

# LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

Por MARIO SOLANO\*

## SUMARIO

1. ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: BASE CONSTITUCIONAL.—2. JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR: A) La potestad jurisdiccional. B) Breves apuntes históricos.—3. FUNCIÓN JURISDICCIONAL: A) La configuración constitucional del Poder Judicial. B) Doctrina aplicable a la Jurisdicción Constitucional. C) Estructura orgánica de la Jurisdicción Constitucional. D) Estructura y organización de la Sala de lo Constitucional. E) La Sala como Tribunal Constitucional. F) ¿Es la Sala de lo Constitucional un Tribunal? G) Control concentrado o control difuso. H) La independencia y la imparcialidad. I) El Consejo Nacional de la Judicatura.—4. EL PROCESO DEMOCRÁTICO Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—5. DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR.—6. ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—7. ESTADO DE DERECHO Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.—8. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES: INTRODUCCIÓN.—9. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.—10. PROCESO DE AMPARO: A) Introducción. B) Principios aplicables: a) *Subsidiariedad*. b) *Especialidad*. c) *Medida cautelar*. d) *De las sentencias y sus efectos*. e) *Inadmisibilidad e improcedencia*. f) *Sobreseimiento*. g) *Sentencia definitiva*. h) *Proceso de "habeas corpus"*. i) *Efectos de la sentencia*.

## ABSTRACT

All inhabitants of El Salvador can apply to the constitutional court in defence of their fundamental rights. However, this access is restricted to Salvadorian nationals when lodging a suit against the unconstitutionality of a law. Another unique aspect of the constitutional jurisdiction in El Salvador is the recognition of concentrated and diffuse control, albeit with nuances. For example, while the ruling declaring a regulation to be

---

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

unconstitutional will become part of constitutional law, the unconstitutional regulation is not deemed null and void but annulable. This article analyses certain general questions and also some particular issues relating to unconstitutionality proceedings, the proceedings within «amparo» appeals and habeas corpus proceedings. Some significant examples of jurisprudence are given by way of illustration.

*Key words:* Constitutional justice, unconstitutionality proceedings, «amparo» proceedings, habeas corpus.

## RESUMEN

En El Salvador cualquier habitante tiene acceso a la Jurisdicción constitucional en defensa de sus derechos fundamentales. Ahora bien, en caso de demanda de inconstitucionalidad de ley el acceso queda restringido a los ciudadanos salvadoreños. Otra singularidad de la Jurisdicción constitucional en El Salvador es el reconocimiento del control concentrado y el control difuso, si bien con matices. Por ejemplo, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, tendrá valor constitutivo, la norma inconstitucional no es nula sino anulable. En el presente estudio se analizan ciertas cuestiones generales, pero también algunas particularidades relacionadas con el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de amparo y el proceso de hábeas corpus, y se muestran algunos ejemplos jurisprudenciales significativos.

*Palabras clave:* Justicia constitucional, proceso de inconstitucionalidad, proceso de amparo, hábeas corpus.

### 1. ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: BASE CONSTITUCIONAL

Tienen acceso a la jurisdicción constitucional, todos los habitantes de la República, si la demanda es por violación a uno o más derechos constitucionales, pero si la demanda es de inconstitucionalidad de las leyes, el acceso está reservado a los ciudadanos Salvadoreños. El art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante L.Pr.Cn.), dice: «Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la constitución»; el art. 4 (L. Pr. Cn.), dice: «Cuando la violación del derecho consista en la restricción ilegal de la libertad individual, cometida por cualquier autoridad o individuo, la persona agraviada tiene derecho al «Hábeas Corpus» ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital (Las Cámaras)».

Estas disposiciones tienen fundamento en lo dispuesto en el art. 247 de la Constitución (en adelante Cn.), de igual redacción. En materia de inconstitucionalidad de las leyes el art. 183 Cn., establece la exclusividad para la Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y re-

solver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas corpus, las controversias entre el Organo Legislativo y el Organo Ejecutivo a que se refiere el art. 138 Cn. (en caso de Veto presidencial por supuesta inconstitucionalidad de un decreto legislativo y la superación de éste, por resolución con 56 votos, de 84, tomada por la Asamblea Legislativa), el art. 174 Cn., crea el Organo y su competencia en materia constitucional, es decir la Jurisdicción Constitucional.

No obstante el carácter de jurisdicción concentrada que revela la disposición citada, en El Salvador se reconoce la competencia de otras instancias para resolver determinados eventos violatorios de la constitución, tal ocurre con las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, que pueden conocer de «hábeas corpus» y la competencia general de todos los tribunales de la República, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, para que puedan inaplicar leyes o disposiciones de los otros Organos del Estado, contrarias a los preceptos constitucionales (art. 185 Cn.).

Esta situación de aceptar tanto el control concentrado como el control difuso, nos coloca en una tendencia mixta del control de la constitucionalidad (control mixto); aunque conviene adelantar que los efectos del art. 185 Cn., son únicamente para el caso particular y concreto que un tribunal conoce y no el efecto «erga omnes» que tiene el fallo de la Sala de lo Constitucional, cuando resuelve un caso de inconstitucionalidad, que lo es de un modo «general y obligatorio» (art. 183 Cn.).

## 2. JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

### A) La potestad jurisdiccional

El art 172 Cn., habla de potestad de juzgar y hacer lo juzgado, lo que está indicando que se trata de una función soberana, que no puede ser compartida y que de este modo, el poder judicial tiene que ser independiente de las otras estructuras de poder. Sólo por habersele asignado como potestad soberana es que se puede asegurar la independencia judicial. La realidad de esta doctrina constitucional, empieza a concretarse a partir de las reformas constitucionales de 1991, como consecuencia de los Acuerdos de Paz, realidad que no sólo puede verse de éste órgano en relación a los otros, sino en todos los tribunales de la República y la máxima jerarquía que es la Corte Suprema de Justicia.

Es cierto que debe haber mucho compromiso, para el mejoramiento del sistema judicial, que todavía no genera la confianza que los ciudadanos deben de tener para que sus derechos estén debidamente garantizados,

es preciso, que la corrupción que todavía es motivo de queja, sea destruida del sistema, que el tráfico de influencias, los prejuicios, las amenazas, etc.; ya no constituyan los obstáculos que impiden que el sistema judicial sea garante de justicia, seguridad jurídica, imparcialidad, independencia y demás valores que por ahora, no han mejorados sustancialmente para beneficio de la sociedad salvadoreña.

## B) Breves apuntes históricos

El Constitucionalismo Salvadoreño registra, en materia de jurisdicción constitucional, cuatro grandes momentos a saber: 1) en la Constitución de 1841, (art. 83) aparece la garantía del «hábeas corpus» con la misma finalidad con que se creó originalmente en otras legislaciones, conservándose hasta el momento, con importantes innovaciones como veremos más adelante; 2) el recurso de amparo que aparece en la Constitución liberal de 1886 (art. 37), que servía al ciudadano para reclamar el respeto a sus derechos Constitucionales; esta Constitución se nutre de todas las ideas individualistas y liberales de la época y proclama que El Salvador, reconoce derechos anteriores y superiores (ius naturalismo) al derecho positivo; 3) en la Constitución de 1950, destacada por reconocer, además, un régimen de derechos sociales, propio de un Estado Social de Derecho (Constitucionalismo Social), actualmente aplastado por el modelo neoliberal que privilegia la economía de mercado regida por la ley de la oferta y la demanda, lo cual no es censurable en sí mismo, sino por su carácter deshumanizado y perjudicial para la población más vulnerable, económicamente considerada; pues bien esta Constitución introduce el recurso de inconstitucionalidad, por el cual todo ciudadano puede pedir que así se declare, toda ley o decreto contrarios a la Constitución; y, 4) La Constitución de 1983 que crea la Sala de lo Constitucional, como Tribunal de esa materia, ejerciendo esa jurisdicción, pero como una Sala de la Corte Suprema de Justicia.

Tenemos una Justicia Constitucional en desarrollo conforme lo permite el avance del sistema democrático de El Salvador, pero también dando nuestro aporte a veces en contra de las resistencias que todavía existen en contra de ese proceso, asumiendo los riesgos que eso significa; en circunstancias como las nuestras se exige mucha prudencia en los fallos y mucho equilibrio en el ejercicio del poder. La Justicia Constitucional no es privativa de la Sala de lo Constitucional, todos los tribunales están llamados a velar por que se administre y se cumpla; pero en términos de Jurisdicción Constitucional, hago esa reserva para la Sala respectiva, que conoce y resuelve mediante procedimientos propios, casos específicos de Justicia Constitucional. (Vid. Rodolfo Pizza Escalante, en su ponencia presentada

en la Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, celebrado en Lisboa, Portugal. Separata del boletín: *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, Portugal, 1997. Es importante agregar que el presente estudio es, fundamentalmente, la ponencia —actualizada 2005— que me fue encomendada por la Sala de lo Constitucional de mi país, para ser presentada en la III Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, celebrada en Guatemala, República de Guatemala, en noviembre de 1999).

### 3. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

#### A) La configuración constitucional del Poder Judicial

La responsabilidad de impartir justicia conforme a la Constitución y a las leyes, es la función propia del poder Judicial. Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como las otras que determine la ley (art. 172 Cn.). Cuando dice la potestad de juzgar, se refiere a la potestad o poder soberano, en el marco de la separación de poderes. La razón de esta confirmación constitucional, en cuanto al poder jurisdiccional, es por la tendencia que hay en los países latinoamericano de considerar que este poder es débil, y que se encuentra en relación de dependencia de los otros dos.

Hasta antes de los Acuerdos de Paz, en El Salvador, esta relación de dependencia era más que obvia, no solamente de los otros dos poderes, sino de cuanta estructura de poder estuviera organizada en el país: militares, empresarios, capitalistas, hacendados, finqueros, etc. se daban el lujo de ordenarle al sistema judicial, qué y cómo hacer la justicia, para ello contaban con un poder judicial, obediente, ignorante, sumiso, complaciente y con la disposición para cumplir con lo ordenado. La reforma constitucional de 1991, introduce algunos cambios que podrían estar generando algunas posibilidades de transformación en este órgano del estado.

Magistrado de la Sala de lo Constitucional, que fui por nueve años, de 1994 a 2003, comprometido con el espíritu de la reforma constitucional, quise trabajar en línea de un cambio. Tanto la independencia económica, con el seis por ciento de los ingresos corrientes del Estado, como la toma de conciencia para construir la independencia judicial, la libre expresión de los jueces, la capacitación judicial, la aplicación de la carrera judicial, etc., son pasos iniciales en la ruta del cambio estratégico y esencial de la justicia, pero debo advertir que lo hecho o logrado no corresponde todavía, a lo necesario, menos a lo suficiente.

Decir que la justicia, es ya entre nosotros, el soporte básico para la convivencia social armoniosa, para el imperio de la constitucionalidad, para garantizar el acceso a la jurisdicción, como garantía del debido proceso, y en general del cumplimiento de los derechos fundamentales, presupuestos para una sociedad pluralista, participativa y democrática, afirmar todo eso, sería una falsedad que no debo suscribir; traté de estar en la línea consecuente, para avanzar a estadios superiores en esas materias y muchos votos razonados, (algunos aparecen en este estudio) son muestra palpable, a veces no sólo de inconformidad en la interpretación del derecho, sino en el compromiso con una estilo de impartir justicia.

No existe en la actualidad en las sociedades democráticas, un mejor mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales, que una jurisdicción constitucional, integrada por organismos especializados e independientes que tienen bajo su responsabilidad atender las quejas de los ciudadanos, cuando sus derechos fundamentales han sido violentados por las autoridades o por otras estructuras de poder; para la defensa de la libertad, los estados han mantenido el recurso de hábeas corpus o exhibición personal, para conocer y resolver específicamente sobre los casos de detenciones arbitrarias y para garantizar el respeto a la integridad física y moral de la persona humana. El recurso de inconstitucionalidad de las leyes, permite la acción ciudadana, una de las últimas expresiones de la soberanía popular, al tener los ciudadanos acción para pedir que las leyes inconstitucionales sean expulsadas del sistema; en algunos estados existen tribunales constitucionales, independientes del sistema judicial ordinarios, otros, como el nuestro mantiene una Sala de lo constitucional, dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia.

## B) Doctrina aplicable a la Jurisdicción Constitucional

A la Jurisdicción constitucional en El Salvador, le corresponde la atribución de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, reside en primer término, en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; en materia de inconstitucionalidad de las leyes, amparo constitucional y exhibición personal;(hábeas corpus); en las Cámaras de Segunda Instancia, en los casos de exhibición personal y a todos los tribunales de la República, en los casos de inaplicación de las leyes por causa de inconstitucionalidad; existe, pues, un tribunal especial que, en forma concentrada tiene competencia en materia constitucional y los otros tribunales, que conocen en la forma anotada; la Sala, actuaría como un organismo de control concentrado; los otros tribunales, harían un control difuso, por lo que el sistema salvadoreño tal como se ha dicho, podría

ser calificado como un sistema mixto que es la tendencia mayoritaria en América Latina.

Para comprender la existencia de la jurisdicción constitucional y en ésta el control constitucional, ya sea concentrado o difuso, debe partirse de un doble carácter que acompaña a las Constituciones. Como afirma Manuel Aragón Reyes, ensayando una distinción entre el contenido de la Constitución, estructura orgánica más derechos fundamentales (supremacía) y la garantía jurídica de esa estructura (supralegalidad) que se evidencia en un procedimiento agravado para su reforma, en tal sentido, dice «la Constitución tiene supremacía política y supremacía legal; es decir que tiene supremacía y supra legalidad».

Por el primer carácter la Constitución es una racionalización del poder o poderes existentes en la sociedad, representa la suma de los factores reales de poder que actúan en la sociedad (Lassalle). «El establecimiento de una Constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de estado congruente con ese orden que se considera modélico, o al menos preferible... la garantía jurídica de ese orden es la supralegalidad».

La Constitución, es también norma, pero es la superior de todas las normas y constituye el punto de referencia para la validez de todo el orden jurídico y del resto de pautas normativas que se observan en la sociedad. Lo anterior constituye uno de los aportes que impactan al constitucionalismo moderno y procede del constitucionalismo norteamericano: «La Constitución o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios o está equiparada a los actos legislativos ordinarios, y al igual que otras leyes es alterable a discreción de la legislatura. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las constituciones escritas, son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado».

«La ley que repugna a la Constitución es nula», expresión que caracteriza la doctrina derivada de la famosa sentencia del Juez Marshall, en el caso *Mádison & Marbury*; significa lo anterior que todas las normas estatales deben estar conformes a los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución (art 246 de la Constitución de El Salvador). El Juez Marshall, parte de un razonamiento elemental: «Cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple, o se aplica la ley, en cuyo caso inaplica la Constitución; o se aplica la Constitución y en consecuencia, se inaplica la ley».

«De este principio y de lo dispuesto en el art. VI de la mencionada Carta Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con el cual, dicha Constitución, las leyes del Congreso Federal que emanen de ella y los tratados

internacionales aprobados por el Senado, serán Ley Suprema de la Unión, y además, que los jueces de los Estados están obligados a preferir dicha Constitución, leyes y tratados, sobre las constituciones y leyes de sus respectivos Estados, surgió el principio de la “judicial review”, que consiste en la desaplicación de esas leyes cuando se consideran contrarias a la Carta Federal». Este mandato ha sido retomado en el constitucionalismo latinoamericano y en la Constitución de El Salvador, se consagra en el art. 185, que dice: «Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales»; esto corresponde al sistema americano, por el cual los jueces están autorizados y obligados a resolver cuestiones de inconstitucionalidad, denominándose a este sistema control difuso.

### C) Estructura orgánica de la Jurisdicción Constitucional

La Constitución fija las reglas para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siendo los requisitos idénticos para todos; son electos de dos listas que se forman así: Una, que resulta del voto directo, igualitario y secreto, de los abogados; otra, de una selección, que hace el Consejo Nacional de la Judicatura; Ambas, son vinculantes para la Asamblea Legislativa, que deberá seleccionar, cada tres años, cinco magistrados propietarios y cinco suplentes; es potestativo de la Asamblea, tomar en cuenta candidatos de ambas ternas o sólo de una; los magistrados de la Sala de lo Constitucional, son designados con nombre y apellido; los magistrados de las otras Salas, son electos, sin nominación específica y posteriormente la corte Plena, los ubicará en la Sala correspondiente; uno de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, es Presidente de la Sala, de la Corte y del Órgano Judicial.

Aunque la Constitución ha previsto la reelección de los magistrados, hasta el momento no se ha producido ninguna; algunos han corrido por su «reelección», ubicándose en la lista ya de los abogados, ya del Consejo; ninguno ha logrado su objetivo. En mi opinión la verdadera reelección, se daría, mediante elección directa de la Asamblea, sin recurrir a las listas mencionadas, sería un acto soberano, si consideran que un magistrado merece ser reelecto. Si un magistrado que termina su período, se inscribe en las listas ya referidas y es electo, en mi opinión, no hay reelección, sino elección por segunda vez; o sea que ha seguido el camino que la ley establece para los que se quieren elegir; los que deben ser reelectos, lo son sin necesidad de correr por la elección.; es más. Correr por una segunda elección, denota oportunismo y debilidad de carácter, pues la reelección no debe ser buscada o someterse a una contienda para

lograrla, la reelección debe ser espontánea por el Órgano que puede hacerlo.

#### D) Estructura y organización de la Sala de lo Constitucional

Al no existir reglas para el orden, ejecución y despacho de los asuntos de que conoce la Sala, se recurre a la sabia dirección del Presidente, que por lo general delega la tramitación de los expedientes, en uno o más magistrados; la práctica, que pude ver, es de resultados nefastos y tristes experiencias, pues dado el volumen de compromisos del Presidente, éste por lo general delega todo en el magistrado que le sigue en la precedencia; éste se convierte en el poder detrás del trono, con las consecuencias que debemos imaginar, dada la delicadeza de los asuntos que se conocen.

Concientes o no, los presidentes, que he visto actuar hacen una de éstas dos cosas: 1) asumen y concentran el poder total, lo que los convierte en dictadores del Órgano Judicial, o 2) abrumados por las crecientes responsabilidades de este Órgano del Estado, delegan en el siguiente o en otro magistrado y le trasladan las responsabilidades y el poder. Esto es gravísimo, pues esto conduce a manipulaciones indebidas, a la demora en resolver y a la baja calidad de las resoluciones, formándose una cadena de males que van surgiendo tales como los vicios del proceso, el tráfico de influencias, los tratamientos injustos, los actos de corrupción, las denegatorias de acceso a la jurisdicción, etc. En mi opinión una nueva Ley Procesal Constitucional, (proyecto a consideración de la Asamblea Legislativa, abril de 2005) debe regular estas importantes materias, todo con el objeto de que el tribunal constitucional, no pierda credibilidad, que genere confianza, que produzca seguridad jurídica, etc.

#### E) La Sala como Tribunal Constitucional

La discusión de que si los tribunales constitucionales, son verdaderos tribunales, es decir si ejercen jurisdicción y en consecuencia se vinculan a todo el ordenamiento jurídico y resuelven apegados a las leyes o para decirlo con lenguaje forense, si resuelven apegados a derecho. Otro tema que tiene que ver con la Sala, es su ubicación en el seno de la Corte Suprema de Justicia, y si esto es necesario o si por el contrario, debería reformarse la Constitución con el propósito de crear el Tribunal Constitucional, con una estructura organizativa y financiera independiente de la Corte Suprema de Justicia; se ha cuestionado, si existe una subordinación de la Sala a la Corte, pues siendo este tribunal supremo se supone que la Sala, estaría en segundo plano; sin embargo como la Sala, puede inclusi-

ve conocer en amparo constitucional, resoluciones de la misma Corte Suprema, se ha considerado que la Sala, está por encima de la Corte. Orgánica y administrativamente, la Sala, está subordinada a la Corte, pero constitucionalmente, la Sala, tiene superioridad. Los problemas apuntados podrían resolverse con la reforma constitucional, y en otros casos con dar una Ley Procesal Constitucional,, que actualice estos temas.

F) ¿Es la Sala de lo Constitucional un Tribunal?

Tribunal es un organismo que ejerce jurisdicción, está autorizado para impartir justicia conforme a las leyes, en el marco de una competencia, ya sea por razón de la materia, del territorio, de la cuantía, etc., sigue los marcos que la jurisprudencia y la doctrina, han asignado a un organismo de esta naturaleza; cabe decir que jurisdicción y competencia, tienen reserva de ley. Un tribunal aplica una norma previa a hechos concretos. ¿Hace esto la Sala de lo Constitucional, en los casos de inconstitucionalidad de las leyes?. García de Enterría, citando a Kelsen, manifiesta que un «tribunal constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas. En el juicio de amparo constitucional, se supera el hecho del simple cuestionamiento abstracto de normas, porque ya existe un sujeto de derechos y otro de deberes, o sea que hay derechos subjetivos, sobre los cuales resolver, el tribunal constitucional actúa únicamente en la determinación del derecho, pero la ejecución de la sentencia, sigue reservada a los tribunales comunes.

Sin embargo, es el primero de los argumentos, en caso de inconstitucionalidad, que se niega la calidad de tribunales a los organismos estatales, que actúan en el caso de la incompatibilidad de las leyes por razones de inconstitucionalidad y en el amparo. En los juicios de amparo, cambia el argumento ya que no se trata de la determinación de normas igualmente abstractas, sino que ya es en la etapa de ejecutoria de la sentencia que corresponde a otros tribunales y no al tribunal constitucional

Afirma García de Enterría, que una interpretación como la anterior, lo refiere al caso de la inconstitucionalidad, «es para evitar que las normas legales sean abrogadas directamente por los jueces, que según el modelo norteamericano es de control difuso y cualquier juez puede declarar la incompatibilidad de las normas y eso traería como consecuencia un gobierno de los jueces tan nefasto como un gobierno de asamblea y que Europa quiso evitar por las circunstancias propias de la preguerra mundial»

Siendo así las cosas, el tribunal constitucional no lo es desde el punto de vista jurídico, sino que en la teoría de Kelsen, citado por Enterría, se

trata de un colegislador, el tribunal constitucional, es un legislador, su acto es más político que jurídico, es un órgano que abroga las leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que explica el efecto *erga omnes* de las sentencias anulatorias, y es porque tiene fuerza legislativa. El tribunal constitucional, es un legislador sólo que un legislador negativo. «El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador negativo, que elimina aquellas normas que son incompatibles con la superior norma constitucional».

Esta teoría influyó en los tribunales constitucionales de la primera post guerra (Austria España 1931); también en la segunda post guerra, pero ahora con matices diferentes, pues los efectos de un legislador abusivo, que anula todo lo que había logrado el estado de derecho, un legislador, que llevó al mundo a un sacrificio de millones de personas, obligaría a sacar de su control, la validez de las leyes y pasarlo a verdaderos tribunales que en forma independiente determinarían la constitucionalidad de las leyes. Pero no se adopta el modelo kelseniano del legislador negativo, que declara la inconstitucionalidad *ex nunc; nunca ex tunc*, porque entonces perdería la calidad de legislador negativo; adopta el modelo norteamericano de tribunal jurisdiccional, carácter que aquel modelo niega.

¿Por qué surge esta teoría? Este sistema contrarresta la pretensión judicial que en algún momento existió del gobierno de los jueces que proclamó que en algunos casos los jueces podrían resolver sin observar la ley, así ocurrió en Alemania, Francia y Estados Unidos. El sistema de Kelsen pretende someter a todos los jueces a los mandatos de la ley; y un tribunal especial, actuando como legislador negativo, que anula los efectos de la ley, pero reconoce el valor de la ley en el tiempo pasado.; sus resoluciones son para el futuro (*ex nunc*); pero si es inconveniente el gobierno de los jueces, también lo es el gobierno de Asamblea, por lo que es necesario volver a la idea del tribunal con carácter jurisdiccional, (no sólo como legislador negativo, que es contrario a la separación de poderes) tal como era y es en Estados Unidos de América, pero no para todos los tribunales (control difuso) sino un órgano especializado (control concentrado.); pero considerando la tesis norteamericana de la supremacía constitucional.

#### G) Control concentrado o control difuso

La Constitución puede autorizar a algún órgano o algunos órganos distintos del legislativo, a controlar la constitucionalidad de las leyes. Kelsen, describe tres formas: a) Otorgando competencia a algún órgano de aplicación (a los jueces y tribunales), para apreciar la concordancia de

las normas con rango de ley, con la Constitución y no aplicarla, en los casos que él examina si esa concordancia no se da; es lo que se llama control difuso. b) Otorgando competencia a un tribunal especial para controlar las normas creadas de forma irregular y la expulse del ordenamiento jurídico; es lo que se conoce como control concentrado de constitucionalidad; actuando el tribunal como legislador negativo c) Atribuyendo responsabilidad personal (sanción) al órgano que crea normas en forma irregular.

En el caso de El Salvador, puede ser uno de los delitos contra la Constitución. (art. 244), aunque no está dicho expresamente. La sentencia, que establece o declara la inconstitucionalidad, tiene valor constitutivo, es hasta en ese momento que la norma impugnada tiene el carácter inconstitucional; la norma inconstitucional, es anulable, no es nula.; por tal razón la sentencia pronunciada es constitutiva, porque su anulación tiene el mismo sentido de su creación.; se crea una situación jurídica inexistente.

#### H) La independencia y la imparcialidad

Además de la transformación que se produce con los Acuerdos de Paz, en el orden de los compromisos de los ciudadanos que a partir de entonces, se incorporaron al sistema judicial, se ha requerido de otros apoyos para crear la conciencia y la necesidad de lo importante que es la independencia judicial. En ese sentido puede afirmarse categóricamente:

1. La independencia judicial, en El Salvador, ha sido posible por el hecho de que constitucionalmente el sistema judicial, recibe, para no tener que doblegarse ante los otros órganos del Estado, el seis por ciento de los ingresos corrientes. No puede recibir menos.
2. Existe una Ley de la Carrera Judicial, que asegura a los jueces, las condiciones para una vida digna, especialmente asegurándoles un salario justo y otras prestaciones, además de un sistema escalafonario de promociones y ascensos. de jueces y magistrados.
3. Los nombramientos de jueces y magistrados, se hace mediante la intervención de un organismo independiente, el Consejo Nacional de la Judicatura, que tiene por funciones principales, la capacitación judicial, la evaluación de los jueces y la selección de los mismos para ser propuestos a la Corte Suprema de Justicia; todavía se resiente la falta de coordinación entre ambas instituciones, en las que se ha visto, lamentablemente, una lucha cerrada por cuotas de poder, que no ha hecho posible obtener los mejores rendimientos de las instituciones.

4. La Constitución establece, en su artículo 186, que la Ley debe asegurar a los jueces que puedan ejercer sus funciones con toda libertad y sin influencia alguna de los asuntos que conocen, También esto pasa todavía por una etapa crítica que debe ser superada para lograr el desarrollo del sistema judicial.

#### I) El Consejo Nacional de la Judicatura

El art. 187, establece que esta institución, es independiente de los otros órganos y de la Corte Suprema de Justicia, para que pueda desempeñar una triple función de máxima importancia, como es la capacitación, evaluación y selección de los jueces que ingresarán a la planta judicial o que serán promovidos para hacer efectiva la Carrera Judicial. Le corresponde la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto es el mejoramiento en la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales. Estas funciones tan importantes que corresponden a este organismo, estarían esperando una actitud más positiva y más técnica, pero hasta ahora se ha visto una disputa dañina, con la Corte Suprema de Justicia, por controlar la Carrera Judicial, que no ha permitido el crecimiento de este Consejo.

#### 4. EL PROCESO DEMOCRÁTICO Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No es posible separar la protección de los derechos fundamentales, de los cambios que se han venido produciendo en los países iberoamericanos en el último cuarto de siglo, cambios que se han impulsado como parte de los procesos de democratización, que a su vez se producen por causas históricas, políticas, económicas, sociales, etc.

Cada país tiene en esto su propia historia y su propia drama. Nada de lo que los sistemas constitucionales reconocen ha sido otorgado o dado gratuitamente. Lo que ahora abordamos académicamente, ha sido escrito en la lucha diaria de los pueblos, con enormes cuotas de sangre, de lágrimas y de muertos; el mejor homenaje que podemos hacer a sus protagonistas, es ofrecer nuestro aporte jurídico, para su perfeccionamiento y realizaciones.

Crear que la tarea está terminada o que no está en peligro, sería un grave error; primero debemos reconocer que grandes segmentos de la población, no tienen acceso a la Jurisdicción, especialmente aquella población que por su situación económica y social son mas vulnerables; es oportuno recordar que los llamados «derechos sociales» todavía son programas tibios de los gobiernos y que sólo las acciones reivindicativas de

las masas laborales, pueden rescatar algunas prestaciones sociales y económicas; en cuanto a los derechos individuales, en los que la obligación del estado consiste en un deber de abstención, hay todavía resistencias no solo de las autoridades, sino también de grupos de poder que, con sus acciones u omisiones, pueden ser tan perjudiciales, como los remanentes de los modelos autocráticos que aún se conservan. Frente a esto la justicia constitucional, aún carece de proyectos firmes, coherentes y además consecuentes y comprometidos.

Muchas acciones de tutela introducidas e impulsadas en la jurisdicción constitucional no prosperan por falta de asistencia letrada gratuita, o por una legislación atrasada y sin aperturas o bien por el exagerado formalismo que todavía impregna a los operados del sistema; esto es muy atentatorio para la paz social, pues la marginación puede orientar a los habitantes a reclamaciones violentas, en los que el derecho pierde prestigio y credibilidad; o bien que —como parece están ocurriendo en algunos países— las instituciones ortodoxas entren en un proceso de deslegitimación y encuentren que un regreso al autoritarismo populista, puede ser el cauce obligado de una presión social desbordada, que no encontró respuesta en los esquemas formales de la democracia representativa.

## 5. DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

En el libro «Justicia para una sociedad nueva», publicado por la Corte Suprema de Justicia, se expone como la Democracia y la Justicia, se desarrollarían a partir de 1994, año en que surge la nueva Corte Suprema de Justicia, producto de los Acuerdos de Paz de 1992; los siguientes pasajes del preámbulo de dicho libro, recoger esas ideas:

«El modelo agro-exportador de tipo dependiente, como lo define Marcos Kaplan, entra en crisis, no de un modo espontáneo, sino debido a la interacción de distintas fuerzas sociales que se enfrentan a los poderes constituidos, y que vienen conformando un nuevo estamento de poder, estructurándose como un nuevo factor real de poder en afirmación de Fernando Lassalle. Estas distintas fuerzas sociales tienen un elemento común: su marginación económica, política, social y cultural, produciéndose así una agudización de las contradicciones sociales, al no darse el cambio que había previsto el estado burgués, al introducir los correctivos económicos y sociales que supone el estado social de derecho, que vino caracterizando al Estado burgués a partir del Manifiesto Comunista, la conformación de la Social Democracia y la nueva Doctrina Social de la Iglesia».

«El Estado liberal que se había limitado a salvaguardar las relaciones de propiedad y las relaciones recíprocas entre los agentes

económicos, se vio precisado, exigido, frente al problema político que le generaba la masa proletaria urbana, a introducir cambios que la estabilidad del sistema demandaba». Estas medidas de coexistencia fueron ignoradas en América Latina y en tal circunstancia es que debe examinarse y aplicarse la realidad del conflicto y su situación actual.

La crisis de que hablamos, es la crisis como trance determinativo, no es un juicio de valor, sino que es una etapa a la que la dinámica social, empuja a los modelos prevalecientes; en el presente caso entendemos que la crisis es un suceso histórico que hace posible el cambio.

De 1979 hasta llegar a los Acuerdos de Paz, se agudizan las contradicciones sociales que se manifiestan en una serie de sucesos que tienen matizaciones de carácter económico, político, cultural, militar, etc. La situación del país se vuelve muy violenta, la desobediencia social es un hecho, la rebelión se advierte, un modelo contrainsurgente, se mantiene a base de muchos costos, el único resultado previsible era el caos total; sin embargo, hay todavía espacio para las salidas racionales y la sensatez se impone en ambas partes, produciéndose el proceso de diálogo y negociación que culmina con los Acuerdos de Paz, que luego en algunas de sus partes, dejará establecido el lugar para los cambios que se producirán en el Sistema Judicial y que será analizado en el marco de este ensayo, en los límites de los contenidos y la naturaleza del mismo.

Entre otras cosas, los Acuerdos han venido conformando una nueva cultura jurídico constitucional, que tiene su mejor expresión en el proceso de reformas constitucionales, y en ellas las reformas que tienen que ver con el sistema judicial, además de haber creado el hábito o uso, de instrumentar la figura del Constituyente Permanente, consagrado en el art. 248, Cn. por medio del cual se puede reformar la Constitución, sin derogarla y sin recurrir a las vías de hecho que caracterizaron las reformas constitucionales durante toda la historia de vida independiente. «El momento actual nos está exigiendo una disposición sostenida para ensayar una agenda de contenidos específicos, en un intento de cambiar lo ilusorio y abstracto, por medidas de mayor pragmatismo que se adapten a las necesidades del momento. Es una agenda que representa, muchos desafíos y que nos impulsa a acciones poco usuales. Después de dos años de tanteos, en que hasta cierto punto pudimos caer en momentos de desgaste, hemos tenido la prudencia de actuar con alguna medida en la introducción de los cambios que el Órgano Judicial requiere, pero tal actitud no debe ser interpretada como inercia frente al cambio, del que muy frecuentemente se acusa a la justicia».

En atención a lo anteriormente expuesto, podemos formularnos estos cuestionamientos:

1. ¿Podemos resolver el problema de la lentitud, la corrupción y el favoritismo?
2. ¿Puede desarrollarse la Justicia Constitucional para proteger los derechos humanos y el estado de derecho?
3. ¿Podremos colocar adecuadamente al Organo Judicial en el contexto de la globalización?
4. ¿Podrá la justicia salvadoreña tomar un papel protagónico que sustituya al liderazgo que aceleradamente pierden los dirigentes políticos?
5. ¿Por el contrario permanecerá el Organo Judicial sometido a las formas autoritarias que aun se mantienen en algunos niveles del estado?

## 6. ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El Estado de Derecho es una versión del Estado moderno, ya que se inserta en sus presupuestos orgánicos; sin embargo su compromiso con la libertad del hombre, le han permitido alcanzar un perfil propio en lo político y jurídico. Por lo menos tres revoluciones fueron necesarias para que se transformara el estado; ha surgido una nueva clase social, la burguesía; una nueva concepción del derecho, el ius naturalismo, reivindica la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado. La revolución estampó un principio capital en materia de derechos humanos, el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 que dice: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes carece de Constitución», lo que expresado en términos jurídicos y políticos, significa que tal sociedad no constituye Estado de Derecho. En consecuencia esta concepción del Estado tiene como presupuesto los derechos humanos y como mecanismo para su garantía real, la separación de poderes.

Supone el ascenso o toma del poder de una clase social, la burguesía, el triunfo de ésta sobre el poder omnímodo de los reyes; se origina en Inglaterra, con el «Agreement of the people», entre, otros; luego en Francia cuyo lema «no hay mas autoridad que la ley»; y con la independencia de los Estados Unidos de América, que busca un «gobierno de leyes más que de hombres». Significa que frente al estado burocrático, autoritario, absolutista, se erige un estado respetuoso de la ley, garante de la libertad, del despliegue vital de cada quien en el marco de un orden jurídico.

Un estado concebido de este modo tiene en su base el principio de legalidad como expresión de la voluntad general y la separación de poderes, en el sentido de equilibrio de éstos, evitando los intentos desmesurados de un poder ante el otro, impidiéndose las determinaciones arbitrarias

(Montesquieu). «En el Libro XI del Espíritu de las Leyes, Montesquieu ha dicho que «el peor enemigo de la libertad es el poder y nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él».

«En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil... se llama a este último poder judicial y al otro poder ejecutivo del Estado... cuando el poder legislativo y ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo no hay libertad... no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo».

El Estado de Derecho no supone la imposibilidad de la arbitrariedad, pues ésta puede darse potencial o actualmente, pero merced a la autolimitación jurídica, los individuos, y sus grupos, y aún determinados órganos del Estado (tribunales constitucionales, por ejemplo, u otros entes) pueden subsanar mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, la consecuencia de la arbitrariedad, anulando por defecto o vicio jurídicos contrarios a la legalidad, los actos jurídicos lesivos de ésta y, en definitiva, de los derechos y libertades afectados y de la regularidad jurídica.

## 7. ESTADO DE DERECHO Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En el Estado Democrático de Derecho, la Constitución es el marco de referencia para el ejercicio del poder público; mantiene el esquema del estado «burgues» de derecho y además, se constituye en un centro por el que necesariamente debe pasar el ordenamiento Jurídico, en su conjunto; esto significa que la Constitución es norma Suprema (Supremacía Constitucional) que en El Salvador está reconocido en los arts. 239 y 246 Cn., principio más de ética política que jurídica, pues la norma constitucional es el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de una sociedad, con su experiencia de codificación racional de las leyes. Más que norma de cúspide piramidal según Kelsen, se considera como punto interior por el que fluye todo el derecho objetivo. Los Tribunales Constitucionales de la época actual se instituyen como interpretes máximos de la Constitución; en sus actuaciones deben considerar elementos metajurídicos que la Constitución no puede definir a partir de su propia estructura, sino que deben consultar la historia, la política y la moral de los pueblos para que la protección de los derechos fundamentales contenidos en la misma Constitución sea realista; sin embargo el Juez constitucional

debe percibir que de su función depende que los ciudadanos sean beneficiarios efectivos de aquellos derechos.

La Constitución no crea el Estado de Derecho, sino que más bien esta es una resultante de su existencia; los derechos fundamentales que consagra y su cumplimiento, son beneficios según el grado de desarrollo social y político de una sociedad determinada aquí es donde los tribunales constitucionales cobran su dimensión real; o sea un proceso histórico de constitucionalización en el que los procesos democráticos y participativos son decisivos y en el que los actores legislativos, ejecutivos y judiciales, deben actuar en consecuencia, o sea convertir el estado de derecho en una Categoría Jurídica capaz de proteger al ciudadano del poder público.

En el caso de El Salvador, aunque no se define que la Sala de lo Constitucional es el máximo interprete de la Constitución, este carácter se desprende del contexto de las disposiciones, estableciéndose que la Sala tiene la misión de conocer y resolver en materia de amparos, «hábeas corpus» e inconstitucionalidades. Estas funciones son las que constituyen el plexo esencial que le permitirá constituirse en factor de equilibrio entre el poder y el hombre; es la garantía de que en caso de violación de los derechos, existe la instancia adecuada para la reparación del daño.

En ese sentido la Sala de lo Constitucional, cumple esta misión:

1. Resuelve conflictos entre el Organo Legislativo y el Organo Ejecutivo, determinando si la norma producida pasa la prueba de Constitucionalidad, esta es una forma de conocimiento previo de que el proceso de formación de la ley es garantía de una producción legislativa (normativa) en el marco de la Constitución.
2. Aunque no existe la iniciativa popular en la formación de la ley, la Constitución reconoce al ciudadano el derecho de pedir la inconstitucionalidad de una norma, o sea lograr la anulación de la norma que no pasa la prueba de constitucionalidad; la Sala, ha interpretado que lo mismo se aplica en los casos de decretos ejecutivos y de ordenanzas municipales que no son leyes en sentido formal. Una regla de estas que limita y prohibía las manifestaciones públicas, se declaró inconstitucional por considerar que las restricciones a los derechos fundamentales está reservada a la ley.
3. La Sala de lo Constitucional también conoce y resuelve sobre las demandas de amparo presentadas por los ciudadanos, cuando estos se consideran lesionados en sus derechos constitucionales, por acciones u omisiones de las autoridades o de particulares. Aunque el 247 Cn. no lo dice, la Sala, ha sentado jurisprudencia admitiendo amparo en contra de particulares. La construcción de una carretera en el corazón de una finca, clave para la protección el medio ambiente salvadoreño, dio lugar a admitir un amparo para

proteger derechos difusos, adelantándose a la jurisprudencia prevaleciente de que el derecho a proteger tiene que ser cierto y determinado (derecho subjetivo); una amplitud de criterio como la expuesta estaría conduciendo a considerar que todo acto de poder público es verificable judicialmente en cuanto a constitucionalidad.

Esto puede ser generador de riesgos para el tribunal constitucional pues las intromisiones indebidas de los otros poderes, que tanto mal han hecho a la democracia y al Estado de Derecho, podrían estarse generando en «vía de regreso» del poder judicial a los otros órganos. La Sala de lo Constitucional obligó en 1998, al Presidente de la República, a suspender el acto reclamado que consistía en el despido por parte de éste, de un funcionario con rango ministerial, luego en sentencia definitiva concedió el amparo. El Presidente, sorteó la sentencia de la Sala, simulando otorgar la garantía de audiencia y luego volvió a destituir al funcionario.

4. La Sala de lo Constitucional protege la libertad humana por medio del «hábeas corpus». El art. 11, inc. 2º Cn., dice: «La persona tiene derecho al hábeas corpus, cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el hábeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas». Esta regla ha tenido su mejor respaldo cuando se promulgó en 1998 el nuevo Código Penal y el nuevo código Procesal Penal, que desarrollaron los principios constitucionales.

El poder económico del país, por medio de sus asesores, acusaron a los Códigos y al sistema oral en el proceso penal, de promover la delincuencia, y a los jueces de estar protegiendo a los delincuentes y abandonando a las víctimas. No obstante la fuerza o poder de los patrocinadores de los ataques, no han podido convencer a la Sociedad, ni al poder público de la verdad de sus afirmaciones. Y es que sólo un desmesurado subjetivismo puede seguir sosteniendo que la ley crea la delincuencia, pues todos sabemos que el delito no es un ente Jurídico y que la delincuencia se sustenta en una sociedad estructurada injustamente, de bajos niveles culturales, con altos índices de desempleo, de carencia de oportunidades laborales y educativas y en algunos países como el nuestro, donde la extrema pobreza induce a delinquir o incrementa la masa que ejecuta las acciones finales que necesita el crimen organizado.

## 8. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES: INTRODUCCIÓN

De conformidad a la L.Pr.Cn, y tal como se ha establecido arriba, la Sala de lo Constitucional conoce y resuelve tres clases de procesos, orientados a garantizar los derechos fundamentales de los de la República; estos son el de Inconstitucionalidad de las leyes, el de amparo y el de hábeas corpus. En su orden se dará a conocer las características de cada uno de ellos, tratando de seguir el guión establecido en la temática de «Efectos de las Resoluciones».

## 9. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Este proceso, como los demás que se han mencionado, son de carácter escrito y no se dan audiencias comunes para la comparecencia de las partes, de tal manera que de viva voz pudieran presentar sus alegatos, pruebas y argumentos; el carácter escrito da lugar a la formación de expedientes en los que se consigna lo que los interesados manifiestan según las fases del proceso.

1. Características del proceso: Tiene el carácter de proceso constitucional y conocido por la Sala de lo Constitucional, excepto el de hábeas corpus, en el que se da competencia a las Cámaras de Segunda Instancia, tal como se ha mencionado arriba. Su objeto es el de recuperar la constitucionalidad perdida o alterada por las decisiones normativas que se producen en sede legislativa así como las normas creadas por sus funcionarios administrativos, según las circunstancias.
2. Mayorías: Es la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ, se establece (art. 14), que en materia de inconstitucionalidad, la Sala, toma sus resoluciones con un número no menor de cuatro de los cinco miembros que la integran. Una posición de 3 a 2, pone un virtual empate en cualquier sentido y se ha interpretado que en estos casos procede llamar a un tercero para que este dirima la controversia y si persistiere el empate, se llama a otro miembro para que en definitiva se resuelva. No se ha presentado el caso, sino que se ha tratado en lo posible de llegar por medio del consenso una solución racional. Los llamados son miembros suplentes de la Sala de lo Constitucional.
3. Efectos en el ordenamiento jurídico: La sentencia definitiva que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, tiene los siguientes efectos: a) No hay ningún recurso en contra de estas resolucio-

nes (efecto de cosa juzgada), y será obligatoria de un modo general para todos los Organos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica (efectos *erga omnes*).

4. En el caso que no exista la inconstitucionalidad, ningún funcionario judicial puede declarar la desaplicación de dicha ley, amparándose en la facultad que le otorga el art. 185 Cn.
5. La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial, para que tenga los efectos de vigencia, que se exige a toda norma de carácter general y obligatoria.
6. Efectos en el tiempo: La Sala ha interpretado que si la declaratoria de inconstitucionalidad, tiene efecto «ex nunc», sólo produce efectos equivalentes a la derogatoria de la ley; en tal caso sus efectos son de ahora en adelante y esto ocurre cuando de aplicarse con efectos hacia el pasado pudieron afectarse derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas.. Es un criterio semejante o equivalente a los efectos de una ley, que se aplica con efectos retroactivos.

El efecto «ex tunc» o declarativo, surte efectos hacia el pasado y ocurre precisamente cuando no se afectan derechos adquiridos. Esto podría ocurrir en leyes de carácter penal, que al ser declarados inconstitucionales, pudieran aplicarse retroactivamente, si la declaratoria de inconstitucionalidad favorece a los imputados, a quienes la ley inconstitucional les resultaba más gravosa.

7. Las sentencias constitucionales se clasifican así:
  - a) Aquellas en las que el tribunal «1) puede declarar la inconstitucionalidad de la norma, o bien, 2) declarar un plazo determinado al legislador para que provoque la reformas sugeridas»; en El Salvador, solo es posible la primera de las modalidades, pues la Sala, únicamente decide sobre si es o no inconstitucional; pero no puede hacer recomendaciones y esperar a comportamientos propios del legislador; hacerlo podría considerarse como una intromisión en asuntos de otro poder. No es que no sea recomendable o aceptable, solamente señalo que en nuestro país, no es posible; inclusive parece inaceptable que un Magistrado emita opinión, pues se ha mantenido un criterio tan viejo como absurdo, de que no debe opinar sobre tal asunto porque mas adelante puede llegar a ser conocido por él, y en tal caso «habría adelantando criterio que podría excluirlo de conocer de ese caso».
  - b) Las sentencias interpretativas declaran que un texto o normas son inconstitucionales, no porque sean atentatorias a lo

dispuesto en la Constitución (art. 246 Cn.), que dice que «los principios derechos y obligaciones establecidos en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes regulen su ejercicio»; pero en este caso no se ha violado directamente, sino que tal norma en su aplicación o por la forma o modo como se aplica, modifica de un modo reflejo una norma constitucional.

Nuestra Sala, ha conocido sobre casos de tal naturaleza y se ha manifestado que si la norma en referencia, al ser aplicada se modela a su interpretada en un sentido específico que no altere la constitucionalidad, desaparecería el rasgo de inconstitucionalidad de que se le acusa.

8. Inconstitucionalidad total o parcial: La Sala, ha conocido casos en que los recurrentes manifiestan que piden la inconstitucionalidad de toda la ley y en ese caso el pronunciamiento de aquella (de la Sala) deber ser pronunciándose por la inconstitucionalidad tanto por vicios de forma contenido de la misma; en la mayoría de casos, se les previene a los interesados que manifiesten cuáles son las reglas de una norma general que deben ser declarados inconstitucionales. Es parte de los requisitos establecidos en la ley respectiva de que los interesados manifiesten cuáles son los preceptos y especialmente los motivos en que hacen descansar la inconstitucionalidad alegada. Sobre este particular es conveniente advertir que no se requiere de motivaciones estrictamente jurídicas o académicas; en mi opinión bastará que el ciudadano considere que en su opinión que posteriormente deberá justificar, que la regla viola la constitución.
9. Sobreseimientos y denegatorias: Hay casos en que la Sala, al resolver sobre una demanda de inconstitucionalidad, hace terminar el procedimiento de un modo anormal, sin entrar a conocer el fondo o a resolver definitivamente la petición y en «sobresee» a favor de la constitucionalidad. Recordemos que en esta materia, toda ley goza de la presunción de constitucionalidad en tanto no se haya demostrado lo contrario. De tal manera que al no justificarse el pedido de inconstitucionalidad y no pudiendo la Sala resolver el fondo «sobresee».

Y es conveniente que no resuelva el fondo pues de lo contrario, teniendo los efectos de cosa juzgada y ser de cumplimiento general y obligatorio (erga omnes) los fallos de la Sala, quedaría cerrada la posibilidad de controvertir la norma cuestionada. Si se resuelve que no existe la inconstitucionalidad alegada es porque o no se justificó por parte del peticionario o al formular-

se la argumentación de la Sala, los magistrados no encuentran la pretendida inconstitucionalidad.

10. Efectos de la jurisprudencia constitucional: «La actuación de los tribunales constitucionales crea una tensión entre política y derecho, siendo muy difícil establecer una línea divisoria definida entre ambas funciones; en razón de lo anterior dice García Enterría, son los tribunales, organismos jurisdiccionales o más bien son órganos políticos que deciden políticamente bajo capa de sentencia, o para decirlo con Carl Schmitt, citado por el mismo Enterría, que con estos tribunales se estarían convirtiendo las instancias jurídicas en instancias políticas, lo cual no conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia».

## 10. PROCESO DE AMPARO

### A) Introducción

El amparo constitucional, tiene por objeto garantizar que, cuando una persona recibe un agravio o se encuentra en situación de recibirlo, en cuanto a uno o más de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, existe una instancia con capacidad suficiente para protegerlo mediante las debidas reparaciones legales o evitar que llegue a producirse la lesión en tales derechos; en efecto el Estado de Derecho, donde este régimen protector cobra su real eficacia, no evita que se produzcan los comportamientos agresivos, ya sea de las autoridades estatales o de los particulares, pero sí crea y sostiene las instancias adecuadas para que el ciudadano acuda en busca de la protección eficaz.

Si en el recurso de inconstitucionalidad, lo que se ataca es el vicio de forma o de fondo que puede tener una norma en el amparo constitucional, el beneficiario del recurso, es una persona o personas, que específicamente reclaman la posible violación a los derechos fundamentales; no necesariamente debe de tratarse de derechos o intereses fundamentales concretos o específicos, como es el caso de lo que establece una corriente dominante en esta materia, la de los derechos subjetivos (interés concreto) para que la jurisdicción constitucional, pueda actuar, y en efecto hay una corriente que proclama la posibilidad de que la Jurisdicción Constitucional entre a conocer de los llamados derechos o intereses difusos, en los que basta con que el daño pueda producirse aunque los titulares concretos, no puedan determinarse por el momento.

Sin embargo caracterizados, expositores como Gimeno Sendra, hacen énfasis, en que a la «Jurisdicción ha correspondido tradicionalmente la tarea de tutelas los derechos subjetivos mediante el ejercicio de la potes-

tad jurisdiccional a través del proceso. Es el proceso pues la institución por medio de la cual se canaliza dicha trascendental función del Estado» «El recurso de amparo, pues, se convierte en manos del T.C., en un mecanismo de impugnación mediante el cual lograr el restablecimiento o la preservación de los derechos fundamentales de la persona frente a los actos y omisiones de los poderes públicos lesivos de sus contenidos esenciales».

## B) Principios aplicables

### a) *Subsidiariedad*

«Conforme a dicho principio de subsidiariedad de manera elemental se impone a la persona cuyos derechos fundamentales se hallan en litigio, y que reclama la tutela jurisdiccional de los mismos, la obligación de instar en primer término, el amparo ordinario ante los juzgados y tribunales del Poder Judicial hasta agotar todas las vías del recurso capaces de proporcionar la satisfacción de sus pretensiones; en segundo lugar, y en su caso (subsidiariamente), el amparo constitucional ante el T.C...».

El art. 12 L.Pr.Cn., establece que «la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos», la Sala podrá declarar la improcedencia de la acción si no se cumple con este requisito.

### b) *Especialidad*

El art. 13 L.Pr.Cn. dice que el «juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales y respeto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal». Esto significa que un tribunal constitucional solamente podrá admitir, conocer y resolver una demanda de amparo, si se ha producido una violación a un derecho fundamental o constitucional; si el derecho violado corresponde a un ámbito de aplicación del derecho derivado de una rama distinta a la Constitucional; esto se relaciona con el principio de subsidiariedad por el cual, la vía constitucional es excepcional y del mismo modo es en cuanto a la materia que los derechos que se derivan de las leyes civiles, mercantiles, laborales, etc.

En el proceso constitucional salvadoreño, esto ha dado lugar a muchos abusos de poder, al denegar por este motivo el acceso a la jurisdic-

ción constitucional, al tomarse estas decisiones *in limine*; además de que es sumamente difícil establecer una separación absoluta entre lo legal y lo constitucional.; en el proyecto de Ley Procesal Constitucional, esta causal desaparece y se introduce la no aceptación de la demanda cuando fuere manifiestamente improcedente.

En el juicio de amparo intervienen el actor, o sea la persona agraviada que promueve el juicio; la autoridad contra quien se interpone la demanda y si lo hubiere, puede intervenir el tercero a quien beneficie la ejecución del acto reclamado; el Ministerio Público (Fiscalía) intervendrá en el juicio en defensa de la inconstitucionalidad.

Como no existe la asistencia letrada y para evitar el fracaso de la acción, se ha previsto que la Sala prevenga al actor que aclare o corrija oportunamente su demanda, de lo contrario se le declarará inadmisibile, si las deficiencias que presenta la demanda, son meramente formales.

c) *Medida cautelar*

Admitida una demanda se resuelve sobre la procedencia de suspender el acto contra el que se reclama, si este produce o pudiere producir efectos positivos; y la suspensión provisional e inmediata del acto cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

d) *De las sentencias y sus efectos*

En el proceso de amparo se pueden producir diversas clases de resoluciones o sentencias, que tienen efectos importantes en la protección o tutela efectiva de los derechos fundamentales. De estas unas son interlocutorias, otras, interlocutorias con efectos de sentencia definitiva; sobreseimientos y las sentencias definitivas.

e) *Inadmisibilidad e improcedencia*

El proceso de amparo puede frustrarse «ab initio» o «in límite litis», ya sea por no cumplir el impetrante, con requisitos de forma o de fondo. Es inadmisibile una demanda cuando no reúne los requisitos formales que el procedimiento exige para la viabilidad de la demanda. Es improcedente cuando el punto a tratar, no es de competencia constitucional o no se han agotado las instancias normales para decidir en sede constitucional, o sea cuando no se cumple con el principio de «subsidiariedad» que se analizó

arriba. También cuando no se cumple con el principio de «especialidad» y se quiere llevar a sede constitucional un tema que corresponde a una cuestión de legalidad, o sea derechos reconocidos por las leyes que no se han ventilado en sede constitucional.

f) *Sobreseimiento*

El proceso de amparo puede terminar en forma anormal, por medio del sobreseimiento y ocurre por: 1) Desistimiento del actor, 2) por expresa aceptación del acto reclamado de parte del actor. Este caso es muy discutible, pues la satisfacción o reparación debe ser de tal manera que no quede huella del quebrantamiento. Constitucional, 3) por advertir el tribunal de que se admitió indebidamente el recurso ya sea por defectos de forma o por haberse violado los principios de subsidiariedad y especialidad, 4) la falta de prueba también es causal de sobreseimiento; sin embargo, cuando esta deba ser producida por la autoridad demandada es demasiada pena sobreseer por este motivo. 5) Por haber cesado los efectos del acto y por el fallecimiento del agraviado cuando es algo personal.

g) *Sentencia definitiva*

En ésta materia, si es concediendo el amparo tiene efectos «Ex Tunc», es decir, es de efectos restitutorio, en el sentido que se resuelve que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado y si esto no fuere posible, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios, mediante una acción civil que se confiere al actor. (efectos restitutorio jurídico).

Si el amparo es procedente porque la autoridad ha obstaculizado el ejercicio de un derecho, la sentencia contendrá a partir de su fecha, el comportamiento a seguir por la autoridad demandada.

Habrá especial condenación en costas, daños y perjuicios, si la autoridad se limitó a negar la existencia del acto, o hubiese omitido el informe o hubiere falseado los hechos.

Si la sentencia deniega el amparo, se condenará al demandante en las costas, daños y perjuicios; lo mismo al tercero que sucumbiere en sus pretensiones. Se presenta una duda razonable en este caso, que siendo la autoridad demandada, representante del Estado, no debería obtener tales beneficios, pues esto alentaría contra el principio constitucional de la gratuidad de la justicia.

Si la autoridad no cumpliera con la sentencia de amparo se pedirán los auxilios, materiales al Poder Ejecutivo para hacerla cumplir coactiva-

mente y mandara a procesar al desobediente, quien quedará suspenso en sus funciones de conformidad al art. 193/ 3° Cn. y al nuevo Código Procesal Penal (1998) el procesamiento de una persona, se inicia mediante acusación formal hecha por el Fiscal General de la República, por lo que la Corte Suprema de Justicia, no podrá mandar a procesar al desobediente, sino le pedirá al Fiscal, para que lo haga.

#### h) *Proceso de "habeas corpus"*

El «hábeas corpus» es un amparo específico para proteger la libertad humana, y la L.Pr.Cn. determina que siempre que la ley no provea especialmente lo contrario, todos tienen derecho a disponer de su persona, sin sujeción de otro, disposición que exalta la libertad del hombre como un valor, como un derecho, como un presupuesto de todo Estado de Derecho. Esta ley, sin embargo, habla del derecho de disponer, que el hombre tiene, de su propia persona, y rechaza la sujeción, la opresión, la esclavitud.

La Constitución de El Salvador, además de la protección de la integridad psíquica o moral de las personas detenidas y en caso de irrespetarse procede el hábeas corpus.

El hábeas corpus es una acción pública y sumaria enderezada a garantizar la libertad —uno de los más importantes derechos fundamentales si no el primero y más fundamental de todos— y a resguardar su esfera intangible de los ataques e intromisiones abusivos. Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad, física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios.

La privación de la libertad, de cualquier naturaleza con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es independiente de las consecuencias penales o civiles que contra éstos últimos necesariamente han de sobrevenir si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria.

El derecho a invocar el hábeas corpus asegura a la persona la posibilidad de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. El interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el examen jurídico-procesal de la actuación de la autoridad.

Precisamente porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad, la decisión que resuelve el hábeas corpus no es susceptible de impugnación, ni resulta procedente el ejercicio del

recurso frente a los mismos hechos que generaron la interposición de la acción

El hábeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital. La resolución de la Cámara que denegare la libertad del favorecido podrá ser objeto de revisión, a solicitud del interesado, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (art. 247.2 Constitución).

El proceso de hábeas corpus puede incoarse en caso exista una presunta violación ilegal al derecho constitucional de la libertad, la cual puede ser cometida por cualquier autoridad o individuo.

El presupuesto para la procedencia a la pretensión de hábeas corpus es que exista en contra del favorecido restricción a su derecho de libertad, la cual puede ser ocasionada por autoridad jurisdiccional, administrativa o un particular.

Los sujetos que pueden dar inicio al proceso de hábeas corpus son básicamente cuatro: a) el individuo cuya libertad está siendo ilegalmente restringida; b) cualquier persona; c) la Sala de lo Constitucional o las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, pueden iniciar el proceso de oficio al existir motivo suficiente para suponer que alguien está siendo ilegalmente restringido en su derecho de libertad; y d) el Procurador para la defensa de los derechos humanos.

La legitimación procesal pasiva es amplia, ya que este proceso puede iniciarse contra cualquier autoridad o individuo responsable o presunto responsable de restringir la libertad de otra persona. Lo anterior implica que el hábeas corpus procede contra autoridad administrativa o judicial.

El hábeas corpus puede iniciarse de oficio o a petición de parte. En el segundo de los casos, debe existir la posibilidad que el hábeas corpus pueda promoverse en distintos puntos geográficos del país y de forma oral o escrita; la forma de petición escrita son: a) por medio de escrito; b) carta; y c) telegrama.

Una vez presentada la solicitud o emitido de oficio el auto de exhibición de la persona, el Tribunal designará a persona o autoridad de su confianza como Juez Ejecutor precisamente para que ejecute el cumplimiento del auto de exhibición. Este auto constituye la resolución de la petición.

Estos actos son realizados por el Juez Ejecutor y su secretario. Consisten en la intimación de la autoridad denunciada y la resolución proveída por el Juez Ejecutor, en la cual deberá pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la restricción al derecho fundamental de la libertad.

El acto procesal de terminación por excelencia es la sentencia, que es en la cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la legalidad o ilegalidad de la restricción al derecho fundamental de la libertad del fa-

vorecido, resolución con la cual puede confirmar o no el informe del Juez Ejecutor.

i) *Efectos de la sentencia*

La sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus produce efectos de cosa juzgada, erga omnes, en cuanto a la valoración constitucional de la restricción o vejación alegada por el favorecido. Sin embargo no declara, reconoce, no constituye derechos privados subjetivos en favor de particulares o del Estado.

Dentro del Ordenamiento jurídico salvadoreño, no existen aparte de los mencionados otros mecanismos específicos de tutela de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Salvadoreño-Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia- es competente para conocer del proceso de inconstitucionalidad de normas, control que puede ser previo o posteriori. El primero de dichos controles constituye el mecanismo para solventar los conflictos entre los Organos Ejecutivos y Legislativos, conflictos que se suscitan dentro del proceso de formación de la ley. El supuesto concurre cuando en el proceso de formación de la ley el Presidente de la República devuelve un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa, por considerarlo inconstitucional, el cual al ser recibido por la Asamblea Legislativa, es ratificado por este último Organo del Estado, con el voto de los dos tercios de los diputados electos, por lo cual le es remitido nuevamente al Presidente de la República. En el supuesto antes relacionado el Presidente de la República deberá dirigirse a la Sala de lo Constitucional de la corte Suprema de Justicia dentro de tercero día, para que ésta oyendo las razones de el Organo Legislativo y Ejecutivo, decida si es constitucional o no, a más tardar dentro de quince días. Si la Sala decide que el proyecto es constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley.