de lo que está formalmente escrito en la Constitución tiene eficacia normativa y para decirlo con el pensamiento de Loewenstein, que tanto esa Constitución tiene de normativa, nominativa o semántica, ideas que el lector puede ampliar en la Teoría de la Constitución de este autor; y 2. Qué tanto El Salvador es un Estado de Derecho, en el que la justicia constitucional tenga posibilidades razonables de cumplimiento; para ello, una revisión doctrinaria de los preceptos básicos de esta categoría histórica, pueden ser útiles para el propósito de este ensayo.

B) El concepto del Estado de Derecho

El término Estado de Derecho tiene su origen en la doctrina alemana (*Rechtsstaat*). El primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl en su libro *Die Deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. En tradición anglosajona el vocablo más equivalente en términos conceptuales es el *Rule of law* («resoluciones de los tribunales»), o bien sea, como lo afirma Ulrich Karpen, de la Universidad de Hamburgo, «limited government, substantive due process, reasonableness, equa protection, and fair hearing, etat de droit», etc («su objetivo es la limitación y la dominación calculable, la fijación de principios y legitimidad de las

leyes, división de poderes y los principios de distribución y organización...»), siendo estos dos últimos temas que desarrolla Carl Schmitt, en su «Teoría de la constitución», y a los que me refiero más adelante, por la importancia que tienen en la limitación del poder.

Con mucha sencillez, pero en forma precisa, Wolfgang Horn dice que desde que la ciencia jurídica alemana incorporó el término (segunda mitad del siglo XIX) «la idea esencial en este concepto se traduce en la demanda de control jurídico y moderación política para el poder público, además del reclamo de garantías para la libertad personal»². Idea que inmediatamente nos recuerda el trascendental artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa.

Sobre este mismo tema, García Pelayo afirma:

«La noción del Estado de Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la Ilustración. Una vida tan larga implica que ha pasado por distintas etapas en función de modalidades del pensamiento jurídico y político de cada tiempo, si bien siempre ha considerado como uno de sus supuestos la existencia de una Constitución que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes.

Su primera formulación se le debe a Kant y a Humboldt, y como todos los grandes conceptos jurídico-políticos es, en sus orígenes, un concepto polémico, en este caso doblemente orientado, de un lado, contra el Estado policía típico del absolutismo ilustrado que trataba de hacer la felicidad de sus súbditos a costa de enojosas e impertinentes intervenciones administrativas en la vida privada y, de otro, contra la concepción de la ley como un puro instrumentum regni en manos del monarca y totalmente dependiente de su voluntad»³.

C) Principios del Estado de Derecho

El Estado de Derecho clásico se sustenta por lo menos en estos principios:

² ULRICH KARPEN (profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Hamburgo), obra citada, pág. 212, *Estado de Derecho y Democracia*, CIEDLA. Vid. WOLFGANG HORN (Profesor de la Universidad de Essen), *Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental Alemana*, CIEDLA, obra citada.

³ MANUEL GARCÍA PELAYO, *Obras completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

a) *El principio de legalidad*

No es, pues, el poder sino el Derecho lo que constituye al Estado, ni es la ley instrumento del poder, sino el poder agente de la ley, bien entendido que por ley jurídica no puede entenderse cualquier norma, es decir, no toda ley es Derecho, sino tan sólo aquella que se derive por necesidad lógica de los principios apriorísticos de la razón, que son los siguientes:

«Estado de Derecho, según esta primera formulación de Kant y Humboldt, es aquel Estado que no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación en la formación de la ley, excluyendo, por tanto, de su ámbito de acción toda actividad administrativa, salvo la beneficencia»⁴.

Como puede verse, en sus orígenes el concepto de Estado de Derecho es necesariamente liberal, lamentablemente degeneró en Estado burgués, con las consecuencias sociales y políticas, enfrentadas con éxito relativo por el Estado Social, de tipo reformista, que surge como opción frente a las soluciones del socialismo marxista:

«El Estado, según Humboldt (Guillermo de Humboldt, filósofo y político alemán, 1767), debe limitarse a garantizar la seguridad de los ciudadanos en el interior y en el exterior, ya que un Estado intervencionista quebranta el libre despliegue individual, aniquila la variedad, debilita con todo ello la fuerza de la nación y supone la negación misma del problema del Estado, que es «combinar la más variada individualidad y la independencia más original con la asociación también más variada y más íntima de los diversos hombres».

El Estado debe, pues, limitarse a velar por la seguridad, es decir, «por la certeza de la libertad concedida por la ley». La misión del Estado es, pues, «garantizar la seguridad jurídica en el despliegue de unos derechos individuales situados más allá del Estado mismo y derivados del hecho de considerar al hombre como principio y fin del Estado y a la libertad como condición del despliegue vital»⁵.

El nuevo Estado adopta una nueva Constitución conforme al individualismo liberal, que corresponde al Estado constitucional o Estado liberal de

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

derecho, la cual contiene «una decisión en el sentido de la libertad burguesa, libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y de comercio. El estado aparece como el servido rigurosamente controlado de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas, o sencillamente, identificado con este sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento».

b) *El principio de distribución*

El poder del Estado como la libertad de los individuos tiene un marco de normas que debe de respetarse, en una interacción, que trae dos consecuencias, las cuales Schmitt, define como: 1. Principio de distribución por el cual «la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al estado, quedando esa libertad i-limitada en principio, y expresada en los derechos fundamentales; mientras que la facultad del estado para invadirla, es limitada en principio». 2. La otra consecuencia es el principio de organización, por el cual «el poder del Estado, limitado en principio, se encierra en una serie de competencias, que se expresa en la división de poderes, como mecanismo para el ejercicio del poder público»⁶.

c) *El principio de organización*

El principio de organización trae como consecuencia algo esencial en esta materia como es el principio de legalidad, que es uno de los rasgos básicos del Estado de derecho, ya no la legalidad del estado, por el hecho de tener una norma que regula las actividades del estado, como en efecto ocurrió también en el período absolutista o antiguo régimen sino el marco de normas distribuidas en tres direcciones o competencias, separación de poderes, con el propósito de proteger la libertad del individuo y de los derechos fundamentales derivados.

D) El liberalismo en la Constitución de El Salvador

Distintas interpretaciones se han dado a la norma contenida en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre, de 26 de agosto de 1789, pocos días después del movimiento revolucionario de 14 de julio de

⁶ CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*.

ese año; dicha norma es una advertencia y se enuncia así: «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución». La más conocida de las interpretaciones de esta regla es que en tales circunstancias carecer de Constitución no significa carecer de texto formal, sino que lo que significa es que la sociedad en la que esos elementos no se evidencian, no puede llamársele Estado de Derecho o Estado Constitucional.

El constitucionalismo salvadoreño, que durante su vida independiente ha visto por lo menos trece constituciones estatales y tres federales, incluyendo la primera cuando se declara la independencia centroamericana. Lo que no se puede afirmar es cuántas o si por lo menos alguna esas de constituciones, no sólo en su texto escrito, en la «hoja de papel» a que se refiere Ferdinand Lassalle, en su conocida conferencia «¿Qué es una Constitución?», sino que además en la vida real o en las condiciones materiales de la sociedad, reflejó y desarrolló el mandato o advertencia del art. 16 de aquella Declaración.

De los numerosos textos constitucionales, el pueblo salvadoreño, especialmente la burguesía intelectual, recuerda con respeto y admiración la denominada Constitución Liberal de 1886, promulgada ese año, durante el auge y desarrollo que alcanza el liberalismo en esa época, para bien o para mal del pueblo salvadoreño, cosa que debe analizarse con la mayor seriedad y rigor científico..

El régimen de derechos y garantías individuales se consagra de tal manera que lo que ahora aparece en la Constitución de 1983 (vid. *supra*), con pocas variantes, es la misma que se adoptó en 1886. Desde entonces, quedó plasmado como Derecho Constitucional de El Salvador, el debido proceso, la libertad de expresión, el derecho de petición, el de asociación y reunión, el respeto a la propiedad, y la garantía de que nadie puede ser privado de su vida de su libertad, propiedad, etc. O sea, la garantía del debido proceso.

El art. 28 consolidó el recurso de exhibición personal o hábeas corpus, que la Constitución de 1841 había introducido. El art.37 confirmó el hábeas y además creó el recurso de amparo en caso de violación a los derechos y garantías constitucionales, asignando esa función protectora a la Corte suprema de Justicia, iniciándose el proceso de control constitucional concentrado de los actos d los otros poderes del Estado.

Desde entonces se adopta el poder legislativo unicameral, prescindiendo de la idea del Senado, dejando para las generaciones actuales una nueva forma de legislar, probablemente por considerar que dada nuestra extensión territorial, escasez de recursos, la influencia de la idea francesa de una Asamblea Nacional etc., no era necesario mantener dos Cámaras.

E) Actualidad del Estado de Derecho

El Estado de Derecho no es el Estado sometido al derecho, únicamente por tener unas reglas que se aplican en su ámbito espacial, sino porque sus normas tienen como finalidad garantizar los derechos del individuo, que como datos anteriores al estado, son protegidos por medio de la ley; esto es lo que constituye esencialmente el Estado de derecho, la existencia de normas, generalmente escritas, promulgadas por el poder público, en un proceso en el que se deben garantizar que los derechos fundamentales de los ciudadanos no serán lesionados, y que su promulgación se dará en el marco de unos principios, tales son el de publicidad y el de irretroactividad, mediante un proceso que reúne los requisitos establecidos en la Constitución.

La anterior revisión conceptual del Estado de derecho, es base suficiente para que la realidad político jurídica salvadoreña, pueda ser el parámetro de comparación necesario para formular el análisis y el juicio crítico para saber como funciona el Estado salvadoreño y sobre todo como afronta y resuelve la demanda de libertad, de seguridad y de igualdad. Si el país está en condiciones de responder a estas tres condiciones de un Estado que se acerque a la noción de estado de derecho: 1. Tiene el país un compromiso formal y estructural para hacer que el imperio del derecho se convierta en vivencia, no en fórmulas publicitarias; o sea si los productos legislativos están en la órbita del derecho o son «homenajes» a lo absurdo. 2. Los derechos fundamentales, y las estructuras de poder sólo son categorías diferentes en la medida que éstas son instrumentos para la realización de las primeras. 3. Si las instancias de la justicia constitucional, están de tal modo desarrolladas que puedan considerarse como garantías suficientes para resolver acertadamente la queja del ciudadano. Si estas tres cosas no funcionan o sólo lo hacen precariamente, en este país no es Estado de Derecho.

Con pena tenemos que admitir que el régimen de libertades, el respeto a la Constitución, a la ley, a las instituciones, ha venido sufriendo una serie de violaciones de parte del gobierno en su conjunto. La sociedad, por su parte, ha reflejado un deteriorado sistema de relaciones personales, es decir de ciudadano a ciudadano, que hace más complicada la gobernabilidad.

F) Conclusiones

1. La instauración del Estado social y democrático de derecho en El Salvador, requiere de un consenso social básico para la gobernabilidad en

democracia, el respeto a los derechos fundamentales, el ejercicio de la separación de poderes y la garantía de tribunales independientes, todo fundado en una sociedad democrática, pluralista, participativa, capaz de elegir a sus representantes en contiendas confiables y transparentes, orientada por partidos democráticos, entendidos como intermediarios entre los ciudadanos y el poder del Estado.

2. El Salvador requiere una revisión profunda de sus principios, valores y normas constitucionales, para aplicar sin dilaciones y sin mixtificaciones los derechos fundamentales reconocidos por el Estado de derecho clásico, es decir los derechos de libertad, tales como el derecho a la vida, la libre expresión, asociación, debido proceso, domicilio, juez natural, etc., cuyos retrocesos han sido evidentes y tal como el que esto escribe, lo ha argumentado en diversos foros e intervenciones. No debe aceptarse que el aislado combate a la delincuencia, lo cual debe hacerse, sea una acertada política de seguridad ciudadana; las simples acciones represivas pueden dar lugar que los derechos fundamentales, se convierten en simple retórica, colocándonos en posiciones inferiores, a las que en el pasado El Salvador defendió responsablemente (Constitución de 1886).

3. El Salvador debe reconocer responsablemente que los derechos sociales, de la segunda etapa del Estado de Derecho (desarrollados en el Libro Segundo de este Ensayo), no deben considerarse como simples acciones programáticas de parte del Estado, que les concede una importancia marginal, ignorando los deberes de acción u obligaciones de hacer, que tales derechos implican; derechos que representan la complementación de los derechos fundamentales de la primera generación, tomando en cuenta que las libertades abstractas, requieren un mínimo razonable de ejecución pragmática de satisfacción de requerimientos y de necesidades vitales de los miembros de la sociedad. Si el Estado carece de una política seria y responsable, para planificar y ejecutar los derechos sociales, como derechos de los individuos y de los grupos, y sustituye esa política, por medidas de tipo asistencialista, promoverá una sociedad al margen del desarrollo y carente de valores culturales.

4. La Constitución debe ser la expresión escrita de un pacto social que debe ser cultivado y cumplido por gobernantes y gobernados, en un afán de mantener la paz, la libertad, la seguridad, la igualdad y demás valores contenidos en ella. Los ciudadanos deberán participar en la elección de sus gobernantes, en un ambiente solidario, con procedimientos transparentes, con árbitros confiables y respetables; en contiendas equitativas, libre de influencias y presiones de los poderes fácticos, a quienes deberá instruirse de la necesidad de que colaboren en el propósito de alcanzar una sociedad pluralista y un estado democrático.

5. En tanto la constitución no los consagra expresamente, los gober-

nantes deberán orientar sus acciones a cumplir con los valores, derechos, principios y tendencias de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales; en los casos en que la Constitución los ha consagrado ya, el Estado debe comprometerse en una oferta responsable, realista y visionaria, para que los funcionarios de los poderes públicos, se sientan obligados a cumplir dichos mandatos, a efecto de lograr la armonía social, la justicia y la paz ciudadana.

6. La garantía de la vigencia del Estado social y democrático de derecho, estaría depositada en un sistema judicial independiente, conformado por magistrados y jueces probos, estudiosos, honestos, capaces y comprometidos con la necesidad de que los ciudadanos gocen de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente; deben ser jueces de la Constitución, conforme las enseñanzas de la doctrina de que la constitución es norma suprema y que está por encima de intereses particulares, sectoriales o grupales y que en los casos de conflictos entre la Constitución y la ley, prevalece la Constitución.

7. La función normativa del Estado, debe estar encomendada a una Asamblea Legislativa, que debería estar integrada por ciudadanos honorables, cualesquiera que sea su opción política o signo ideológico, capaces de crear para la sociedad salvadoreña un derecho respetable, justo, respetuoso de la Constitución; su función debe ser desarrollada en forma sabia, prudente y con la eficacia necesaria para generar seguridad jurídica. Los diputados, tal como dice la constitución deberán representar al pueblo y no estarán, vinculados a mandatos imperativos; sin perjuicio de sus derechos de reelección, los miembros de la Asamblea, deberían de ser propuestos no más de dos veces en períodos sucesivos; la función contralora de este Poder, deberá ser ejercida en forma tal que los ciudadanos encuentren en él, la garantía de que los funcionarios sometidos a su elección y vigilancia, cumplirán responsablemente con sus funciones.

8. El Presidente de la república y los funcionarios, titulares de las secretarías de Estado previstas constitucionalmente, deben saber que el valor a realizar en sus gestiones, es primordialmente el bien común (art. 1 Cn.) y que no deben prevalecerse de sus cargos ni de sus actividades oficiales para hacer política partidista, o propagandística; procurar no caer en el sensacionalismo y exhibicionismo, cuando en el ejercicio del poder realicen una obra, que por lo demás se costea con los fondos del pueblo. Como constructores de la paz y la armonía social, usarán del poder, en beneficio de la sociedad en su conjunto, con sabiduría, conocimiento y sobre todo con valor para enfrentar los poderes fácticos que se mueve dentro del Estado.

9. Los poderes públicos deberán abrir y patrocinar un foro nacional, libre, participativo, para que dentro de los próximos cinco años, estudie,

discuta, proponga y analice ideas sobre posibles reformas constitucionales, a efecto de preparar a la sociedad para una vivencia constitucional distinta. Una revisión del art. 248 y sus cláusulas pétreas, en el país casi eternas, de los derechos fundamentales y el diseño de un verdadero equilibrios de poderes, solamente sería posible si en ese término se conduce un evento nacional de estudio de los contenidos y mecanismo constitucionales.

10. Sin cumplir con estos ejercicios mínimos los detentadores del poder, no podrán ser líderes de los ciudadanos; quien quiera que gane unas próximas elecciones, habrá perdido el tiempo, nada de lo que haga tendrá significado vital para la sociedad; su paso por el Poder, será un desgaste institucional y social, probablemente resolverá los problemas de sus seguidores, pero su impacto e impronta en la ciudadanía, será mínimo y para un país al borde de la extrema pobreza.

5. ESTUDIOS CRÍTICOS

A) Régimen jurídico vigente

No se ha hecho un trabajo investigativo sobre los resultados favorables o no de la gestión de la Sala de lo Constitucional, especialmente a partir de las reformas constitucionales de 1991, cuando se modifica el procedimiento de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, eligiéndose la primera de ellas, en julio de 1994, tal como ya se expuso. No obstante, si se ha observado que la actual ley, no responde a los criterios más actualizados que hay en materia procesal constitucional y debe reconocerse que muchas resoluciones de la Sala, e han fundamentado en aplicaciones directas de la Constitución, en la doctrina de los expositores del derecho, en razones de buen sentido y razón natural, recurriendo a una disposición que subsidiariamente se plica del Código Procesal Civil.

De entonces a la fecha, la Sala de lo Constitucional, ha tenido una función importante en la vida del país, pero lo realizado debe de someterse a una evaluación nacional, imparcial, objetiva, esencialmente jurídica, lo que no significa alejada de la realidad y de las necesidades concretas de la sociedad; se necesitaría una iniciativa de alguna institución con suficiente grado de credibilidad para investigar qué es lo que se ha hecho en ese campo, revisando la jurisprudencia, los criterios, la uniformidad de los fallos, la honestidad de los mismos, qué tanto el ciudadano se siente protegido en sus derechos fundamentales; de ese análisis, podría obtenerse una imagen de lo que tenemos en materia de jurisdicción constitucional y si existe o no un régimen de garantías a los derechos fundamentales, sustento de la seguridad jurídica y del Estado de derecho.

En este punto es que saltan las mayores dudas; el período de nueve años que ejercí la magistratura y mis observaciones posteriores, después de 2003, me confieren las credenciales necesarias para opinar sobre el tema; además, el ejercicio de la magistratura misma, más las percepciones de la sociedad, me obligan a expresar una opinión cautelosa de esta Sala, especialmente cuando se han producido fallos o comportamientos que han dejado mucho malestar en los ciudadanos; es desde luego, un tema que no puede ser tratado a profundidad en estos espacios, sino que lo he abordado y lo seguiré haciendo, en situaciones o posiciones, donde la objetividad e imparcialidad sean la medida y la regla, todo en beneficio de los ciudadanos que esperan tener funcionarios que cumplan con las responsabilidades constitucionales.

Debo reconocer asimismo que manifiesto mi profundo respeto por las personas que conjuntamente conmigo y los posteriores, hemos participado en la construcción de la justicia constitucional y que mis apreciaciones están relacionadas a la historia global y en el ejercicio exclusivo de la magistratura y que mis opiniones no pueden —no deben— extenderse a las actuaciones personales de los funcionarios

Si el examen crítico de la reciente historia de la jurisdicción constitucional, surgiera de la misma Sala de lo Constitucional, no sólo sería ejemplar, sino que contaría con los recursos disponibles propios, lo que no sería posible, si la iniciativa proviene de sectores académicos o de la sociedad misma; no sería recomendable que la iniciativa provenga de otras instancias del poder, por que la experiencia, ha demostrado que esto puede ser contaminado por intereses políticos; no obstante, la iniciativa propia, nos aleja de esta evaluación, por lo que únicamente, queda el recurso de los análisis académicos, aunque estos puedan ser parciales o limitados.

Se podría tener un diagnóstico integral, si por lo menos se analizan los siguientes temas:

1. Si la Sala de lo constitucional, es el máximo garante del respeto al derecho constitucional.
2. Si el tribunal peca por interferir o por omitir; en el primer caso atentaría contra la división de poderes; en el segundo, favorecería al Estado.
3. Si el Tribunal, ha formado una jurisprudencia correcta o no.
4. Si el Tribunal es garante de la supremacía constitucional y en tal caso el calificativo de intérprete supremo, estaría correcto.
5. Que tanto sus sentencias tienen fuerza persuasiva y tienen la sensatez necesaria.
6. Que tanto sus resoluciones son jurídicas o sólo es una forma de disimular la intromisión en asuntos políticos.

7. Qué tanto el tribunal, ejerce independencia judicial y como sus actuaciones cumplen con el precepto constitucional de imparcialidad y autonomía. El estudio que se formula en este espacio y con estas apreciaciones muy personales, no se podría llegar a tanto pues, por la naturaleza de este trabajo, alcanza únicamente a ofrecer algunos rasgos descriptivos de la justicia constitucional, en sus formulaciones más generales; pero no hacer juicios de valor o un análisis crítico del tribunal constitucional y sus logros; únicamente se formulan los cuestionamientos pero como hipótesis necesarias para iniciar la investigación.

No obstante, se ha llegado a la conclusión, puede afirmarse, oficial, de que el instrumento legal vigente, o Ley de Procedimientos Constitucionales, ya no cubre las necesidades mínimas de una legislación aceptable y aunque no hay, tal como se ha expuesto, investigaciones responsables que permitan partir de bases confiables para el enjuiciamiento crítico de la justicia constitucional, por lo menos se ha partido del criterio de lo antiguo de la ley vigente para pensar que emitiendo una legislación nueva, se tendrán mejores posibilidades para el respeto de los derechos fundamentales en tal sentido se ha conocido de la presentación que se ha hecho a la Asamblea Legislativa de un proyecto de Ley Procesal Constitucional, de la cual se harán algunos comentarios en este apartado, citándose los artículos pertinentes del proyecto.

El análisis del rendimiento jurídico constitucional de esta ley se ha formulado en el «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional», número 11 (2007), págs. 339 y sigs. La Jurisdicción Constitucional en El Salvador, bajo la responsabilidad del que esto escribe; los dos estudios se complementan, por lo que ruego a los lectores tomar en cuenta esta referencia.

B) Proyecto de Ley Procesal Constitucional

1. Esta Ley Procesal Constitucional debería haber sido de la Jurisdicción Constitucional y poner en el centro de dirección y organización, a la Sala de lo Constitucional; eso no ocurre en este proyecto, que se conforma con ser reguladora de procesos; pero no se hace lo que la Constitución quiere que es el de establecer la jurisdicción constitucional, como sistema para el ejercicio de la potestad soberana de impartir justicia.

2. El proyecto que se menciona, no por su eficacia jurídica, porque sólo es eso, un proyecto, sino por el hecho de que refleja una necesidad nacional, el cambio para una justicia constitucional eficiente; representa

además, que existen ideas y motivaciones para seguir una doctrina en consonancia con lo que está ocurriendo en el mundo; en tal sentido se intenta incorporar esas ideas; tal es el tema de que la Sala, es el máximo intérprete de la Constitución.

Si la Sala de lo Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, debería de haberse creado la jurisdicción constitucional, así como lo dispone el art. 1 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, que proclama su independencia y sometimiento a la Cn. y a la ley.

3. Finalidad de la ley: garantizar la supremacía de la Constitución (art. 246 Cn.) el ejercicio pleno de los derechos consagrados en ésta (removiendo obstáculos, creando condiciones, etc.) y el funcionamiento regular de los órganos de gobierno (art. 235 Cn.). El Amparo; el recurso de inconstitucionalidad, el habeas corpus, son procesos regulados en este proyecto.

4. «Todo proceso será de conocimiento público».. (art. 4), ¿será suficiente esta medida? ¿Cuáles son los alcances esperados? Me parece que en esto hay alguna sugerencia tímida de algo que es prácticamente una regla en el procedimiento contemporáneo, como es el juicio oral y público, o sea que la controversia es inter-partes y abierta, tal como aparece en el derecho penal y en el de familia; pero en este caso no es eso lo que se está legislando y si no aparece el carácter de oral lo público, no tiene mayor significado, en efecto, las audiencias que resuelven las admisiones, las sentencias definitivas y especialmente las resoluciones de improcedencias in línime tendrían que ser orales y públicas.

5. No obstante, el art. 5 crea la competencia para la Sala. ¿Para conocer de las pretensiones? La realidad que es una queja. La pretensión es el derecho de acción, más la demanda, más el sustrato fáctico, el sustrato jurídico y el vínculo o nexo causal. Aunque la ley no lo diga, pero la complejidad que supone configurar la pretensión constitucional, es de tal naturaleza que es necesaria la asesoría técnica, y aunque aparentemente no se requiera asistencia letrada, la práctica así lo exigirá con indudable perjuicio de la gente sin recursos.

6. El art. 6 limita la competencia a las normas constitucionales, de tal manera que los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad.; tomado a la letra del art. 247 Cn., pareciera que el amparo solamente procede ante violaciones a los derechos contenidos en la Constitución; de tal manera que si un derecho fundamental no está contemplado constitucionalmente no se podría exigir tutela.

Se sigue el modelo español que solamente reconoce como derechos amparables, los contenidos en los arts. 14 a 29 de la CE., eso es así porque otros derechos son conocidos por los jueces o tribunales, por los tri-

bunales europeos, o en su caso a la Corte de Estrasburgo (derecho comunitario). En esta ley debe reconocerse que al referirse a toda la normativa constitucional, comprende derechos individuales, sociales, económicos, del medio ambiente y políticos. sin embargo su interpretación es de acuerdo al pensamiento del Juez y no a los tratados y especialmente a la Declaración Universal de derechos Humanos (art. 10.2 Cn.).

7. El art. 75 del proyecto define que el amparo tiene por objeto garantizar el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la normativa constitucional. La vulneración comprende: privación, obstaculización de ejercicio, restricción o desconocimiento; la amenaza y los derechos colectivos o difusos, lo anterior rompe con la teoría de que los derechos constitucionales son derechos subjetivos públicos.

Procede la pretensión de amparo por acción, omisión o simple actuación material que vulnere los derechos consagrados en la normativa constitucional, procede en contra de las actuaciones impostoras, burdas o con abuso de derecho, también procede contra leyes y otras disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, cuando se trate de normas autoaplicativas; asimismo es procedente contra actos de particulares cuando estos se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección, o existiendo no funcionen (*per saltum*) según se estipula en la letra d) art. 76.

8. Problemática de caducidad. La pretensión debe ejercerse en el término de 120 días de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto lesivo, bajo pena de caducidad. Si está impedido con justa causa no le corre término. Si es de comisión instantánea, cuando el acto se produjo; si es de tracto sucesivo, cuando haya cesado su ejecución.

Es importante señalar que en el derecho español. La caducidad, se explica por el hecho de que parte de una situación jurídica que ha resuelto anteriormente, dado que en ese sistema, el amparo se recaba o tutela, en sede ordinaria y hasta después se llega al tribunal constitucional (art. 43.2 L. Pr. Cn.).

9. El art. 37. Definitividad o subsidiariedad *per saltum*. Este es el tercer caso de los que plantea la temática. El caso que se analiza corresponde únicamente a los casos de decisiones de autoridades judiciales. La regla pareciera que no se concede siempre. No dice nada de los administrativos, por lo que en tal caso podemos considerar que admite el *per saltum*.

10. Legitimación activa. Art. 78. Las personas naturales, las jurídicas y las autoridades del Estado, cuando se violentaren derechos fundamentales de las instituciones que representan. En España, el defensor del pueblo. Igual función se debería de asignar a la Procuradora de los derechos Humanos, aunque fuere sólo de representación.

11. Si la pretensión fuese manifiestamente improcedente, el tribunal lo declarará así mediante resolución motivada, tales son los casos puramente civiles, resolución de mera legalidad, que no tienen trascendencia constitucional y que tiene vicios la pretensión.

Con todo y que ese proyecto no es lo mejor, pero al menos tiene ideas más aceptables para la justicia constitucional; desde hace por lo menos seis años que fue presentado para su conocimiento y su discusión a la Asamblea Legislativa, sin que ésta emita alguna resolución al respecto.

6. SENTENCIAS DEFINITIVAS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

A) Materia constitucional

El jurista salvadoreño José Carlos Molina, joven investigador constitucionalista, en una experiencia académica valiosa como ha sido el Diplomado de Derecho constitucional, que se imparte en la Universidad Tecnológica de El Salvador (UTEC), relaciona que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en el campo del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, ha emitido sentencias en las áreas siguientes⁷:

a) *La inconstitucionalidad por omisión*

«Con relación a este tipo especial y novedoso de inconstitucionalidad, la doctrina más representativa señala la necesidad de mantener, en principio, el carácter abierto de las normas constitucionales, que puede ser concretado en un momento histórico y aceptado por tendencias ideológicas de distinto signo, y la imposibilidad de regulaciones exhaustivas que agoten todas las materias, lo que trae como resultado la existencia en la Constitución de auténticos encargos al legislador los que se traducen en una concreta obligación de actuar que pesa sobre el legislador ordinario, la cual es distinta de la genérica obligación de legislar».

«Esta obligación de desarrollo y complemento posterior que recae sobre el legislador ordinario viene caracterizada por tres notas: 1) el legislador no es libre en cuanto a si emite o no la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente; 2) el cómo de esta regulación debe discurrir, claro está, por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y sus fines; y 3) el cuándo de

⁷ JOSÉ CARLOS MOLINA MÉNDEZ, *Investigación y docencia en el Diplomado de Derecho Constitucional de la Universidad Tecnológica de El Salvador*, San Salvador, El Salvador.

tal normativa está, en principio, sometido a la libertad del legislador, aunque este no puede dilatar de tal manera su actuación, que suponga un fraude al concreto precepto constitucional».

Sin embargo, no se trata de que el legislador cumpla con sus obligaciones emitiendo leyes de pobres contenidos, o enmascaramientos normativos,

«en ese caso es cuando cobran sentido los mecanismo de participación democrática de los ciudadanos que demuestren que el incumplimiento de los mandatos constitucionales es también contrario a la Cn.»⁸.

¿Queda inconcluso el derecho constitucional si no se produce la ley esperada? Es probable que sólo estemos ante un derecho constitucional en formación pues aún cuando se produzca la reacción del tribunal constitucional, los alcances de esta sentencia, en algunos países, entre ellos El Salvador, las cosas no vayan más allá de una resolución con efectos morales o sociológicos, en el sentido de documentar a los ciudadanos para reclamos en el plano político. «En tanto los árbitros de la Constitución, los legisladores, según Bidart Campos, no dicten la ley que desarrolle la norma constitucional, estamos frente a una constitución frustrada»⁹. Por mi parte, agrego, si el tribunal constitucional no se pronuncia, estamos en presencia de una Constitución nula. Ha ocurrido por años en este país, donde la única forma de mover el proceso constitucional es mediante el impulso ciudadano, si esto no ocurre, la constitución no existe; no obstante que la acción ciudadana, es una figura muy democrática, su eficacia y requiere de un proceso de difusión y cultura constitucional que en El Salvador, no tiene todavía.

Grave en este país, donde el Fiscal General, constitucionalmente defensor de los derechos de la sociedad y del Estado, no ejerza esta función. La constitución no le dice expresamente que es parte de sus atribuciones, explícitamente no se lo dice, y la tradición salvadoreña solo acepta el impulso procesal del ciudadano. En nuestra opinión el fiscal tiene como parte de las atribuciones y deberes que le da la Constitución aunque en forma implícita si tiene, acción para proceder desarrollar el espíritu de la Constitución. Esto debe considerarse como la necesidad de que la Cn., no degene en una norma inútil y que el cumplimiento de sus reglas esté condicionada por gobernantes caprichosos o arbitrarios.

⁸ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1997.

⁹ GERMÁN BIDART CAMPOS, *Inconstitucionalidad por omisión*.

Según Molina Méndez,

«Los únicos precedentes que existen y en los cuales se ha desestimado la pretensión son las sentencias de inconstitucionalidad 2-95 del 28-IV-2000 y la 19-98 del 26-II-2002. No obstante lo anterior, se encuentran en trámite demandas en las que se insiste en esta temática. Si estas pretensiones llegaran a feliz término, la SC ejercería un control de pesos y contrapesos y podría —dentro de la tipología de sus sentencias— ordenar lo que más convenga, v. gr., un plazo perentorio al legislador para que lo haga, una sentencia de aviso o hasta una manipulativa agregando como el caso Italiano el elemento que falta en la ley, ejerciendo con ello un papel de legislador positivo, como lo hacen modernamente los tribunales constitucionales de España, Alemania e Italia, entre otros. Desde luego el resultado, pondría en evidencia una de tantas omisiones de nuestro legislador salvadoreño y la poca eficacia de su trabajo»¹⁰.

No obstante, aunque la jurisprudencia salvadoreña pueda desarrollarse positivamente, no es mucho lo que puede lograrse dado a que estos tribunales son todavía fácilmente mediatizados por el poder ejecutivo y en general sus magistrados todavía no tienen la independencia suficiente para dar saltos de calidad en ese sentido.

No tiene la Constitución una regla que reconozca la constitucionalidad por omisión por lo que el tribunal se encuentra muy debilitado y de producirse alguna resolución positiva, la sentencia será simplemente declarativa reconociendo la omisión y recomendando al legislador que la ley se promulgue pero después de esto es muy difícil seguir se requerirá, lo que dice Fernández segado, la participación de los destinatarios de la constitución, para que mediante sus acciones participativas puedan lograr el reto.

b) *La inconstitucionalidad por conexión*

En su estudio jurisprudencial, Molina Méndez ha encontrado lo que él llama inconstitucionalidad posconexión y nos remite a la sentencia:

«23-2201-11-XI-2003 el principio de congruencia circunscribe al Tribunal al conocimiento de la pretensión objeto de estudio, de la misma se desprende implícita o explícitamente la conexión que los pretensores realizan de la norma principal con otras “derivadas” o intrínsecamente vinculadas con la misma y que de hecho, constituyen

¹⁰ MOLINA MÉNDEZ, trabajo citado.

parte del objeto de control constituido por la norma atacada de inconstitucional, v. gr., un reglamento de aplicación o de ejecución».

Antes ya se había afirmado en la sentencia de inconstitucionalidad 27-99 del 6-IX-2001 que un tipo particular de decisión estimativa es la que abarca una inconstitucionalidad «derivada» o «conexa», según la cual ese Tribunal,

«como excepción al principio de congruencia, cuando llega a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, declara además cuáles son las otras disposiciones o cuerpos normativos cuya inconstitucionalidad se deriva como consecuencia de la decisión estimativa adoptada. Ello con la finalidad de no consentir que una disposición o cuerpo legal quede en vigor cuando otro, que constituye su necesario presupuesto o fundamento, se declara inconstitucional»¹¹.

c) *Sentencias interpretativas*

Los Tribunales Constitucionales, que comenzaron actuando como «legisladores en sentido negativo» han evolucionado a tal punto que desde hace tiempo han abandonado en gran medida tal función y se ha dado un paso más asumiendo tareas claramente positivas de creación de derecho, adoptando tipos de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones según los países: interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, entre otras.

En este sentido, esta Sala se ha pronunciado en los casos de interpretación conforme (sentencias interpretativas), v. gr., en las sentencias recaídas en los procesos de Inconstitucionalidad 15-96 del 14-II-97 (Ley de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado); 5-99 del 20-VII-99 (Ley del Consejo Nacional de la Judicatura) y 24-97 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz). Y sobre todo, en el caso que nos ocupa, en un tipo de sentencia que podría denominarse integrativa o basada en la interpretación sistemática, cuyo precedente lo encontramos en el proceso de Inconstitucionalidad 3-93 del 22-X-99 (Ley de Creación del Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria y Forestal).

En cuanto a la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, esta sentencia de la Sala, ha sido duramente criticada, especialmente por miembros de la Compañía de Jesús, que dirigen en El Salvador la prestigiosa Universidad José Simeón Cañas, que sufrió la muerte de seis sacerdotes, durante la llamada «ofensiva final» de la guerrilla en 1989. En

¹¹ *Ibid.*

opinión de quien esto escribe, magistrado de la Sala de lo Constitucional, en la época que se consideró constitucional esa ley de amnistía, la resolución está conforme con la Constitución de El Salvador, pues la Sala, consideró procedente la amnistía, por los delitos políticos y los comunes cometidos conexos con delitos políticos, sin que esta decisión la apartara de la Constitución. Los sectores han manifestado que esto favorece la impunidad de los que cometieron delitos de «lesa humanidad» durante la guerra; la Sala sostuvo que tales delitos se persiguen de conformidad a su propia doctrina y que no caben dentro de la categoría de derechos políticos y que en consecuencia son perseguibles y punibles; que si habrá persecución o no, no corresponde a la resolución que se pronunció, eso depende de factores que no son consecuencia de la sentencia.

d) *Efectos de las sentencias de inconstitucionalidad*

Las sentencias definitivas que recaen en los procesos de inconstitucionalidad, tienen estos efectos:

1. Expulsar del ordenamiento jurídico la norma viciada de inconstitucionalidad. El poder público ha sido respetuoso de estas resoluciones y la norma declarada inconstitucional, no vuelve a ser aplicada; no han corrido la misma suerte las normas que han sido inaplicadas, por la misma Sala, especialmente en los procesos de amparo, y unos precedentes de inaplicación de normas inconstitucionales, en resoluciones más recientes, se ha modificado la propia jurisprudencia de la Sala.
2. Las resoluciones proveídas que conozco tienen efecto hacia el futuro (*ex nunc*); se ha considerado que durante la vigencia de la norma inconstitucional pudieron haberse dado situaciones jurídicas ya consolidadas y la aplicación retroactiva generaría inseguridad jurídica.
3. Hasta ahora los creadores de la norma inconstitucional no han sido responsables de sus acciones u omisiones, el grado de cultura constitucional del Estado, no es suficiente para llegar a esta clase de evaluar la responsabilidad del poder público; probablemente habrían algunos casos de impunidad evidente.
4. Algunas resoluciones *in persiquendi litis* (sobreseimientos) son verdaderas sentencias definitivas que encubren normas inconstitucionales o que evitan entrar a conocer el fondo de la cuestión ; pero sus efectos son los mismos.
5. Las sentencias no anulan el cuerpo íntegro de la ley sino que la

norma específica cuya invalidez ha sido demandada; (principio de congruencia); tal ocurrió con la inconstitucionalidad de la ratificación de los Convenios de la OIT; sólo fue declarado inconstitucional el art. 2 del Convenio 87, pero en sus efectos todo el Convenio resultó anulado.

B) Sentencias en el proceso de Amparo. Efecto restitutorio

En el análisis de Molina Méndez encontramos: Este efecto implica volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio —retro trayéndose al momento de la violación— restableciendo al perjudicado en el pleno uso y goce de sus derechos violados y reparando el daño causado, efecto *ex tunc*, ocurre lo contrario de las sentencias de inconstitucionalidad.

El efecto normal y principal de la sentencia estimatoria es la restitución, la que debe entenderse en una forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo: en primer lugar, el restablecimiento del orden constitucional violado; y, en segundo lugar, la reparación del daño causado.

En nuestro país las sentencias estimatorias tienen efectos declarativos o de reconocimiento del derecho vulnerado y de condena que consiste en dejar sin efecto el acto reclamado y el restablecimiento al agraviado en el pleno goce del derecho conculcado¹².

a) *Restitución material*

La restitución material constituye la finalidad última que persigue cualquier persona que decide promover una demanda de amparo, pues dentro de la pretensión inserta en su demanda —en última instancia— el actor lo que pretende es que se repare el agravio que se le causó por parte de la autoridad demandada, «volviendo las cosas al estado en que se encontraban», es decir, dejando su situación jurídica propia de manera idéntica a como se tenía antes de ocurrir la violación constitucional.

b) *Restitución jurídico-patrimonial*

La SC afirmó —en la sentencia de amparo 431-98— que este supuesto de restitución jurídico-patrimonial se deriva del artículo 35 de la LPC y

¹² *Ibid.*

se diferencia del supuesto que señala el artículo 245 de la Constitución pues su procedencia no radica en la vulneración de uno u otro derecho constitucional en particular, sino más bien en la imposibilidad de restituir materialmente la situación jurídica precedente al acto reclamado, configurada, obviamente, a partir de la plena vigencia del derecho cuya conculcación fue declarada a través de la sentencia estimatoria de amparo.

c) *Daños y perjuicios*

Ante la imposibilidad de reparar materialmente al agraviado, procede entonces la opción de restituirlo jurídicamente. Como ya se dijo, cuando es imposible de realizar una restitución material del derecho vulnerado, la SC habilita al victorioso a que inicie un proceso civil declarativo por los daños y perjuicios (art. 960 Pr C.) —juicio civil ordinario de reclamación de daños y perjuicios— contra el responsable —personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado —art. 235 Cn.—, lo que genera la responsabilidad derivada de la infracción a la Constitución, un ejemplo concreto al respecto es la sentencia de amparo 431-98.

La sentencia de amparo por sí sola, no garantiza al amparado el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la lesión constitucional puesto que es considerada como un medio más de prueba, siendo así que, el amparado deberá probar fehacientemente —en sede ordinaria— mediante pruebas contundentes el daño sufrido, como si la sentencia de amparo al pronunciarse sobre la violación no hubiese constatado la existencia de dicho daño.

La valoración de los daños deberá seguir algunos criterios diferentes según la naturaleza del daño que se ha sufrido; así, por ejemplo:

- El daño emergente son los daños en que se incurre cuando hay un perjuicio. Estos daños no podrán considerarse al antojo del demandante, no basta que estos daños se prueben sino que debe quedar justificado que este se produjo (arts. 1427, 2067, 2080, 2082 CC); y
- El lucro cesante que será la ganancia dejada de percibir o la pérdida de ingresos que se dio cuando se produjo la lesión (Art. 1427, 2067, 2080 y 2082).

d) *Daño moral*

En cuanto a los daños morales este se tipifica como la lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de una persona que determina

dolor o sufrimiento en sus afecciones legítimas principalmente a los derechos y atributos de la personalidad.

El daño moral significa, entonces, el desmedro sufrido en los bienes extraeconómicos jurídicamente protegidos.

Visto lo anterior diremos que el daño moral no es un daño patrimonial, no obstante es posible su equiparación. Por lo mismo el daño moral debe de determinarse en función de la cuantía del daño patrimonial.

Este criterio es adoptado por las Cámaras de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en sus decisiones jurisdiccionales, esto lo confirma la sentencia 2-JO-C/E-02 proveída el 7 de julio de 2003 en la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro en la que establece el computo del resarcimiento de daños personales y morales.

En este caso se promovió juicio ordinario declarativo de daños y perjuicios, basado en la sentencia de amparo 303-99, acumulada a la 304-99 proveída por la Sala de lo Constitucional en la que se declaró la violación de los derechos constitucionales, causando daño de carácter patrimonial e indemnizable. Dicha Cámara condenó al Estado de El Salvador a pagar al señor José María Navidad Hernández la suma xxx de dinero.

e) *Efecto económico*

Asimismo, surge también un efecto económico ligado al pago de las costas que, en el caso del amparo se da cuando el funcionario no rinde el informe o falsea los datos. También cuando la sentencia deniega el amparo o cuando el actor no rinde la prueba sobre la existencia del acto reclamado —art. 31 No 4 PLRC— en donde se condena en costas, daños y perjuicios al demandante y al tercero que sucumbiere en sus pretensiones tal y como lo señala el art. 35 de dicha ley.

f) *Responsabilidad del demandado y del Estado*

En reiterada jurisprudencia la SC ha hecho hincapié acerca de los efectos de la sentencia de Amparo en relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos. Recuérdese que el art. 235 de la Cn., señala que estos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución.

Así, el daño es todo aquello que provoca en el ser humano un desmedro o deterioro, ya sea en sus bienes materiales o en su esencia corporal y moral, por lo mismo este daño debe de ser resarcido por aquel que lo cau-

só y para que produzca un efecto de resarcimiento es necesario que el daño sea personal y directo del que reclama la indemnización, ya que sin éste —el daño— no es posible determinar una responsabilidad civil ni contractual ni extra contractual.

g) *Daños personales*

Los daños patrimoniales o económicos, estos los sufre la persona perjudicada en su patrimonio. Se pueden evaluar económicamente, para que se de una indemnización deberá considerarse el quantum pero también deberá cumplir con algunas características como es que haya una persona titular del patrimonio y que sea posible traducir el daño en dinero:

- El daño emergente son los daños en que se incurre cuando hay un perjuicio. Estos daños no podrán considerarse al antojo del demandante, no basta que estos daños se prueben sino que debe quedar justificado que este se produjo (art. 1427, 2067, 2080, 2082 CC) y el lucro cesante que será la ganancia dejada de percibir o la pérdida de ingresos que se dio cuando se produjo la lesión (art. 1427, 2067, 2080 y 2082).

C) *Análisis crítico*

El proceso de Amparo en El Salvador, por razones que se han expuesto en este Ensayo, todavía no alcanza el carácter de institución clave y decisiva en la protección de los derechos fundamentales; es probable que la Sala, esté saturada por el hecho de que muchas acciones, no son más que meras inconformidades de las partes por las resoluciones que se produjeron en el sistema judicial; por mi experiencia como magistrado pude ver que los procesos de inquilinato, p.ej., llegaban a la sala, utilizada como tribunal de instancia.

Puede ocurrir que las partes no entiendan la finalidad del proceso de amparo, pues interponen sus demandas por violaciones a las leyes o procesos en los que actúan, aunque los agravios que reciben no tengan trascendencia constitucional y sean la normal consecuencia del evento incierto de la litis. La Sala, resuelve estos casos como de mera legalidad, y declara la improcedencia in límine, lo que también puede generar de parte de ésta, violación al derecho de acceso a la jurisdicción.

Los procesos pueden tener alguna explicación razonable en las pretensiones de amparo, que se derivan de actos u omisiones de las autoridades

administrativas del Estado; conociendo las formas que emplean estas autoridades y conociendo la cultura de arbitrariedad que los acompaña, me parece que los procesos iniciados por causa de las actuaciones de estas autoridades, tienen más posibilidades de éxito.

Las sentencias que favorecieron las pretensiones de los ciudadanos, presentan, en mi opinión dos deficiencias graves: 1. Sobrada indeterminación del fallo, de tal manera que las autoridades que la cumplirían, no lo hacen por considerar que no saben como cumplirlas. 2. La carta del victorioso, es un instrumento para iniciar nuevos procesos para ejecutar lo resuelto, especialmente cuando se trata de indemnizaciones en dinero. 3. La sentencia no resuelve nada sobre el comportamiento de las autoridades emisoras del hecho agravante; en materia de inconstitucionalidad es conocida la actitud de los diputados, al decidir a sabiendas de la inconstitucionalidad y manifestar que «eso lo resuelva la Corte».

Con este trabajo y el que apareció en el Anuario 11, los lectores, investigadores, estudiantes, tendrán una idea, tal como dije al principio, lo más cercana posible a la realidad constitucional de El Salvador.