

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“LÍMITES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL ANTE EL TRÁMITE DE
INCONSTITUCIONALIDAD”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**NIDIA GUADALUPE DÍAZ CORTEZ.
JUAN CARLOS GONZÁLEZ BENÍTEZ.
CLAUDIA ARACELY RECINOS DE GONZÁLEZ.**

DOCENTE ASESOR:

MSC. LEONARDO RAMÍREZ MURCIA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2019.

TRIBUNAL EXAMINADOR

**LICDA. MARTA LILIAN VILLATORO SARAVIA.
(PRESIDENTE)**

**LICDA. YENI PATRICIA NOCHEZ DE FRANCO.
(SECRETARIA)**

**MSC. LEONARDO RAMÍREZ MURCIA.
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado.

RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López.

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Msc. Francisco Antonio Alarcón Sandoval.

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín.

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Pacheco.

VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.

SECRETARIA

Lic. René Mauricio Mejía Méndez.

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Licda. María Magdalena Morales.

**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer lugar a Dios Todo Poderoso por darme siempre un día más de vida al lado de mi familia, amigos y seres queridos.

A mi madre Rosa Olinda Benítez, por darme siempre todo su amor, enorme sacrificio y lucha, por siempre darme todas las herramientas que me permitieron salir adelante y llegar hasta este camino. A mi padre Ramón Arístides González por enseñarme los mejores “espejos” en esta vida, y por todos los consejos que me ha brindado en el camino.

A mi hermano Rene Arístides González Benítez, el cual desde que yo tengo uso de razón siempre ha estado conmigo, apoyándome y aconsejándome, por animarme cuando estaba triste y decepcionado, por ser siempre una persona que ha confiado en mí, por haber costado mi educación universitaria, por ser mi asesor en la vida. A mi hermano Lenin Stalin Vladimir González Benítez, siempre muy agradecido por los consejos que me ha brindado, por tomarse responsabilidades que no le correspondían en el hogar, las cuales fueron de gran ayuda para salir adelante en las adversidades.

A mi mejor amigo por ser la razón de mi vida, su compañía en todo momento y estar siempre a mi lado con su incondicional fidelidad. En lo que respecta a mis amigos, agradecer a todos los miembros de los dos grupos denominados “*LOS DE SIEMPRE*”, gracias por su apoyo y cariño sincero, especialmente a Edmundo Echevoyén. Agradezco a mis jefes, compañeros y amigos de trabajo de la Cámara Segunda de lo Penal de San Salvador, por todo el apoyo brindado, por tenerme paciencia y cariño, las cuales sin duda han sido un enorme apoyo en este proceso académico.

Juan Carlos González Benítez.

AGRADECIMIENTOS

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño a mi amado esposo René Arístides González Benítez por su apoyo incondicional, por darme ánimos de seguir adelante y por creer en mi capacidad y aunque no ha sido fácil este recorrido, siempre ha estado brindándome su comprensión, cariño y amor.

Agradezco a Dios por darme la vida, todo lo puedo en él que me da fortaleza y por estar conmigo en cada paso que doy, por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de mi carrera.

A mi familia, por sus consejos que me ayudaron para que me esforzara en lograr esta meta tan importante en mi vida.

A mi asesor de tesis magistrado Leonardo Ramírez Murcia por haberme brindado la oportunidad de recurrir a su capacidad y conocimiento científico, así como también haberme tenido toda la paciencia para guiarme durante el desarrollo de la tesis.

Claudia Aracely Recinosde González.

AGRADECIMIENTOS

A Dios nuestro señor, por brindarme la sabiduría necesaria para lograr esta meta.

A mi madre Roxana Lilibel Cortez, por ser el mejor ejemplo de mujer, por todo el amor, comprensión y confianza incondicional para verme realizada como profesional, por celebrar este triunfo que es más de ella que mío.

A mis hermanos y sobrina por ser pilares fundamentales en mi vida y en mi carrera por apoyarme en todo momento y demostrarme a diario su amor incondicional.

A mis amigos y compañeros de tesis, por toda la confianza, comprensión y amistad brindada a lo largo de mi carrera, para ellos mis respetos y agradecimientos.

Especialmente dedico esta memoria a mi padre Francisco Andrés Díaz Orellana, que Dios lo tenga en su santa gloria, gracias por haber sido mi héroe, mi mayor ejemplo e inspiración, por confiar siempre en mí y motivarme para verme realizada como profesional, estoy convencida que desde el cielo sonrías, te sientes orgulloso y celebras conmigo el éxito alcanzado, éxito que rindo gracias a tu incansable esfuerzo y dedicación, es tu merito papi; y a mi madrina Arminda Elia Díaz, por haber sido siempre un ángel de amor, a ellos mi logro hasta el cielo.

Nidía Guadalupe Díaz Cortez.

INDICE

RESUMEN

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓNi

CAPÍTULO I

EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR.....1

- 1. Evolución histórica del proceso de inconstitucionalidad1
- 1.1. Evolución del control de constitucionalidad en el sistema europeo1
- 1.2. Evolución del control de constitucionalidad de las leyes en el sistema americano2
- 1.3. Evolución del control de constitucionalidad en El Salvador5
- 1.4. Aspectos generales sobre el control de constitucionalidad.....9
 - 1.4.1. Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad..... 9
 - 1.4.1.1. Por la naturaleza del órgano encargado del control constitucional 10
 - 1.4.1.1.1. Control ejercido por un órgano político 10
 - 1.4.1.1.2. Control parlamentario..... 10
 - 1.4.1.1.3. Control ejecutivo 12
 - 1.4.1.1.4. Control por el electorado..... 15
 - 1.4.1.1.5. Control Constitucional ejercido por el órgano judicial..... 15
 - 1.4.1.2. Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren..... 16
 - 1.4.1.2.1. Control abstracto y concreto 16
 - 1.4.1.2.2. Control preventivo y represivo 17
 - 1.4.1.3. Conforme al número de órganos que lo ejercen 17
 - 1.4.1.3.1. Control difuso..... 17
 - 1.4.1.3.2. Control concentrado..... 18
 - 1.4.1.3.3. Modelo mixto..... 19

| | |
|---|----|
| 1.4.1.3.4. Experiencia en El Salvador | 20 |
| 1.5. Aspectos generales del proceso de inconstitucionalidad | 22 |
| 1.5.1. Definición..... | 22 |
| 1.5.2. Órgano competente | 23 |
| 1.5.3. Legitimación procesal | 25 |
| 1.5.3.1. Legitimación procesal activa | 25 |
| 1.5.3.2. Legitimación procesal pasiva | 27 |
| 1.5.4. Actos sujetos a control constitucional | 27 |
| 1.5.4.1. Leyes..... | 28 |
| 1.5.4.2. Tratados Internacionales..... | 29 |
| 1.5.4.3. Reglamentos | 30 |
| 1.5.4.4. Ordenanzas..... | 30 |
| 1.5.4.5. Normas preconstitucionales | 31 |
| 1.5.4.6. Otros | 32 |
| 1.6. Tipos de inconstitucionalidad..... | 33 |
| 1.6.1. Inconstitucionalidad por contenido | 33 |
| 1.6.2. Inconstitucionalidad por forma | 33 |
| 1.6.3. Inconstitucionalidad por omisión..... | 34 |
| 1.6.4. Inconstitucionalidad por conexión..... | 37 |
| 1.7. Proceso de inconstitucionalidad según la regulación actual y el anteproyecto de ley procesal constitucional | 38 |
| 1.7.1. Regulación en la ley de procedimientos constitucionales..... | 38 |
| 1.7.1.1. Actos procesales de iniciación | 38 |
| 1.7.1.2. Actos procesales de desarrollo | 40 |
| 1.7.1.3. Actos procesales de conclusión | 41 |
| 1.7.1.4. Efectos de la sentencia | 42 |
| 1.8. Tipos de sentencia..... | 48 |
| 1.8.1. Interpretativa admisoría | 48 |
| 1.8.2. Interpretativa desestimatoria | 49 |
| 1.8.3. Manipulativa aditiva | 49 |

| | |
|---|-----------|
| 1.8.4. Manipulativa sustitutiva..... | 49 |
| 1.8.5. Exhortativa de delegación | 50 |
| 1.8.6. Exhortativa simple | 51 |
| 1.8.7. Exhortativa por constitucionalidad precaria | 51 |
| 1.9. Regulación en anteproyecto | 51 |
| 1.9.1. Actos procesales de iniciación..... | 51 |
| 1.9.2. Actos procesales de desarrollo..... | 52 |
| 1.9.3. Actos procesales de conclusión | 52 |
| 1.9.4. Análisis comparativo entre la regulación en la ley de procedimientos constitucionales y el anteproyecto | 53 |
| El anteproyecto introduce las principales innovaciones | 53 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|-----------|
| FUNCIÓN DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD | 54 |
| 2. Proceso de inconstitucionalidad | 54 |
| 2.1. La controversia de la aplicación de la Constitución | 54 |
| 2.2. La existencia de lagunas en la interpretación de la Constitución..... | 58 |
| 2.2.1. Cuando el legislador no ha desarrollado una previsión constitucional o legal..... | 59 |
| 2.2.2. Cuando el Tribunal ha declarado inconstitucional una regulación y no ha sido adoptada o sustituida por el legislador..... | 59 |
| 2.2.3. Cuando una legislación es preconstitucional y no está adaptada a la situación creada por la Constitución..... | 59 |
| 2.2.4. Cuando ha habido una falta de previsión del constituyente o del legislador ordinario..... | 60 |
| 2.3. Solución a las lagunas..... | 61 |
| 2.3.1. Heterointegración | 61 |
| 2.3.2. Autointegración..... | 62 |
| 2.3.3. Analogía | 63 |
| 2.3.4. Principios generales | 64 |

| | |
|--|----|
| 2.3.5. Interpretación sistemática..... | 65 |
| 2.3.6. El argumento <i>a fortiori</i> | 66 |
| 2.4. Innovación procesal para solucionar lagunas | 67 |
| 2.4.1. Medidas cautelares innovativas..... | 69 |
| 2.4.2. Reconducción de pretensiones | 74 |
| 2.4.3. Intervención de terceros en inconstitucionalidades | 76 |
| 2.4.4. Cargas probatorias dinámicas (inversión de carga probatoria) .. | 79 |
| 2.4.5. Flexibilidad del principio de congruencia | 83 |

CAPÍTULO III

EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA ACTUALIDAD90

| | |
|--|-----|
| 3. Tribunal constitucional | 90 |
| 3.1. Subordinación de los jueces a la Constitución..... | 90 |
| 3.2. El nuevo rol del juez constitucional y la cuestión del legislador positivo | 92 |
| 3.3. El papel que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el sistema democrático | 103 |
| 3.4. El fenómeno del activismo Judicial | 123 |
| 3.5. Riesgos de justicia constitucional | 132 |
| 3.6. Activismo judicial en El Salvador | 135 |
| 3.7. La Sala de lo Constitucional como legislador positivo | 136 |

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 140

| | |
|--|-----|
| 4. Sentencias relevantes | 140 |
| 4.1. Sentencia de Inconstitucionalidad 35-2015 | 140 |
| 4.1.1. Análisis de la sentencia | 147 |
| 4.2. Sentencia de Inconstitucionalidad 57-2011 | 149 |
| 4.2.1. Análisis de la sentencia | 155 |
| 4.3. Sentencia de Inconstitucionalidad 42-2012AC | 157 |

| | |
|---|------------|
| 4.3.1. Análisis de la sentencia | 169 |
| 4.4. Resumen 66-2013 | 171 |
| 4.4.1. Análisis de la sentencia | 174 |
| 4.5. Otros casos relevantes | 174 |
| 4.5.1. Inconstitucionalidad 6-2016 | 174 |
| 4.5.2. Auto del 8-V-2017 en el proceso 37-2015 (SITRAMS) | 175 |
| 4.5.3. Incs. 56-2016 y 19-2016 (Inconstitucionalidad nombramientos de los abogados Ricardo Alberto Iglesias Herrera y Jesús Ulises Rivas Sánchez como magistrado suplente de la CSJ y magistrado propietario del TSE) | 175 |
| 4.5.4. Inc. 65-2012 (SIGET)..... | 176 |
| CONCLUSIONES | 178 |
| RECOMENDACIONES | 182 |
| BIBLIOGRAFIA | 184 |

RESUMEN

El proceso de inconstitucionalidad en El Salvador no se encuentra exento de controversias debido a que en el mismo se realiza un control jurídico de actuaciones, tales como: elaboración de leyes, acuerdos, decretos y demás normativas emanadas especialmente de la Asamblea Legislativa y además por otros órganos de gobierno como Órgano Ejecutivo, Concejos Municipales entre otros.

Es importante recalcar que este control es ejercido por la Sala desde un marco de actuación desactualizado (Cn de 1983 y LPC 1960) lo que ha provocado que la Sala tenga que recurrir a criterios y métodos de interpretación “novedosos” para suplir los vacíos normativos mencionados, así la investigación se centra en determinar ¿cuáles son los límites del Tribunal Constitucional en el trámite de inconstitucionalidad?.

Así, en la presente se identifican la evolución histórica del control de constitucionalidad, las generalidades del mismo, la clasificación y características de los sistemas de control de constitucionalidad, así como un análisis comparativo de la actual legislación con el anteproyecto de ley. Por otra parte, también se estudia el fenómeno de las vacíos en la interpretación, así como la solución de las mismas a través de las figuras utilizadas especialmente por la Sala con énfasis a la “capacidad de innovación procesal”. Asimismo, lo relativo al activismo judicial, su definición, límites y ejemplos de Tribunales que tienen un comportamiento activista.

En otro orden, también se realizó un análisis jurisprudencial de los que se considera que eran las sentencias más controversiales emitidas por la composición subjetiva de magistrados 2009-2018 en el proceso de inconstitucionalidad.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

| | |
|-------|---|
| CSJ | Corte Suprema de Justicia. |
| DL | Decreto Legislativo. |
| DO | Diario Oficial. |
| LIBOR | London Interbank Offered Rate. |
| LPC | Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos. |
| RIAL | Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| TSE | Tribunal Supremo Electoral. |

ABREVIATURAS

| | |
|------------|--------------------------|
| Aa.vv. | Autores Varios. |
| Amp. | Amparo |
| Art./arts. | Artículos. |
| Ce. | Código Electoral. |
| Cn. | Constitución. |
| Doc. | Dom. Doctrina dominante. |
| Inc. | Inconstitucionalidad. |
| Ord. | Ordinal. |
| Pp. | Página. |
| S.i. | Sin lugar de la edición. |
| Vid. | Véase. |
| Vol. | Volumen |

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que se presenta a continuación, denominado “Límites de la Sala de lo Constitucional ante el trámite de inconstitucionalidad”, constituye un requisito académico para lograr obtener la calidad de “Licenciados en Ciencias Jurídicas”.

En la presente se estudian diferentes fenómenos relativos al rol de los Tribunales Constitucionales en la actualidad haciendo énfasis en la manera en como dichos fenómenos han sido incorporados en la jurisprudencia constitucional y cuáles serían las limitantes para que estas pueden ser incorporadas en respeto al principio de división de poderes, legalidad y seguridad jurídica.

Esta investigación obedece al hecho que existe mucha polémica por parte de varios sectores especialmente de los representantes de los otros órganos de Estado, partidos políticos e incluso de la sociedad civil respecto de las sentencias de la Sala especialmente en el proceso de inconstitucionalidad, por lo que se pretende es dotar de criterios jurídicos para realizar una crítica objetiva de la labor de la Sala.

El objetivo principal de la investigación es la de identificar los límites de la Sala de lo Constitucional a la luz de los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes.

En el capítulo uno se desarrolla los aspectos generales de los principales sistemas de control de constitucionalidad (europeo y americano) de los cuales se nutre el sistema de control de constitucionalidad. A groso modo se exponen los antecedentes históricos del control de constitucionalidad y la

manera en que surgió dicha figura en el país. Posteriormente se exponen los aspectos generales del proceso de inconstitucionalidad, tales como su regulación legal, los tipos de resoluciones que se emiten en el mismo y los efectos que estas generan.

En el capítulo dos se aborda lo respectivo a la legitimación activa y pasiva en dicha acción popular, el objeto y parámetro de control en ese proceso. Además, se incluye una breve reseña comparativa entre la regulación de este proceso en la actual Ley de Procedimientos Constitucionales y el Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional.

En ese sentido, en el siguiente capítulo se relaciona lo relativo a la función de la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad, específicamente las controversias que surgen en la aplicación de la norma constitucional, así como el fenómeno de las lagunas en la interpretación de la Cn y la posible solución de las mismas.

Otra herramienta interpretativa y que se estudia en este capítulo es la figura de la capacidad de innovación procesal que tiene la SC, específicamente se estudian cada uno de los supuestos o innovaciones que la Sala ha incurrido en el trámite del proceso de inconstitucionalidad y se ejemplifican supuestos en los que la SC ha hecho uso de esta figura.

En el capítulo tres se estudia lo relacionado al papel de los Tribunales Constitucionales en la actualidad, teniendo en cuenta en el estudio de este nuevo rol de los Tribunales de Justicia Constitucional los nuevos desafíos o pretensiones que le son planteados actualmente y cuyos marcos de actuación (Cn 1983 y LPC 1960) son desactualizados a la nueva realidad.

Dicha temática es expuesta desde el punto de vista de 2 fenómenos, el primero es el de los Tribunales Constitucionales como legisladores positivos y el segundo el activismo judicial. En ambos fenómenos se estudian las circunstancias que conllevaron su nacimiento, sus límites, aspectos positivos como consecuencias de la aplicación de esas figuras.

Asimismo, se estudian algunos supuestos de forma general en los cuales la Sala ha sido o ha intentado ser un legislador positivo al menos de forma somera, así como aquellos supuestos en los que ha tenido un comportamiento activo.

En el capítulo cuatro se realiza un análisis jurisprudencial de 4 sentencias de la Sala de lo Constitucional, a efecto de determinar si el comportamiento de la SC en esos supuestos ha sido extralimitado, asimismo, identificar las herramientas de interpretación utilizadas en esas sentencias y un estudio de los efectos de las mismas en la realidad nacional en el caso que las mismas hubieran ocasionado repercusiones importantes.

Los supuestos analizados fueron las sentencias de inconstitucionalidad 35-2015 (inconstitucionalidad de diputados suplentes), 57-2011 (voto cruzado), 42-2012 AC (Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales) y 66-2013 (transfuguismo partidario).

Dichas sentencias son de contenido relevante ya que tres de ellas son en materia electoral cuyos casos son los que han generado más polémica en los 9 años que duró la composición subjetiva de magistrados en estudio y el otro supuesto es relativo a la inconstitucionalidad de una reforma a la Ley de Pensiones y en la cual se hacen importantes consideraciones sobre el sistema de pensiones.

Finalmente, se realizan las conclusiones relativas al estudio jurisprudencial de dichas sentencias conforme a los criterios desarrollados en los capítulos anteriores y las recomendaciones derivadas del análisis de las referidas sentencias.

CAPÍTULO I

EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR

En este capítulo se tiene por propósito desarrollo de las generalidades del proceso de inconstitucionalidad. En ese sentido, se realiza una reseña histórica de aquellos acontecimientos que permitieron el surgimiento del control de constitucionalidad de las leyes, así como los distintos sistemas de control que existen, así como la forma en la que dicha figura se regula en la Constitución de la República y la Ley de Procedimientos Constitucionales.

1. Evolución histórica del proceso de inconstitucionalidad

1.1. Evolución del control de constitucionalidad en el sistema europeo

La primera formulación de la teoría de separación de poderes se encuentra a finales del siglo XVII en Inglaterra con la promulgación del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1690) del autor. No obstante, pese a que esta figura tiene un origen inglés, se expandió mediante la exposición de la temática por parte en su obra *Del Espíritu de las Leyes* la que conseguiría aceptación universal¹.

En ese orden, el principio de separación de poderes fue comprendido como limitación de los poderes del rey y de los jueces a favor del parlamento. Así, en Francia además de las contingencias históricas que llevaron a los jueces a ser visto con desconfianza un gran impacto la obra de quien concebía al

¹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 2º ed, (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010), 578.

parlamento como depositario de la soberanía nacional y por consiguiente, como un órgano no susceptible a las limitaciones y el control de parte de sujetos sin legitimidad democrática.

Así, se advierte que la prohibición de cualquier interferencia del juez en el Poder Legislativo constituyó el mayor obstáculo para impedir por un tiempo prolongado el control de la constitucionalidad de las leyes en países europeos, sino que fue hasta que surgió la idea del control concentrado de la constitucionalidad ocurrido en Austria en el año 1920 en el que se le confiere el poder a una Corte instituida especialmente para ese fin, la cual se conoció como Corte Constitucional, modelo que posteriormente sería adoptado por Italia, España y Alemania².

Es importante resaltar que el control constitucional de las leyes ha sido la piedra angular del denominado “modelo europeo” de jurisdicción constitucional, desde que fue ideado por el autor, lo relevante es que al día de hoy aún conserva su importancia en el viejo continente³.

1.2. Evolución del control de constitucionalidad de las leyes en el sistema americano

El sistema de control de constitucionalidad de las leyes surgió en los Estados Unidos de América tiempo antes de surgir en Europa Continental, ya en el siglo XX, con el caso de Hamilton en los *Federalist Papers* y sedimentado en ocasión del caso en el cual el Juez tuvo un extraordinario papel, pues se trata del precedente en el cual la Corte Norteamericana reconoció por primera vez su competencia para declarar inválidos actos legislativos

²LuizGuilhermeMarinoni, *Control de Constitucionalidad*, 2° ed, (Colección Ciencias Jurídicas, Editorial Cuscatleca, San Salvador 2014), 43.

³ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008), 29.

contrarios a la Constitución⁴. En este contexto fue desarrollado el pensamiento que dio origen a la tesis de que todo juez tiene poder y deber de negar validez de ley que violente la Constitución.

En resumen, dicho caso trataba de que el Juez asumió la Presidencia de la Suprema Corte en 1801, en un contexto en que el Poder Judicial se encontraba devaluado y carecía de protagonismo. Durante un tiempo, además Presidente de la Corte, fue a la vez Secretario de Estado del presidente, del partido federal. Justo antes de que Adams dejara la presidencia, para ser relevado (del partido republicano), el gobierno del partido federal designó a varios jueces de paz. Este proceso de designación involucraba el nombramiento por parte del Presidente con la posterior ratificación del Congreso; tras ello, correspondía, como acto de perfeccionamiento formal, que el documento de nombramiento sea sellado y remitido por correo por el Secretario de Estado (cargo que, hasta el momento de los mencionados nombramientos.)⁵.

Lo cierto es que fue nombrado juez de paz casi el último día de gobierno del partido federal y no le alcanzó el tiempo para sellar o enviar todos los nombramientos que acaban de hacerse, entre ellos.

Ante ello, el nuevo Secretario de Estado, se negó a sellar y a distribuir las credenciales pendientes, e incluso eliminó las plazas de juez creadas por Adams. Seguramente sin imaginar lo que resultaría de ello, presentó pidiendo al nuevo Secretario de Estado que le envíe su nombramiento, el cual ya estaba sellado. Este pedido, en aplicación de una disposición de la

⁴Marinoni, *Control de Constitucionalidad*, 22.

⁵ Juan Manuel Sosa, El caso Marbury vs Madison -1803, *Revista Enfoque Derecho, UniversitySa Antonio*, (2015): 2.

Judiciary Act (equivalente a la Ley Orgánica Judicial), llegó directamente a la Suprema Corte.

Al decidir, la Corte resolvió que, aunque era cierto que le asistía un derecho y que este merecía tutela, la ley que habilitaba a la Suprema Corte a resolver un *mandamus* como el presentado contravenía lo dispuesto por la Constitución. Más específicamente, señaló que si bien la *Judiciary Act* habilitaba a la Corte Suprema para conocer algunos *mandamus* en primera instancia (con competencia originaria), dicha competencia legal resultaba inconstitucional, pues no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución (que disponía que, salvo algunos pocos supuestos, la Corte Suprema solo ejercía competencia “por apelación”).

En esta línea, y con independencia de la situación (a quien finalmente no se le tuteló el derecho), la Corte sostuvo que la Constitución (Cn) establecía límites para los poderes públicos, los cuales no podían ser rasados por estos, prohibición que había sido desatendida por el Congreso al dar la *Judiciary Act*. Y lo más relevante: precisó que cuando una ley se opone a la Constitución esta deja de ser válida y, siendo así, declaró que la ley que establecía la competencia de la Suprema Corte para que esta resuelva de manera directa no podía ser aplicada, por ser inconstitucional⁶.

El razonamiento empleado por el juez presenta dos preposiciones alternativas, o la Constitución es la ley suprema incapaz de ser modificada mediante los actos ordinarios, y de esta forma toda ley que sea contraria a la Constitución no es válida, o la Constitución se encuentra en el mismo nivel de las leyes secundarias, y como tal puede ser modificada por el legislador cuando este lo desee. Sin duda alguna la única conclusión atinada es que la

⁶Marinoni, *Control de Constitucionalidad*, 39.

Constitución es la ley fundamental y suprema y que por lo mismo todo acto legislativo que sea contrario a la Constitución es nulo. Así, el caso de la Corte Suprema por primera vez afirmó su poder de controlar la constitucionalidad de las leyes, consagrando el control difuso de constitucionalidad⁷.

Posteriormente, fue así cómo los grandes lineamientos del llamado modelo americano o *judicial review* fueron incorporados, es cierto que con matices, en la América Latina desde mediados del siglo XIX. El primer país que lo hizo fue México en 1841, y luego lo siguieron otros, en especial la Argentina en 1863, lo que se generalizó a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

De esa forma, se puede observar que a mediados del siglo XX, casi todos los países de América Latina ya habían incorporado el modelo americano de control de constitucionalidad en sus respectivas legislaciones.

1.3. Evolución del control de constitucionalidad en El Salvador

En primer lugar, se debe aclarar que la idea primaria de Constitución y su comprensión como norma jurídica supone la lógica e ineludible consecuencia de su aplicación directa por los jueces⁸, en El Salvador, tanto por razones de formación jurídica a la “europea” (jueces como “boca de la ley”) como por situaciones fácticas de poder, se considera que fue hasta en los últimos quince años del siglo XX que se adquiere plena conciencia de la noción de supremacía constitucional y, por derivación, de la Constitución como norma jurídica de carácter vinculante y no como una “declaración de principios sin valor normativo”.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Salvador Enrique Anaya: *Concepto de Constitución: Ideas para una discusión*, en *colectivo Teoría de la Constitución salvadoreña*, (Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y Cultura constitucional en la República de El Salvador, San Salvador; 2000) 32. Al respecto, sobre la vigencia de tal noción en El Salvador, *vid.*

En efecto, la mezcla entre un modelo de justicia constitucional de corte americano –que responde al sistema del *commowlaw*– y una tradición y formación jurídica sustentada en un sistema europeo-continental de base romanista o *civil law*, implicó que en el país no se asumieran las consecuencias de una visión constitucionalista del Derecho.

El Salvador se crea como Estado, cuando nace a la vida política independiente, lo hace como “*Estado constitucional*”, esto es, con propósito que la estructura estatal y su funcionamiento se ajuste a los fines y mecanismos organizacionales propuestos por el constitucionalismo, asumiendo como modelo básico de organización jurídico-política a los Estados Unidos de América en confluencia con algunos elementos provenientes de la Constitución de Cádiz–, subsisten ideas que impiden la consolidación de una comprensión normativa de la Constitución⁹.

Tal situación se evidencia a partir de la circunstancia que pese a que las diferentes Constituciones promulgaban el principio de supremacía constitucional, no se derivó la idea de control constitucional de actos y de leyes, y no es sino hasta mediados del finales del siglo XIX que a la noción de supremacía constitucional (inicialmente limitada a la protección de derechos constitucionales), se acompaña la previsión de procesos de protección de derechos constitucionales, en concreto, el amparo; y que es hasta mediados del siglo XX que se crean procesos de control directo de constitucionalidad de la ley.

Un aspecto importante de esa evolución es que ha estado determinada, en esencia, en la búsqueda de mecanismos de efectividad real de los derechos

⁹ Salvador Enrique Anaya, *La Justicia Constitucional en El Salvador. La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*; (edición conjunta del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Max Planck de Heidelberg; México, D.F.; 2010). 15

constitucionales, como es denominador común en América Latina; y no es sino hasta en las últimas décadas que se advierte una tendencia a la depuración del ordenamiento jurídico, tanto con la creación en 1950 del proceso de inconstitucionalidad modalidad abstracta de control constitucional, pero sobre todo con la introducción, en 2006, de la modalidad concreta para la iniciación de un proceso de constitucionalidad¹⁰.

Es de señalar, que la incorporación de mecanismos procesales orientados a la aplicación de la norma constitucional (tanto de origen americano como europeo), se ha realizado con la simple extrapolación de instrumentos procesales sin reflexionar sobre la conveniencia de los mismos en el sistema preexistente o sin hacer los ajustes adecuados en razón de la adición de un nuevo instrumento procesal.

Una visión cronológica de los hechos más relevantes de la evolución salvadoreña en el ámbito del control constitucional lo confirma: En prácticamente todos los textos constitucionales salvadoreños se consagra el principio de supremacía constitucional, pero del mismo no se deriva la aplicación directa de la normativa constitucional.

Así, la sinopsis realizada por el autor en su obra "*La Justicia Constitucional en El Salvador*" resumiría los hechos de la siguiente manera:

a) En 1871 se establece el *habeas corpus* o *exhibición de la persona*; vía procesal que aparentemente es absorbida por el denominado recurso de amparo en 1886, pero la realidad es que la ley en que se reguló el amparo sí se conservó, sin variación, el *habeas corpus*, el cual siguió operando como

¹⁰ Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en América Latina: Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, Vol. II, (Fundación Dialnet, Argentina, 2002), 1473 y 1474).

un recurso especial propio del proceso penal, al grado que no es sino hasta hace poco más de dos décadas que su conocimiento y decisión se confiere al ente especializado en el control constitucional;

b) En 1886, de importación mexicana, se establece el *proceso de amparo*;

c) En la reforma constitucional de 1939 se prevén como mecanismos de control constitucional, tanto la *potestad judicial de inaplicabilidad* (con antecedentes en las Constituciones federales de 1898 y 1921), como la figura de *controversias entre los poderes legislativo y ejecutivo en el proceso de formación de la ley*, proceso este último respecto del cual todavía no existe desarrollo legislativo;

d) En 1950 se reitera la potestad judicial de inaplicabilidad y se consagra –en texto constitucional– el amparo y el habeas corpus, pero los mismos siguen funcionando, durante casi una década, con las mismas normas legales que les regulaban previamente;

e) También en 1950 se crea la denominada acción popular o ciudadana para el *proceso de inconstitucionalidad*, el cual correspondía conocer y decidir a la Corte Suprema de Justicia, pero el desarrollo legislativo para su aplicación no se promulga sino hasta 1960;

f) En 1959, mediante reforma a la Ley Orgánica Judicial, se crea la Sala de Amparos, como ente especializado de la Corte Suprema de Justicia, para conocimiento y decisión de los procesos de amparo;

g) En 1960 se promulga la Ley de Procedimientos Constitucionales, que básicamente se circunscribe a reunir en un solo cuerpo disposiciones dispersas, pero no sistematiza una estructura común aplicable a los procesos constitucionales;

h) En la vigente Constitución de 1983 se establece la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como ente especializado, integrado en la CSJ, para el conocimiento y decisión de procesos especializados para la aplicación directa de la Constitución¹¹.

1.4. Aspectos generales sobre el control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características. La simplificación como opuestos de los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad no es del todo correcta, porque más allá de las diferencias teóricas o conceptuales, en la realidad y al resolver cuestiones y controversias, existe una aproximación de la práctica y la jurisprudencia constitucional, y una aproximación en los efectos de las sentencias. Es decir que entre los jueces constitucionales y los tribunales constitucionales no hay diferencias insalvables¹².

1.4.1. Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad

Los sistemas de control constitucional se clasifican según el maestro en: Por la naturaleza del órgano encargado del control constitucional, conforme al número de órganos que lo ejercen, y por la orientación de la interpretación constitucional que requieren.

¹¹ La creación de dicha Sala especializada en la materia constitucional se justifica en el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, en los siguientes términos: “Cuestión de la más grande importancia a la que la Comisión le otorgó tiempo, estudio y análisis fue la relativa al control de la constitucionalidad de las leyes, la legalidad de los actos de la En la legislación salvadoreña.

¹² Elena Highthon, *Sistema Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico, 2015), 107.

1.4.1.1. Por la naturaleza del órgano encargado del control constitucional

1.4.1.1.1. Control ejercido por un órgano político

En este caso el control de constitucionalidad se asigna a un órgano distinto a lo de los poderes constituidos, el cual necesariamente se coloca por encima de ellos. Este sistema se basa en que el único creador de la ley es el pueblo como titular de la soberanía, por ende, los jueces sólo deben aplicarla, así al órgano político se le encarga la tarea de preservar la constitucionalidad de las leyes, un ejemplo de este tipo de institución es el Consejo Constitucional Francés, el cual se pronuncia de oficio sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias antes de su promulgación o cualquier otro ordenamiento a solicitud del Presidente de la República o el Primer Ministro.

1.4.1.1.2. Control parlamentario

En algunos países con tradición del marxismo-leninismo; es decir, aquellos de corte socialista, por lo general se le confiere control constitucional al órgano encargado de la elaboración y sanción de las leyes; es decir, al Poder Legislativo. Este tipo de control se justifica desde la tesis del *centralismo democrático* que establece que el órgano que mayor representatividad tiene es el que debe prevalecer sobre los demás¹³.

Para explicar la naturaleza del control parlamentario se han planteado diversas teorías. Sin embargo, todas ellas pueden clasificarse en torno a tres tesis principales: a) la teoría estricta, para la cual no existe control sin sanción o solo existe control si este lleva aparejada una sanción; b) la teoría

¹³ Néstor Pedro Sagués, *Manual de Derecho Constitucional*, (Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2007), 102.

amplia, que entiende el control parlamentario como una simple verificación o inspección, sin que ello implique necesariamente una sanción, esto es, separa el control parlamentario de la sanción para considerarlos elementos de una categoría más general como es la de garantía; y e) la teoría de la polivalencia funcional, para la cual no existen procedimientos de control parlamentario determinados, sino que el control puede ser realizado por medio de todos los procedimientos parlamentarios.

Cabe señalar que tanto la teoría estricta como la teoría amplia consideran al control parlamentario como un control de naturaleza jurídica, mientras que, para la teoría de la polivalencia funcional, el control parlamentario es un control eminentemente político; sin embargo, las dos primeras teorías mencionadas no son de recibo en el ordenamiento jurídico.

En efecto, sucintamente se puede afirmar que la teoría estricta peca de reduccionismo porque el concepto de control parlamentario que predica no es extrapolable a los regímenes presidencialistas, a la vez que considera a las preguntas, comisiones investigadoras e interpelación como instrumentos de información, mas no de control; a todo ello se suma el hecho de que, como según esta el control parlamentario conlleva siempre una sanción, es obvio que el control parlamentario solo puede ser realizado por la mayoría parlamentaria, pues la minoría opositora no estaría en condiciones de generar una sanción directa e inmediata, provocando que la titularidad del control recaiga siempre en la mayoría, claro está, con los inconvenientes que ello supone para el control y para el mismo Estado constitucional democrático.

En tal sentido, el control parlamentario, en tanto control de naturaleza política, implica la consideración de tres elementos que lo definen, a saber: l)

la oposición parlamentaria democrática discrepante, II) la responsabilidad política difusa del Gobierno y III) la opinión pública¹⁴.

Junto con el control que se realiza a través de los votos populares, el control parlamentario constituye uno de los medios más específicos, y más eficaces del control político. La defensa de su validez como instrumento de limitación del poder no radica, sin embargo, en pretender su conversión conceptual, intentando presentar como «jurídico» un control que, indudablemente, no lo es (por todo lo que antes se ha explicado), o en desligar de manera radical el control de la sanción, dejándolo, simplemente, sin sentido (que es lo que sucede si se elimina el elemento finalista).

1.4.1.1.3. Control ejecutivo

Este control de constitucionalidad es el que ejerce el Presidente sobre el Congreso mediante el veto de las leyes aprobadas por dicha autoridad por considerarlas inconstitucionales.

En relación con el veto presidencial, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que en el Estado Constitucional de Derecho las funciones estatales están distribuidas entre varios e independientes detentadores del poder, los cuales están obligados a cooperar en la formación de la voluntad estatal. La Constitución, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, y al establecer la obligación de ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal, limita al mismo tiempo el ejercicio del poder.

¹⁴ Cecilia Mora-Donatto, "Instrumentos constitucionales para el control parlamentario. Cuestiones Constitucionales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 4, enero-junio, México, (2001): 85-113.

En razón de esa necesidad de colaboración en la formación de la voluntad estatal, la Constitución prevé la intervención del Presidente de la República en el procedimiento legislativo; precisamente, porque el Órgano Ejecutivo, al asumir la ejecución de la dirección política así como la responsabilidad en la ejecución de la misma, está inseparablemente unido al proceso legislativo. Así, pues, según la Constitución –ord. 8° del art. 168–, corresponde al Presidente de la República sancionar, promulgar y publicar las leyes, y hacerlas ejecutar.

Tal intervención implica –como se desprende de los arts. 135, 136, 137 y 138– la aprobación política de un proyecto de ley emanado de la Asamblea; de tal suerte que el mismo no pasará a formar parte del ordenamiento jurídico sino hasta que sea sancionado por el Presidente de la República. La sanción, entonces, deviene en un acto solemne, de carácter político, que implica la aceptación por el Presidente de la República, de un proyecto de ley aprobado por el órgano investido de la potestad legisferante.

En este mismo sentido, el Órgano Ejecutivo, al sancionar un proyecto de ley, manifiesta su aceptación total sobre el contenido del texto y su fuerza imperativa. Ahora bien, si la sanción comporta una manifestación de aceptación política sobre el contenido y regularidad constitucional de un proyecto de ley, ésta no es más que el resultado de un control sobre el proyecto de ley; es decir, que la sanción va precedida del examen de fondo y forma del proyecto de ley. En esta tónica, el Presidente se convierte en un auténtico controlador político de la actividad normativa de la Asamblea Legislativa.

El control de un proyecto de ley puede realizarse básicamente sobre tres aspectos: (I) constatar si se han cumplido los requisitos formales –orgánicos y procedimentales– establecidos en la Constitución para la elaboración del

mismo; (II) realizar un examen de constitucionalidad, es decir, verificar la concordancia del proyecto de ley con la normativa constitucional; (III) realizar una ponderación acerca de la conveniencia y oportunidad del proyecto para los intereses de la colectividad y los fines perseguidos. Asimismo, el Presidente puede examinar algunos aspectos accidentales que, no siendo de fondo, pueden afectar el proyecto de ley –observaciones–.

Como consecuencia de este control político –voluntario y subjetivo–, el Presidente de la República puede sancionar el proyecto de ley por ser constitucional y afín a los intereses perseguidos, puede realizar observaciones, o vetarlo por razones de oportunidad o inconstitucionalidad.

Así, las observaciones y el veto son los instrumentos que la Constitución concede al Presidente de la República para rechazar la actividad legislativa. El veto, en su esencia, es un medio constitucional del que dispone el Presidente de la República para rechazar políticamente un proyecto de ley discutido y aprobado por el Órgano Legislativo –arts. 137 incs. 1º y 2º y 138 Cn, y puede obedecer a razones de inconstitucionalidad o la inconveniencia política que, según el primero, presente la decisión adoptada por el segundo.

La valoración de los criterios que llevan a concluir que un proyecto de ley es inconveniente o inconstitucional –y la consecuente decisión de vetar–, corresponde al Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Gobierno, es decir, jefe de uno de los dos órganos fundamentales de la estructura estatal que están habilitados para configurar positivamente la política del Estado salvadoreño, la cual principalmente, y en un Estado de Derecho, se expresa en leyes¹⁵.

¹⁵ Sala De Lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad (Inc.) 24-99 y en Sentencia de 30-VI-1999, proceso de Inc. 8-96, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000).

1.4.1.1.4. Control por el electorado

Un caso no habitual es el sistema de revisión de constitucionalidad por medio del cuerpo electoral. En los Estados Unidos de América fue instrumentado en la Constitución del Estado de Colorado, así en este sistema por ejemplo si el Superior Tribunal del Estado declaraba inconstitucional una norma, el 5% del electorado tenía el derecho a que se sometiera a referéndum lo resuelto por el Tribunal (esto se llamó apelación popular de sentencias)¹⁶.

1.4.1.1.5. Control Constitucional ejercido por el órgano judicial

Se encomienda a un órgano judicial con competencia expresa para determinar la constitucionalidad de diversos actos, está legitimado para iniciar el procedimiento correspondiente, el gobernado, a quien perjudica el acto tildado de inconstitucional.

Ante el órgano jurisdiccional se lleva a cabo un auténtico procedimiento contencioso, cuya litis versa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto impugnado.

En el ordenamiento jurídico, el artículo 174 Cn dispone que adentro de la Corte Suprema de Justicia se conformara una Sala de lo Constitucional a la cual le va a corresponder conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas corpus, la solución de las controversias entre órganos, etc. Asimismo, sobre su composición la citada disposición aclara que dicha Sala estará conformada por cinco magistrados que serán elegidos por la Asamblea Legislativa, los cuales tienen una función por un periodo de nueve años. De esa forma, se concluye a partir de esa disposición que el sistema

¹⁶Ibíd.

de control constitucional es ejercido por un órgano adscrito al poder judicial como lo es la Sala de lo Constitucional.

Esta Sala es de carácter jurisdiccional lo que implica que el Tribunal no puede actuar por impulso propio sino que según los criterios de constitucionalidad y no de oportunidad ni conveniencia política, sus decisiones deben tener un fundamento constitucional¹⁷. Es, asimismo, de carácter constitucional, pues la Sala recibe directamente su estatus y competencias esenciales de la Constitución de la República, la que se encuentra en la estructura de la Corte Suprema de Justicia. Así, al ser un órgano de carácter constitucional se puede definir a la Sala de lo Constitucional como un elemento básico e indefectible del Estado que participa de manera inmediata y activa en la formación de la voluntad estatal y que goza de independencia.

1.4.1.2. Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren

1.4.1.2.1. Control abstracto y concreto

El control abstracto de la constitucionalidad, obviamente sólo aplicable a normas generales ordinarias, estriba en la mera comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema, con absoluta independencia de su modalidad de aplicación; es decir, en esta clase de control no se estudiará un caso concreto en el cual sea aplicada la norma ordinaria impugnada, cuyos elementos contingentes podrían limitar y determinar la percepción del sentido de las normas constitucional y ordinaria en cuestión, y

¹⁷ Luis López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, (Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000), 18-19.

determinar la decisión de inconstitucionalidad que se busca, pues “la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante”.

El control concreto, por otra parte, implica la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan, y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas en juego.

1.4.1.2.2. Control preventivo y represivo

La idea de control preventivo y control represivo se relacionan al momento de control de constitucionalidad, si es anterior o posterior a la publicación de la ley o del acto normativo. En ese sentido, si el control es anterior es llamado preventivo y el control represivo es la forma tradicional de control de constitucionalidad¹⁸.

El control preventivo al ser visto como una fase del proceso legislativo se confunde con el control político, por lo que la doctrina concibe que no se puede establecer de un control jurisdiccional preventivo sino que el mismo es de carácter político. Por ello, al establecer de control represivo, es aquel que es realizado posteriormente a la publicación de la ley, y constituye la manera típica y tradicional en la que las Cortes Constitucionales realizan su labor. Su nombre hace alusión a que el Tribunal expulsa del ordenamiento jurídico aquellas normas que adolecen de algún vicio de inconstitucionalidad.

1.4.1.3. Conforme al número de órganos que lo ejercen

1.4.1.3.1. Control difuso

En este tipo de control cualquier Juez, sin importar su categoría o compe-

¹⁸Marinoni, *Control de Constitucionalidad*, 59-60.

tencia específica, puede analizar la constitucionalidad de las leyes que debe aplicar y en la que se basan los actos de las autoridades. Es importante aclarar que en este sistema la decisión del Juez únicamente tiene vinculación con el caso en concreto, la norma impugnada no es expulsada del ordenamiento jurídico.

Este sistema implica que son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución. El control difuso podría manifestarse de diversos modos:

a) Otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y

b) Otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios; aunque en general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto.

1.4.1.3.2. Control concentrado

Este modelo consiste en que las cuestiones de constitucionalidad deben de ser resueltas por un órgano jurisdiccional al que se le encomienda exclusivamente esa función y se le denomina concentrado porque esa función la tiene una clase específica de jueces o magistrados. En este tipo de Tribunales se realiza un control abstracto de constitucionalidad, pues no existe litigio entre las partes y en este caso a diferencia del control difuso la sentencia tiene efectos generales; es decir, erga omnes.

En este sistema, denominado modelo europeo se centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del

Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional. Un Tribunal o Corte constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes –y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo– a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos. Pero asimismo y en general, la tarea del Tribunal Constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

1.4.1.3.3. Modelo mixto

Este modelo se caracteriza por la existencia de una Corte Constitucional, que actúa como un Tribunal Colegiado permanente de jurisdicción privativa, cuya finalidad es defender el orden constitucional y las demás atribuciones conferidas por la norma suprema y cuyas sentencias tienen efectos generales.

Este modelo se completa con la existencia de jueces a los cuales se les ha dado la competencia específica para realizar un control difuso que puede llevar a inaplicar una ley al caso concreto por ser contraria al orden constitucional.

Este modelo es más propio de América, que instala en el Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como sala adentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

1.4.1.3.4. Experiencia en El Salvador

En el ordenamiento jurídico, para la eficacia de su primacía, la Constitución ha creado una instancia jurisdiccional como garantía trascendente, cuya finalidad es el enjuiciamiento constitucional de las decisiones y actos de los poderes públicos y de cualquier otro que tenga competencia reconocida por El Salvador. De acuerdo con los arts. 174 y 183 Cn, dicha instancia jurisdiccional –juez natural– es la Sala de lo Constitucional.

Ya en la Constitución de 1939 se contempla el control difuso de constitucionalidad, pues se establece la facultad de los tribunales de inaplicar cualquier ley o disposición contraria a la carta magna. El Salvador fue el primer país en Centroamérica en adoptar el modelo de la Sala en lo Constitucional en la Constitución de 1983, actualmente en vigencia con las reformas aprobadas en el periodo de 1991 a 2003.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador es el máximo tribunal jurisdiccional del país. Está organizada en cuatro salas de las cuales una es la Sala de lo Constitucional, que conforme a la Constitución, es el único tribunal competente para conocer los demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo y hábeas corpus, y las controversias entre los órganos Legislativo y Ejecutivo, se trata de un control abstracto.

Asimismo, el Tribunal ejerce control previo durante el proceso de formación de la ley, cuando el Presidente de la República considera inconstitucional un proyecto de ley y el órgano, legislativo lo ratifica. Pero, aparte de ello existe el control difuso, pues, todo juez o tribunal ordinario goza de la potestad de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos

del Estado, así como de los tratados, si son contrarios a la Constitución. El juez o tribunal ordinario a la vez que es aplicador de normas es “juez de su constitucionalidad”, ya que tiene potestad, sin consultar a nadie, de examinar si la norma a aplicar es conforme con la Constitución o no lo es. Sólo debe aplicar la que supere ese juicio y rechazará la que considere contraria a la Constitución.

El control jurídico de constitucionalidad está condicionado por los siguientes presupuestos esenciales: (I) una Constitución con fuerza normativa; (II) un órgano independiente con facultades decisorias, con efectos obligatorios para todos; (III) la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas secundarias; y (IV) el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad. En este esquema de ejecución de funciones resalta la importancia que tiene un Tribunal, Corte o Sala Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho, debido a que es a dicha institución jurisdiccional a quien le corresponde el control jurídico del poder limitado por la Constitución.

La citada Sala ha señalado que, de conformidad con el art. 185 Cn, los jueces o tribunales del Órgano Judicial podrán ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes al resolver los "casos y controversias" que ante ellos se conozcan, mediante la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos que contraríen preceptos constitucionales¹⁹.

El control difuso, al igual que el control concentrado previsto en el art. 183 Cn., es de carácter jurídico pues se fundamenta en razones objetivas (no de conveniencia u oportunidad) y es realizado por un órgano independiente e

¹⁹ Sala De Lo Constitucional, Auto de sobreseimiento de 13-III-2015, Ref. 152-2013, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de derecho (juridicidad y objetividad).

La posibilidad de iniciar un proceso de inconstitucionalidad a partir del ejercicio de la potestad de inaplicación o inaplicabilidad de una norma solo fue prevista por el art. 185 Cn. para funcionarios judiciales y fue incorporada a la Ley de Procedimientos Constitucionales por medio del Decreto Legislativo n° 45, de 6-VII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo n° 372, de 7-VIII-2006. Sin embargo, esta reforma no determinó expresamente que los funcionarios distintos a los judiciales puedan ejercer la potestad de inaplicación.

De hecho, la Sala en la resolución de fecha 7-XII-2015, Inc. 103-2015, mediante una interpretación sistemática de los arts. 185, 208 inc. 3°, 235 y 246 Cn., admitió el requerimiento de inaplicabilidad pronunciado por el Tribunal Supremo Electoral, bajo el argumento de que dicha autoridad ejerce materialmente jurisdicción en los casos electorales sometidos a su conocimiento.

1.5. Aspectos generales del proceso de inconstitucionalidad

1.5.1. Definición

En primer lugar, es necesario aclarar que la acción de inconstitucionalidad es un medio de protección jurídico de la Constitución, el que de la actual configuración legal, jurisprudencial y doctrinaria se puede definirlo como aquel mecanismo procesal de control que está constituido por un análisis lógico-jurídico que busca desentrañar el sentido intrínseco de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro, así como el sentido

general y abstracto de los diversos mandatos que se puedan contener en las disposiciones objeto de control, para luego verificar que exista conformidad de las segundas con las primeras y, si como resultado de dicho juicio de contraste, las disposiciones inferiores aparecieran disconformes con la Ley Suprema, decidir su invalidación, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico²⁰.

1.5.2. Órgano competente

La defensa de la Constitución está presente en el desarrollo de la teoría del Derecho Constitucional del siglo XIX, la propia concepción de LASALLE hacía referencia a la Constitución como una hoja de papel en contraposición a la Constitución real siendo hasta en la época entreguerras que cuando en Europa se consolida la idea de una defensa de la Constitución como una exigencia de continuidad del texto, la cual se ejerce por diversos medios, siendo el jurídicamente más efectivo la previsión de una jurisdicción constitucional, jurisdicción que se encuentra atribuida a un órgano constitucional, un Tribunal constituido con la específica finalidad de controlar la constitucionalidad de las normas, que actúa a petición de parte y que produce resoluciones con los efectos propios de las decisiones emanadas del órgano jurisdiccional²¹.

El órgano jurisdiccional para conocer de conformidad a la Constitución, la Ley Orgánica Judicial y a la Ley de Procedimientos Constitucionales de las demandas de inconstitucionalidad es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁰ Salvador Enrique Anaya Barraza y otros, *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, (Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2015), 240.

²¹ Francisco Balaguer Callejón, *Manual de Derecho Constitucional*, 8ªed, V I, (Editorial Tecnos, Madrid, España, 2013), 261.

El control jurídico de constitucionalidad está condicionado por los siguientes presupuestos esenciales: (I) una Constitución con fuerza normativa; (II) un órgano independiente con facultades decisorias, con efectos obligatorios para todos; (III) la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas secundarias; y (IV) el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad –sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional el 26-IX-2000, en el proceso de Inc. 24-97–.

La Sala de lo Constitucional es un ente de carácter jurisdiccional cuya naturaleza se configura a partir de los siguientes elementos: I) está compuesta por jueces; II) funciona por medio de procesos jurisdiccionales; y III) sus decisiones se adoptan en formas de sentencias. Lo anterior, se traduce en que la Sala sólo puede actuar mediante el impulso procesal y no de forma oficiosa y que sus actuaciones deben ser expresamente fundamentadas en razones constitucionales y nunca por motivos de oportunidad o conveniencia política²².

Asimismo, la Sala de lo Constitucional es un órgano de carácter constitucional en virtud de recibir sus status y funciones directamente de la Constitución de la República a través de la cual mediante el ejercicio de sus funciones es que se actualiza el contenido de la norma suprema salvadoreña.

Sobre ese punto, en la Sentencia del 5-VI-2012 emitida en la Inc. 19-2012 la Sala de lo Constitucional estimó que a partir de la conexión del art. 183 Cn. con el art. 172 inc. 1º frase 2ª Cn., puede concluirse que, a pesar de la existencia de una "sociedad abierta de intérpretes", la Sala de lo Constitucional es quien tiene la última palabra con respecto a la interpretación de la

²² Manuel Montesinos Giralt, *La Sala de lo Constitucional de la República de El Salvador*, (Concepto y Composición", Universidad Simeón Cañas (UCA), El Salvador, 2010), 360.

Constitución salvadoreña –resolución y sentencia de 7-X-2011, Incs. 14-2011 y 20-2006, respectivamente–, tal como acertadamente lo reconoció la Asamblea Legislativa en el Considerando I del D. L. n°45/2006, de 6-VII-2006, por el cual se agregó el Título V, denominado "Inaplicabilidad", a la Ley de Procedimientos Constitucionales, en el cual expresó que: "el país ha adoptado dos sistemas de control de constitucionalidad, el concedido a los tribunales ordinarios, conocido como control difuso establecido en el art. 185 de la Constitución, y el control referido en el art. 183 de la misma Constitución, conferido a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de la Justicia, como intérprete máximo y final de la Constitución".

En este esquema de ejecución de funciones resalta la importancia que tiene un Tribunal, Corte o Sala Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho, debido a que es a dicha institución jurisdiccional a quien le corresponde el control jurídico del poder limitado por la Constitución.

En virtud del antecedente jurisprudencial antes citado, se puede afirmar que la actual Sala de lo Constitucional es un órgano jurisdiccional de naturaleza constitucional que reemplazó a la Sala de Amparos creada en 1959 en virtud de la promulgación de la Constitución de la República del 20-XII-1983 que cuenta con características y connotaciones propias que lo diferencian de los demás Tribunales de la República y con un funcionamiento propio al concepto de un Tribunal Constitucional Europeo.

1.5.3. Legitimación procesal

1.5.3.1. Legitimación procesal activa

Se encuentran legitimados activamente para plantear pretensiones de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional, de conformidad a los

artículos 183 de la Constitución y 2 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, cualquier ciudadano capaz de ejercer sus derechos políticos; en ese sentido se puede afirmar que en el país se concede "acción popular" para plantear pretensiones de inconstitucionalidad. Esto es posible afirmarlo ya que la legislación no exige mayores requisitos para ejercer la legitimación activa en este proceso.

La calidad de ciudadano deberá acreditarla el demandante en el proceso, específicamente, acompañando a la demanda la documentación correspondiente, lo cual constituye el título que lo legitima activamente para plantear la pretensión, partiendo de la idea que para la incoación de ésta –a diferencia del amparo– no se exige, como nexo procesal habilitante, un agravio concreto proveniente del acto de aplicación de la norma impugnada.

Además de los ciudadanos se encuentran legitimados para plantear pretensiones de inconstitucionalidad el Fiscal General de la República²³ y el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

Por otra parte, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, de conformidad al artículo 194 apartado I, ordinal 4º de la Constitución, puede "promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos." Lo anterior partiendo de la interpretación de que mediante la iniciación de un proceso de inconstitucionalidad pueda atacar normas jurídicas que al ser aplicadas puedan atentar contra los derechos humanos.

²³ En el auto de admisión del 31-I-2018 proveído en la Inc. 5-2018 la Sala indicó respecto de la legitimación del Fiscal General la Constitución prescribe que el Fiscal General de la República, en su carácter de funcionario público, tiene la obligación de ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 235 Cn.).

1.5.3.2. Legitimación procesal pasiva

La legitimación procesal pasiva en el proceso de inconstitucionalidad dependerá de la disposición o acto que se ataca, en ese sentido, no se puede hacer una enumeración en abstracto de quienes pueden tener esta calidad; sin embargo se puede afirmar que se trata de órganos estatales y autoridades emisoras de normas jurídicas.

1.5.4. Actos sujetos a control constitucional

El art. 183 Cn. le confiere a la Sala de lo Constitucional la competencia para depurar el sistema jurídico, por medio de la defensa objetiva de la Constitución, a petición ciudadana. De acuerdo con lo sostenido en la resolución de fecha --19-III--2001, pronunciada en la Inc-. 9--2001, el objeto mediato del proceso de inconstitucionalidad es la defensa del orden constitucional cuando se considera vulnerado por la emisión de una disposición, un cuerpo normativo o un acto específico de aplicación directa de la Constitución.

Esta idea está relacionada con la finalidad del proceso de inconstitucionalidad: la depuración del ordenamiento jurídico en el sentido de expulsar de éste, aquellas disposiciones que sean incompatibles con la Constitución.

En efecto, el proceso de inconstitucionalidad ha sido diseñado por el sistema jurídico como un mecanismo de control jurisdiccional para verificar en abstracto la compatibilidad lógica entre la Constitución y la disposición o cuerpo normativo cuyo control se solicita, a fin de que la Sala de lo Constitucional invalide la segunda si, como resultado del examen, determina su incompatibilidad con la Ley Suprema –resolución de Inaplicabilidad 19-2012 de fecha 25-VI-2012 emitida por la Sala de lo Constitucional–.

El objeto de control no solo está constituido por disposiciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, sino también por actos que aplican directamente la Constitución. El catálogo de las fuentes del Derecho a las que se refiere el art. 183 Cn. es enunciativo, no taxativo.

En ese sentido, la citada Sala ha establecido que la atribución y potestad para declarar la inconstitucionalidad de toda disposición normativa de carácter general, e independientemente de la denominación empleada – leyes, decretos y reglamentos– no implica en modo alguno la exclusión de otras, tales como ordenanzas, acuerdos, etc., siempre que tuvieren el contenido normativo antes indicado²⁴.

1.5.4.1. Leyes

Tal y como se indicó anteriormente el control jurídico de constitucionalidad está condicionado por los siguientes presupuestos esenciales: (I) una Constitución con fuerza normativa; (II) un órgano independiente con facultades decisorias, con efectos obligatorios para todos; (III) la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas secundarias; y (IV) el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad²⁵.

Cuando se hace referencia al concepto de leyes, se debe entender como todas aquellas disposiciones normativas emanadas por la Asamblea Legislativa una vez cumplido el proceso de formación de ley establecido constitucionalmente para la validez y vigencia de una ley secundaria.

²⁴ Sala de lo Constitucional Sentencia. 16-VII-1992, Ref. 7-91, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

²⁵ Sala de lo Constitucional Sentencia. 26-IX.200, Ref. 24-97., (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

1.5.4.2. Tratados Internacionales

Aunque los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos –igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución– pueden estimarse como un desarrollo de los alcances de los preceptos constitucionales, ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema porque la Constitución “se ha atribuido a sí misma solamente el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, de acuerdo con los arts. 246 Cn. y 149 Cn., subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados, leyes, reglamentos; y porque los tres procesos regulados en ella, tienen como finalidad común, garantizar la pureza de la constitucionalidad, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional”²⁶.

Así, la Sala de lo Constitucional ha aseverado que “en El Salvador, según lo dispuesto en el art. 145 de la Cn., no se podrán ratificar tratados en que se restrinjan o afecten, de alguna manera, las disposiciones constitucionales. Si no obstante la anterior prohibición, se llegase a introducir a el ordenamiento jurídico –como leyes de la República– acuerdos de voluntades entre Estados, o entre éstos y organismos internacionales, que contengan disposiciones que contradigan la Constitución, el art. 149 de la misma prescribe que dichos tratados pueden ser sometidos al control de constitucionalidad”²⁷.

Cuando ha encontrado alguna contradicción entre lo establecido por la Constitución y lo determinado por un instrumento de origen internacional, la

²⁶ Sala de lo Constitucional Sentencia. 6-VI-2008, Ref. 31-2004, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

²⁷ Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-VII-2014, Ref. 52-2014, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

Sala de lo Constitucional no ha tenido reparo en declarar la inconstitucionalidad del segundo, como ocurrió en la sentencia de 16-X-2007, Inc. 63-2007 y más recientemente en la de 23-X-2013, Inc. 71-2012; declarando inconstitucionales ciertas disposiciones del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

1.5.4.3. Reglamentos

La Constitución de la República también habilita la impugnación vía inconstitucionalidad de disposiciones reglamentarias, es decir, aquellas normas que son emitidas por regla general para desarrollar el contenido de una ley secundaria. Los reglamentos, a diferencia de otros países, pueden ser sometidos directamente al control de constitucionalidad a través del proceso de inconstitucionalidad. Se encuentra en el ordenamiento jurídico reglamentos autónomos, como los internos de la Asamblea Legislativa – artículo 131 ordinal 1º. Cn.–, del Órgano Ejecutivo y el Consejo de Ministros –artículo 167 ordinal 1º Cn. –; y reglamentos de ejecución, como los dictados por el Presidente de la República con base en el art. 168 ord. 14º Cn²⁸.

1.5.4.4. Ordenanzas

La Constitución en el artículo 204 ordinal 5º reconoce al Municipio la posibilidad de dictar ordenanzas, las cuales de conformidad al artículo 32 del Código Municipal, son "normas de aplicación general del municipio sobre asuntos de interés local". Por tanto, al ser dichas ordenanzas municipales normas generales y abstractas, pueden ser sometidas al control de constitucionalidad a través del proceso de inconstitucionalidad.

²⁸ Anaya, *Teoría de la Constitución Salvadoreña* 244.

1.5.4.5. Normas preconstitucionales

La Sala de lo Constitucional ha acotado en la sentencia del emitida el 26-VIII-2015 en la Inc. 123-2012 que cuando se trata de analizar normativa preconstitucional –como se ha dicho en reiterada jurisprudencia de este tribunal, desde la sentencia de 20-VI-1999, Inc. 4-88–, es de considerar que al entrar en vigencia la Constitución, el 20-XII-1983, no apareció en un vacío jurídico, sino que se insertó en un ordenamiento preexistente, que no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, pero fue modificado por esta. Ello plantea el supuesto de la inserción de la Constitución en el ordenamiento preconstituido, circunstancia que de suyo produce una incompatibilidad lógica entre ciertas disposiciones o cuerpos normativos del ordenamiento preexistente y la nueva Constitución o una reforma a la misma, y hace necesario definir el efecto que tal incompatibilidad provoca.

En ese sentido, el artículo 249 de la vigente Constitución establece: “Derógase [...] todas aquellas disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de esta Constitución”. En virtud de esta disposición, la incompatibilidad de ciertas disposiciones preconstitucionales con la vigente Constitución, produce su derogación desde el 20-XII-1983. Así, la inclusión de una derogatoria genérica en la vigente Ley Suprema implica una decisión fundamental: no dilatar la existencia de las disposiciones preconstitucionales incompatibles con la nueva Constitución, más allá del 20-XII-1983. La misma consideración merecen aquellas disposiciones secundarias que entran en conflicto con la Constitución en virtud de una reforma a esta.

En consecuencia, el control de constitucionalidad realizado por la Sala sobre la normativa preconstitucional no produce la invalidación de la disposición o

cuerpo normativo objeto de control, sino que se limita a declarar su contradicción con la normativa constitucional, constatando de un modo general y obligatorio la derogación producida por el artículo 249 Cn.

1.5.4.6. Otros

Tal como se acotó desde la Sentencia de 16-VII-1992, Inc. 7-91, el art. 183 Cn. establece la atribución y potestad de la Sala para declarar la inconstitucionalidad de toda disposición normativa de carácter general, e independientemente de la denominación empleada –leyes, decretos y reglamentos– no implica en modo alguno la exclusión de otras, tales como ordenanzas, acuerdos, etc., siempre que tuvieren el contenido normativo antes indicado.

Sin embargo, el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad no se restringe exclusivamente a disposiciones jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto producidas por los órganos con potestades normativas, sino que se ha ampliado a actos concretos que se realizan en aplicación directa e inmediata de la Constitución.

De esta forma, en la sentencia pronunciada en este proceso, se aclaró que los actos de aplicación directa de la Constitución, aunque no contengan pautas de conducta generales mediante disposiciones jurídicas impersonales y a abstractas, sí constituyen normas individuales, cuya regularidad jurídica está directamente determinada, sin intermediación de otra fuente, por la Constitución; por tanto, las condiciones, requisitos –formales o materiales– y procedimientos para su producción, son prescritos únicamente por la Ley Suprema.

Ejemplo de este tipo de actos serían: el acuerdo de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa en el que se nombra una Comisión Especial de Investigación, el acuerdo legislativo de un funcionario de segundo grado como Fiscal General de la República, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, etc.

1.6. Tipos de inconstitucionalidad

1.6.1. Inconstitucionalidad por contenido

Se da cuando la normativa impugnada viola sustancialmente el contenido de una disposición constitucional; es decir, la contravención se da cuando se establece por medio de una operación de parificación entre la norma inferior y superior, que en este caso es la constitucional.²⁹

1.6.2. Inconstitucionalidad por forma

Este se suscita cuando en el momento que se emitió la normativa impugnada fue realizada en inobservancia total o parcial del procedimiento establecido en la Constitución de la República para la emisión de las leyes.

Tal examen está dirigido a constatar la vulneración de una norma sobre producción jurídica, que puede ser de tres tipos: (I) la que atribuye competencia para la producción de otras disposiciones; (II) la que determina el procedimiento para el ejercicio de esa competencia; y, (III) la que circunscribe el ámbito material o territorial en que puede ejercerse dicha competencia.

²⁹ Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000), 527.

Ahora bien, en caso de establecerse la existencia de una infracción a las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento de formación de la ley, la referida Sala ha establecido que es razonable omitir el análisis de los vicios de contenido pues la pretensión ya sería estimable³⁰.

1.6.3. Inconstitucionalidad por omisión

Se puede conceptualizar la omisión inconstitucional como la falta de desarrollo por parte del legislador, en un plazo razonable, de aquellos mandatos constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma que impida su eficaz aplicación. No se trata de una simple negativa de hacer: significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se está constitucionalmente obligado. En la definición del tipo de control, se conjugan dos elementos trascendentales para determinar cuándo se está en presencia de una inconstitucionalidad por omisión: la falta de desarrollo y la ineficacia de las disposiciones constitucionales.

La inconstitucionalidad por omisión se da cuando la efectiva protección de las prestaciones derivadas de un derecho fundamental exige del Legislativo la emisión de un cuerpo jurídico, por lo que el mecanismo que la Sala puede utilizar para controlar su incumplimiento es el de la inconstitucionalidad por omisión.

Con respecto a dicho instituto, y a diferencia de otros países, la Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa. Sin embargo, la

³⁰ Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-II-2018, Ref. 6-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

jurisprudencia emitida por esa Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en el Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución.

Fundamentalmente, las razones que han sido argüidas para justificar la inconstitucionalidad por omisión son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Sobre las referidas cualidades de la Constitución (fuerza normativa y supremacía). Basta con afirmar que, si bien la Ley Suprema está compuesta por disposiciones jurídicas que incluyen una multiplicidad de normas jurídicas que tienen la misma fuerza normativa porque ocupan el máximo rango jurídico, lo cierto es que no todas ellas tienen la misma eficacia.

Tal y como lo ha afirmado la Sala de lo Constitucional en la sentencia de Inc. 37-2004, la eficacia es una de las dimensiones inherentes de toda norma jurídica, debido a que esta se produce con la intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad para que pueda cumplir realmente con su razón esencial: establecer los fundamentos de la convivencia nacional y la construcción de una sociedad más justa (preámbulo de la Constitución).

También, la Constitución establece un conjunto de valores que se traducen en normas jurídicas y en un determinado contenido fundamental que busca ser realizada y, de igual manera, cumplir también con el postulado de eficacia aludido.

Ahora bien, este modo de regular la convivencia tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. Así, las

disposiciones constitucionales exigen distinta intensidad de actualización, sin que ello signifique que poseen una significación dispar o un protagonismo diferenciado.

En ese orden de argumentos, es oportuno señalar que, generalmente, la existencia de este tipo de disposiciones constitucionales que tipifican mandatos se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino verdaderas imposiciones jurídicas que obligan al órgano emisor conectarlas con otras de desarrollo infraconstitucional para alcanzar su plenitud aplicativa. Estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador constituyen cierto tipo de normas incompletas, pues, en línea de principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que el derecho fundamental a la que se refiere el mandato pueda cobrar plena eficacia.

De esta forma, si la ley a la que se remite el mandato está emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

En este tema hay que señalar la peculiaridad que tienen los encargos dirigidos al legislador que se refieren a los derechos fundamentales, puesto que el contenido mínimo de estos derechos ha de tener aplicación inmediata y eficacia directa en todo caso. Por tal motivo, las modalidades de ejercicio del derecho fundamental en cuestión deben tener eficacia directa y, por ello, los poderes públicos deben respetar su contenido esencial, aunque no exista una ley que las actualice.

Ello significa –según afirma la Sala de lo Constitucional– que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección. Ahora bien, no está de más aclarar que, a diferencia de la regulación, los límites sólo son susceptibles de ser realizados por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa.

En ese sentido, existen diferencia de otros países –como Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador o Paraguay, la Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresa-mente la inconstitucionalidad por omisión como uno de los instrumentos que garantizan la eficacia de la constitucionalidad ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta sala ha sostenido que tal instrumento de protección es aplicable en el Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución.

Las razones que han sido argüidas para justificar la inconstitucionalidad por omisión son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, así como la fuerza normativa de los derechos fundamentales³¹.

1.6.4. Inconstitucionalidad por conexión

Respecto de la inconstitucionalidad por conexión, la Sala de lo Constitucional ha manifestado que, como excepción al principio de congruencia, ésta tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya

³¹ Sala de lo Constitucional Sentencia. 10-XI-2017, Ref. 8-2015, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de una decisión adoptada; es decir, si se constatan o verifican las conexiones que se coligen de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede consentirse la validez de las disposiciones que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada inconstitucional³².

Tal consecuencia puede darse –sin ánimo de taxatividad– en caso que la declaración de inconstitucionalidad se extienda hacia otras y diferentes disposiciones que coinciden, junto con la impugnada, en el efecto considerado por este Tribunal como inconstitucional; así también, cuando la supervivencia de las disposiciones hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad o por constituir disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional.

1.7. Proceso de inconstitucionalidad según la regulación actual y el anteproyecto de ley procesal constitucional

1.7.1. Regulación en la ley de procedimientos constitucionales

1.7.1.1. Actos procesales de iniciación

El proceso de inconstitucionalidad inicia mediante demanda presentada en la Sala de lo Constitucional, la que de conformidad al art. 6 de la Ley de

³² Sala de lo Constitucional Sentencia. 24-X-2014, Ref. 33-2012, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

Procedimientos Constitucionales debe reunir los siguientes requisitos: a) El nombre, profesión u oficio y domicilio del peticionario; b) La ley, el decreto o reglamento que se estime inconstitucional, citando el número y fecha del Diario Oficial en que se hubiere publicado, o acompañando el ejemplar de otro periódico, si no se hubiere usado aquél para su publicación; c) Los motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la Constitución; d) La petición de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento; y e) El lugar y fecha de la demanda, y firma del peticionario o de quien lo hiciere a su ruego.

Aunque la Ley de Procedimientos Constitucionales no lo señale expresamente, el proceso al igual que el amparo puede finalizar de forma anormal liminarmente, mediante la declaratoria de inadmisibilidad -por incumplimiento de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales e improcedencia por vicios en la configuración de la pretensión-

Ahora bien, es importante traer a cuenta que por medio del Decreto Legislativo n° 45, de 6-VII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo n° 372, de 7-VIII-2006, se reformó la Ley de Procedimientos Constitucionales. En dicha reforma se estableció una nueva modalidad de iniciar el proceso de inconstitucionalidad para los supuestos en los que la confrontación internormativa entre los elementos del control de constitucionalidad es advertida por un tribunal en el ejercicio del control difuso -art. 185 Cn-.

En el cuerpo jurídico apuntado, el legislador dejó indeterminado el trámite que debe gestionarse para pronunciar una sentencia de fondo. No obstante, a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones de la LPC. y coherente con la Constitución, es posible concluir que los procesos iniciados

de esta forma deben tramitarse con base en lo previsto en los arts, 7, 8 y 9 LPC.

Así, en el art. 77 letra f) dispone que la remisión de la declaratoria de inaplicabilidad constituye un requerimiento para que la Sala de lo Constitucional, determine en sentencia definitiva la constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios, para lo cual contará con quince días hábiles. Dentro de dicho plazo la Sala de lo Constitucional, deberá resolver y notificar su sentencia definitiva. Transcurrido el plazo anterior, la Sala de lo Constitucional mediante resolución motivada, podrá prorrogar por una sola vez el plazo establecido en el inciso anterior, plazo que en ningún caso, podrá exceder de diez días hábiles.

Asimismo, la sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será vinculante de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica, y la Sala la mandará a publicar conforme a lo establecido en el artículo 11 de esta ley. Si en la sentencia definitiva, la Sala de lo Constitucional declara que en la ley, disposición o acto, no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución.

1.7.1.2. Actos procesales de desarrollo

Admitida la demanda, de conformidad al artículo 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se solicita informe a la autoridad que haya emitido la disposición considerada inconstitucional, la que deberá rendirlo en el plazo de diez días, acompañando a su informe, cuando lo crea necesario, las certificaciones de actas, discusiones, antecedentes y demás comprobantes

que fundamenten su actuación. Transcurrido el plazo antes señalado -haya o no rendido el informe la autoridad emisora de la disposición considerada inconstitucional- se dará traslado al Fiscal General de la República, por un plazo prudencial que no exceda de noventa días. Evacuado el traslado o habiendo transcurrido el plazo sin que lo rinda y practicadas las diligencias que la Sala considere pertinente, se pronunciará sentencia.

1.7.1.3. Actos procesales de conclusión

Un proceso normalmente termina cuando en él se pronuncia una sentencia de fondo, ya sea para estimar o desestimar lo pedido, según la competencia del respectivo Tribunal; en cambio termina de forma anormal cuando la pretensión que le ha dado origen es rechazada de forma liminar o sobrevenida mediante interlocutoria que implica la ausencia de pronunciamiento de fondo. Las formas de terminación del proceso de inconstitucionalidad son el sobreseimiento –forma anormal de terminación– y la sentencia definitiva –forma normal–.

En específico, las causas anormales de terminación de un proceso se encuentra sobreseimiento, que consiste en un pronunciamiento inhibitorio generado por un defecto en la configuración de la pretensión advertido en la prosecución de la Litis, ya sea porque en la misma existe un vicio de forma o de contenido tal que provoca la imposibilidad de conocer el asunto o cuando determinadas circunstancias procesales o extraprocesales hacen imposible o innecesario el pronunciamiento de fondo, no obstante la competencia material³³.

³³ Sala de lo Constitucional Sentencia. 16-II-2015, Ref. 26-2012, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Otra causal de sobreseimiento es la relativa a la admisión indebida de la demanda al haber inadvertido el Tribunal en el examen liminar la carencia de los supuestos de forma señalados en la ley o por tener defectos la pretensión en su fundamento material. Lo anterior, en virtud de que la Sala de lo Constitucional ha reconocido vía jurisprudencialmente la autointegración de la norma procesal constitucional, específicamente la aplicación analógica al proceso de inconstitucionalidad de algunas de las causas de sobreseimiento señaladas para el amparo.

Otra causal de sobreseimiento en el proceso de inconstitucionalidad es en el supuesto en el que la disposición en examen ya ha sido derogada al momento de iniciarse el proceso o durante su desarrollo, o ha sido expulsada del ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento general y obligatorio de la Sala de lo Constitucional, el objeto de control ha dejado de existir, y en consecuencia, el proceso carece de finalidad, pues no hay sustrato material sobre el cual pronunciarse³⁴.

Respecto a la sentencia en el art. 9 se acota que una vez evacuado el traslado por el Fiscal y practicadas las diligencias que se estimaren necesarias, se pronunciará sentencia.

1.7.1.4. Efectos de la sentencia

Las decisiones adoptadas en la jurisdicción constitucional tienen una extraordinaria importancia. A diferencia de las adoptadas en la jurisdicción ordinaria, que ponen fin a un litigio entre particulares o de éstos con el Estado, respecto a la disputa de un mismo derecho entre las partes, o la

³⁴ Sala de lo Constitucional Sentencia. 5-XI-2014, Ref. 113-2012, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

exigencia del cumplimiento de una obligación, las decisiones adoptadas en la jurisdicción constitucional modifican el ordenamiento jurídico del Estado, delimitan el ámbito de competencias de los órganos del poder público, o restablecen los derechos fundamentales o garantías constitucionales³⁵.

Entre los más sobresalientes o notorios efectos de la sentencias de inconstitucionalidad se alcanzan en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada mediante la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional, aunque no se impone con necesidad lógica, pues, desde este enfoque, lo inexcusable es que el pronunciamiento jurisdiccional adquiera firmeza y carácter definitivo. Así, se agregó que, por regla general, la más idónea reparación que se puede ordenar para restablecer el orden constitucional vulnerado por la disposición o cuerpo normativo declarado inconstitucional, es la expulsión de ésta del ordenamiento jurídico, es decir una declaración constitutiva, con efectos equivalentes a la derogación.

En el caso de la sentencia estimatoria se genera un pronunciamiento de invalidación general y obligatoria y la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones que resulten incompatibles con la Ley Suprema desde tal declaratoria, con efectos *ex nunc*, es decir, que surte efecto desde el momento que se produce la declaración, no un pronunciamiento con efectos hacia el pasado. Tal expulsión causa efectos *opelegis*, con la emisión de la sentencia, de tal modo que no existe la posibilidad de posponer los efectos o diferir en el tiempo la efectividad de la sentencia y a diferencia de la derogación, genera la imposibilidad de aplicar de manera *ultra activa* objeto de control. No obstante lo anterior, no se excluye en ningún momento que las

³⁵ José Antonio Rivera Santiváñez, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*, (Estudios Constitucionales, España, 2006), 285. <http://www.redalyc.org>.

situaciones ordenadas según la ley inconstitucional, y ya firmes, puedan ser sometidas a revisión, por la jurisdicción ordinaria o constitucional en los procesos concretos de su competencia.

De esa forma, los efectos de la sentencia en el proceso de inconstitucionalidad se pueden resumir de la siguiente forma:

(I) un efecto vinculante –arts. 183 Cn. y 77-F LPC.–, en tanto que “sujetan” a todas las entidades que forman parte del Estado al respeto y cumplimiento de lo establecido en la sentencia, con estricta sujeción y cumplimiento del mandato en ella determinado y a los efectos que deriven del pronunciamiento, con un carácter general que sobrepasa los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Así, la doctrina ha considerado que las decisiones de constitucionalidad y de inconstitucionalidad tienen eficacia vinculante. Lo anterior, pues la tutela de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional no tendría racionalidad si los demás jueces y tribunales pudieran oponerse a sus decisiones, pues sucede que negar una decisión del Tribunal Constitucional no equivale sólo a negar su fallo sino que la unidad misma del Derecho mediante el hilo conductor de la Constitución que exige que se tomen en cuenta las decisiones de la Corte Suprema³⁶.

Es importante aclarar que la eficacia vinculante se presta para garantizar la estabilidad de la decisión judicial, evitando que, en cualquier caso concreto, sea emitida decisión que no tome en cuenta sus fundamentos determinantes, por lo que la eficacia vinculante tiene la misma finalidad de la eficacia

³⁶Marinoni, *Control de Constitucionalidad*, 148-149.

obligatoria de los precedentes, aproximándose así al staredecisis – resuélvase como se ha venido resolviendo–.

(II) fuerza de ley o eficacia general –art. 183 Cn.–, relacionada con la eficacia general o efectos “erga omnes” –en el caso de ser una sentencia estimatoria– respecto de los particulares;

y (III) cosa juzgada, que –en relación con la sentencia estimatoria en el proceso de inconstitucionalidad– representa la imposibilidad de plantear el reclamo de constitucionalidad en un nuevo proceso en relación con el ya resuelto, fijando su atención en el objeto de control³⁷.

Sobre la cosa juzgada en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la Constitución otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a las sentencias emitidas por el órgano encargado del control de constitucionalidad, especialmente de aquellas que son pronunciadas en el ámbito del control normativo, es decir, en los recursos de inconstitucionalidad. Ello implica que la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición legal no pueden ser, nuevamente, objeto de controversia.

La cosa juzgada constitucional tiene su fundamento jurídico en los fines y objetivos que tiene la labor del control de constitucionalidad; pues habrá de recordar que esa labor tiene por finalidad el de preservar el sistema constitucional, por lo mismo el Estado social y democrático constitucional de Derecho, así como el garantizar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales, otorgando tutela efectiva a las personas frente a los actos o decisiones que los restrinjan o supriman, por lo que para cumplir

³⁷ Sala de lo Constitucional Sentencia. 17-XII-2010, Ref. 61-2010, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

con esa finalidad la jurisdicción constitucional procede a la verificación de la validez constitucional, tanto de las normas jurídicas cuanto de las decisiones y resoluciones de las autoridades y funcionarios públicos. Entonces, la jurisdicción constitucional, en cumplimiento de su labor, emite sentencias que producen efectos universales, de carácter obligatorio y vinculante, esas decisiones, adquieren la calidad de cosa juzgada constitucional³⁸.

La posibilidad de que el Tribunal Constitucional quede vinculado a sus propias decisiones es también una exigencia de seguridad jurídica. Y es que, la congruencia y la obligación de que los Tribunales actúen conforme a su propio precedente, tanto hacia el pasado como hacia el futuro puede considerarse como una traslación al Derecho de la máxima kantiana de universalización de los criterios de actuación, y en este sentido, como exigencia lógica de todo ordenamiento jurídico³⁹.

La Sala de lo Constitucional ha admitido una fuerza vinculante especial de un tipo de precedente que es calificado por la doctrina como autoprecedente. Por tal se entiende aquel originado por el mismo tribunal, el que lo obliga a someterse a sus propias decisiones surgidas en los procesos, sobre todo de inconstitucionalidad. Esta situación particular surge no solamente como efecto del principio stare decisis, sino también del principio de igualdad establecido en el art. 3 Cn. en su perspectiva de igualdad ante la ley, en virtud de la cual el juez constitucional necesariamente tendría que aplicar igualmente la ley en casos iguales.

En un Estado Constitucional de Derecho, la seguridad jurídica y la igualdad son principios que deben ser respetados por cualquier autoridad pública administrativa, legislativa y judicial. En el caso de las autoridades jurisdic-

³⁸ Rivera, *Los efectos de las sentencias constitucionales*, 292.

³⁹ Balaguer, *Manual de Derecho Constitucional*, 311.

cionales, dichos principios pueden ser optimizados a través de diversos mecanismos, los cuales tienen entre otras funciones alcanzar la predictibilidad de las resoluciones judiciales. Esta predictibilidad se concreta a partir del principio *stare decisis* –estarse a lo decidido por el Tribunal–, que establece que ante supuestos análogos, la decisión de un tribunal debe ser igual; es decir, que debe recibir una respuesta jurisdiccional similar, a fin de poder garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica por medio del respeto al precedente o autoprecedente constitucional por medio de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Constitucional⁴⁰.

Ahora bien, el respeto a los precedentes –como manifestación específica de la seguridad jurídica y del sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico– no significa la imposibilidad de cambiarlos. Ello cobra sentido si se toma en cuenta que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos que puedan derivarse en su aplicación o cuando esté llamada a solventarlos. En efecto, aunque el precedente –y de manera más precisa, el autoprecedente– posibilita la precomprensión jurídica de la que parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos. Pero, para ello, se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado –argumentado– con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

Y es que, si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener efectos absolutos en el sentido de que sea definitivo y válido para todos los tiempos. No es definitivo porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad social ponen constantemente a

⁴⁰ Sala de lo Constitucional Sentencia. 1-X-2014, Ref. 66-2013, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

los juzgadores ante nuevas situaciones; e incluso la renovación de los juzgadores, a su vez representantes de diversas corrientes de pensamiento jurídico, también posibilita la relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes que las han aplicado, a las nuevas realidades. Tampoco puede ser válido para todos los tiempos porque la interpretación tiene siempre una referencia de actualidad sobre el orden jurídico.

Por ello, un precedente puede ser cambiado cuando exista un error interpretativo, cambios de la realidad normada o cambios de la conformación subjetiva del Tribunal⁴¹.

1.8. Tipos de sentencia

A nivel de la jurisdiccional constitucional, los tipos de sentencias que se emiten en el proceso de inconstitucionalidad van más allá de las pronunciadas tradicionalmente (constitutivas, declaratorias, estimatorias, etc) que la jurisprudencia constitucional las ha venido denominando de diferentes formas, sobre todo atendiendo a los efectos que producen y a la modulación que en las mismas se hace. Así se tiene:

1.8.1. Interpretativa admisoria

En este tipo de sentencias, se dice que la disposición impugnada no es *per se* inconstitucional, siempre que sea interpretada de conformidad a la Constitución. De esta manera, la disposición mantiene su vigencia. Pero debe ser interpretada en un sentido determinado que se exprese en la sentencia.

⁴¹ Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-X-2017, Ref. 44-2015/103-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

1.8.2. Interpretativa desestimatoria

Se da cuando se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad alegada, pero se deja abierta la posibilidad de solicitar la inconstitucionalidad del mismo precepto legal, si fuere planteada en otros términos. Por ejemplo, se ha dicho en varias sentencias que “no hay inconstitucionalidad en los términos expuestos por el demandante”⁴².

1.8.3. Manipulativa aditiva

Este tipo de sentencias se dicta cuando el contenido normativo impugnado es menor del exigible constitucionalmente, de tal manera que lo que hace es modularla en el sentido que añade algo al texto impugnado, tornándolo compatible con la Constitución.

En algunos casos lo que ocurre es que se cubre un vacío constitucional o legal, se encuentra lo que se conoce también como “sentencia integradora”, que consiste en incluir a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal.

1.8.4. Manipulativa sustitutiva

Este tipo de modulación ha generado mucha controversia en relación al poder legisferante positivo de un Tribunal Constitucional, y es que, en estas sentencias, se destruye una norma que se califica como inconstitucional y en su lugar la reemplaza por otra como un simple efecto de la sentencia por haberse establecido así por regulación conforme con la Constitución. En el

⁴² José Belarmino Jaime, “Sala de lo Constitucional. Atribuciones y modulación de las sentencias”, *Revista Anuario 2017. II. J, Universidad Doctor José Matías Delgado*, El Salvador, (2017): 131.

medio, y en varios casos se ha plasmado este tipo de modulación, bajo la figura de la reviviscencia, es decir, la recuperación de vigencia de una ley que ya había sido derogada por otra, que se da sin necesidad que la ley que había perdido su vigencia deba volver a ser aprobada por la Asamblea Legislativa.

Existe en la doctrina opiniones en el sentido que la reviviscencia de la ley sólo procede en aquellos modelos de justicia constitucional que a las sentencias se les reconocen efectos retroactivos, en cuyo caso, es suficiente la sola declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que había derogado otra para que ésta recobre su vigencia⁴³. Y finalmente el rango de las exhortativas, apelativas o con aviso, están:

1.8.5. Exhortativa de delegación

En la sentencia se declara inconstitucional una norma y se establece al Órgano Legislativo cuales son los parámetros que debe tomar en cuenta al momento de aprobar una nueva legislación, la cual debe ser acorde con la Constitución⁴⁴.

⁴³ Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-II-2018, Ref. 2-2016 y 6-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013). La Ley de Probidad contenida en el Decreto Legislativo n° 225, de 16-XII-2015, publicado en el Diario Oficial n° 237, tomo 409, de 23-XII-2015, porque se aprobó por iniciativa de ley de los Diputados de la Asamblea Legislativa no obstante que regula materias relativas a la organización del Órgano Judicial, y a la jurisdicción y competencia de los tribunales, lo cual vulneraba el art. 133 ord. 3° Cn, que faculta exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia para ejercer iniciativa de ley en dichas materias. En consecuencia, también determinó mantener la vigencia de la LEIFEP que fue promulgada mediante Decreto Legislativo n° 2833, de 24 de abril de 1959, con el objeto de no provocar la ausencia de un cuerpo legal que desarrolle lo contenido en el artículo 240 Cn.

⁴⁴ Sala de lo Constitucional Sentencia. 22-VIII-2014, Ref43-2014, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014). Referida a la Ley de Partidos Políticos en la que dicho Tribunal señaló que dado que era manifiesta la omisión actual de protección legislativa que afectaba al derecho de acceso a la información y a los principios de transparencia y de democracia interna de los partidos políticos y que, además, reclamaba una respuesta institucional, era indispensable fijar un término para que la Asamblea Legislativa expida la ley.

1.8.6. Exhortativa simple

Se constata que una norma es inconstitucional, pero no se invalida por los efectos desastrosos que podría producir la sentencia; sin embargo, se impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucional, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución.

1.8.7. Exhortativa por constitucionalidad precaria

Se denomina así aquellas sentencias referidas a disposiciones objeto de control que “todavía” es constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que exhortan al legislador a que produzcan una nueva regulación plenamente constitucional, dándole pautas de contenido. Por ello doctrinariamente se llaman de “constitucionalidad endeble o precaria”⁴⁵.

1.9. Regulación en anteproyecto⁴⁶

1.9.1. Actos procesales de iniciación

El anteproyecto regula las formas de iniciación de todos los procesos constitucionales de forma común, a diferencia de la actual Ley de Procedimientos Constitucionales, y establece que los procesos constitucionales se iniciarán mediante demanda escrita, salvo las excepciones establecidas en esa ley. Posteriormente, se dispone que la demanda o que a petición deberá

⁴⁵ Belarmino, *Sala de lo Constitucional*, 134.

⁴⁶ Anteproyecto a la fecha no es de libre acceso al público y pudo realizarse la consulta del mismo mediante el personal laboral de la Sala de lo Constitucional.

presentarse en la Sala de lo Constitucional o en las Cámaras de Segunda Instancia, en su caso.

1.9.2. Actos procesales de desarrollo

En ese orden, en el trámite del proceso la Sala, al admitir la demanda, ordenará que la autoridad que haya emitido la disposición o cuerpo normativo considerado inconstitucional, rinda informe detallado, en el plazo que no exceda de quince días. Asimismo, dispone que una vez recibido el informe o vencido el plazo, se mandará oír al Fiscal General de la República por un lapso que no exceda de quince días, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo impugnado.

Dicha audiencia no se concederá cuando sea el propio Fiscal quien haya planteado la pretensión. Aunado a ello, también se dispone que si en el desarrollo del proceso, la disposición o cuerpo normativo es reformado, la Sala mandará oír a la autoridad emisora y al Fiscal General de la República por un plazo común que no exceda de quince días.

1.9.3. Actos procesales de conclusión

En el anteproyecto se dispone que en los tres días siguientes al de su pronunciamiento, la Sala deberá remitir copia de la sentencia al Diario Oficial, para que la misma sea publicada en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su recepción; y producirá sus efectos a partir de su publicación.

Si por cualquier motivo no se publicare en el plazo señalado, la Sala ordenará la publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional. La explicación de la sentencia también deberá publicarse.

1.9.4. Análisis comparativo entre la regulación en la ley de procedimientos constitucionales y el anteproyecto

El anteproyecto introduce las principales innovaciones

- a) Se amplía la intervención de terceros
- b) Se prevé la acumulación de procesos
- c) Se prevé expresamente la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión de cumplir un mandato constitucional y por control de actos de aplicación directa de la Constitución.
- d) Se prevén casos especiales de producción probatoria en procesos de inconstitucionalidad.
- e) Se prevé la imposibilidad de desistir en el proceso de inconstitucionalidad.
- f) Se establece el recurso de explicación de la sentencia.
- g) Se establece la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia y de emitir sentencias aditivas y exhortativas.

CAPÍTULO II

FUNCIÓN DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Este capítulo tiene por propósito estudiar las funciones de la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad para ello se realiza un abordaje de los problemas que suscitan en la interpretación de la Constitución, así de esa forma se abordara lo relativo al problema de las lagunas, la solución de las mismas en el proceso interpretativo haciendo énfasis en el fenómeno de la innovación procesal o autonomía procesal de la Sala de lo Constitucional en el trámite del proceso de inconstitucionalidad..

En ese sentido, en el art. 2 LPC se establece que "... cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio...".

2. Proceso de inconstitucionalidad

2.1. La controversia de la aplicación de la Constitución

En primer lugar se debe aclarar la acción de inconstitucionalidad tiene lugar en el marco de un proceso constitucional; es decir, está regida por el Derecho Procesal Constitucional que es la rama del Derecho Público que establece normas procesales orgánicas y funcionales para dotar de eficacia el contenido de la Constitución. Estas normas comprenden la organización

del Tribunal Constitucional y la forma en la que este resuelve los conflictos constitucionales por medio del proceso⁴⁷.

Asimismo, el autor define al Derecho Procesal Constitucional como los dispositivos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional, es en síntesis, el derecho de la jurisdicción constitucional que tiene dos áreas principales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales⁴⁸.

De lo anterior, se advierte que el Derecho Procesal Constitucional tiene un carácter instrumental en el sentido que tutela la vigencia y operatividad de la Constitución mediante la implementación de la judicatura y de los remedios procesales pertinentes.

Por otro lado, es preciso aclarar que esta rama del Derecho pertenece al Derecho Procesal, el cual como es bien sabido es una disciplina estricta, a través de reglas procedimentales que, salvo las excepciones taxativamente reguladas en la ley, son invariables e inflexibles. Era una forma clásica de conocer el proceso jurisdiccional, una manera casi escolástica de entender los cánones que regían su casuística, todo bajo el auspicio del positivismo jurídico y de sus concepciones más severas, textualistas y hasta originalistas.

Sin embargo, esta ritualidad y rigidez del derecho procesal común pierde fuerza en el ámbito de la jurisdicción constitucional, en la cual las reglas y principios procesales se adecuan y se vuelven flexibles ante la necesidad de lograr la protección objetiva de la Constitución y la tutela concreta de los derechos fundamentales en ella reconocidos. Este distanciamiento de la

⁴⁷ Juan Colombo Campbell, *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2013), 137.

⁴⁸ Néstor Pedro Sagüés, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, 2°ed (Edición, Astrea, Buenos Aires, 2009), 4.

óptica clásica y formalista no solo encuentra justificación en el objeto y finalidad de los procesos constitucionales, sino también en el hecho que el conjunto de normas formales en el ámbito procesal constitucional es, con frecuencia, bastante reducido, por lo que en esta materia los tribunales suelen adecuar las instituciones procesales tradicionales a las necesidades y situaciones de los procesos que conocen⁴⁹.

Como es sabido el control de constitucionalidad ha sido la piedra angular del llamado modelo europeo de control de constitucionalidad desde su creación por Hans Kelsen instaurado por primera vez en la Constitución Austriaca de 1920. Es así como desde su creación el control de constitucionalidad a estado sujeto a controversias.

En este caso, esta actividad del Tribunal Constitucional suele generar toda una zona de tensión (invasión de competencias) con las funciones de otros órganos del Estado de primera magnitud tales como la Asamblea Legislativa de la República, el Presidente de la República, el Consejo de Ministros y las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia. Esto es debido a los efectos “polémicos” de las sentencias emitidas en el proceso de inconstitucionalidad en las que a veces se deja sin efecto el nombramiento de determinados funcionarios, se modifica o deroga alguna ley y se puede generar conflictos con los demás órganos de Estado.

Ahora bien, sin dudas se puede afirmar que la labor de aplicar la Constitución mediante los mecanismos procesales establecidos en ella misma y en la Ley

⁴⁹ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*, 3^a (edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006), 24 y 25. Esto es a lo que llama “el desafío normativo” del Derecho Procesal Constitucional, en alusión a que esta materia se construye no con base en codificaciones legislativas, sino de manera pretoriana, es decir, a través de las interpretaciones que los tribunales constitucionales hacen en su jurisprudencia.

de Procedimientos Constitucionales implica necesariamente la interpretación de la Constitución, la que no es un tarea pacífica, pues en dicha labor no se encuentra exenta de polémica, ya sea a nivel jurídico, social y político.

Muestra de lo anterior es la saliente composición subjetiva de magistrados de la Sala de lo Constitucional para el periodo 2009-2018 los cuales producto de la emisión de sus sentencias y otras resoluciones, especialmente en el marco del proceso de inconstitucionalidad, ya que, por un lado, eran alabados por el contenido de sus decisiones por algunos sectores de la sociedad civil pero, por otro, fueron duramente criticados por sectores políticos por la orientación de sus resoluciones.

En la labor de aplicación de la Cn, uno de los aspectos más relevantes para reconocer la controversia de dicha actividad es la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. Se debe entender por laguna la falta de desarrollo legislativo de previsiones formuladas en textos legales jerárquicamente superiores que imposibilita su ejercicio efectivo, ante una laguna hay dos posibles soluciones, la primera, negar la efectividad de la disposición hasta que sea desarrollada por el legislador, o en sentido contrario, sustituir la inactividad del legislador por medio de la interpretación.

Esta última tesis, ha sido la adoptada por la Sala de lo Constitucional, que ha afirmado que ante la existencia de una laguna recurre a su capacidad de innovación procesal que posee como Tribunal Constitucional. Si bien esta capacidad de la Sala no implica la alteración o anulación de los cauces mediante los cuales se ejercen, sí le posibilita suplir las lagunas existentes y la acomodación de los procesos mediante la aplicación directa de la Constitución a las demandas que cada derecho o disposición constitucional reporta para su adecuada y real protección. Conforme a esta categoría, es

posible desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines propios de los procesos constitucionales.

Por lo tanto, las reglas previstas en estos últimos pueden ser objeto de acomodamiento o flexibilización dado que el Derecho Procesal Constitucional es un conjunto de reglas, principios y procedimientos que dependen del Derecho Constitucional material y que, por ello, no tienen más que un carácter instrumental⁵⁰.

2.2. La existencia de lagunas en la interpretación de la Constitución

Los principales supuestos en los que la doctrina ha identificado la existencia de lagunas son:

- a) Cuando el legislador no ha desarrollado una previsión constitucional o legal.
- b) Cuando el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional una regulación y no ha sido adoptada o sustituida por el legislador.
- c) Cuando una legislación es preconstitucional y no está adaptada a la situación creada por la Constitución.
- d) Cuando ha habido una falta de previsión del constituyente o del legislador ordinario.

⁵⁰ Sala de lo Constitucional Sentencia. 31-I-2018, Ref. 5-2018, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

2.2.1. Cuando el legislador no ha desarrollado una previsión constitucional o legal

Una fuente clásica de lagunas en el ordenamiento jurídico es la falta de desarrollo legislativo de previsiones formuladas en textos legales jerárquicamente superiores que imposibilitan su ejercicio efectivo⁵¹.

2.2.2. Cuando el Tribunal ha declarado inconstitucional una regulación y no ha sido adoptada o sustituida por el legislador

Al promulgarse la Constitución del 20-XII-1983 no toda la legislación previa quedó derogada por incompatibilidad con el nuevo texto fundamental sino que este se ha derogado de forma tácita cuando la inconstitucionalidad es expresamente manifiesta.

2.2.3. Cuando una legislación es preconstitucional y no está adaptada a la situación creada por la Constitución

Esta clase de laguna se da en aquellos supuestos en los cuales el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de la Constitución, que por regla general es el Tribunal Constitucional, declara la no conformidad de una normativa secundaria con la Constitución mientras esta no sea adaptada a la Constitución o sustituido por otro acorde a la misma⁵².

Este tipo de laguna es bastante común en este medio, sobre todo si se tiene en cuenta que los países latinoamericanos a diferencia de los países anglo-

⁵¹ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional*, (Medellín, Colombia, 2008), 52.

⁵² *Ibíd.* 53

sajones, no se tiene una tradición histórica respecto de la Constitución y así se advierte que muchas de las Constituciones Latinoamericanas son relativamente recientes comparadas con las de otros países cuya ley fundamental tiene en algunos casos más de un siglo de vigencia.

Así, por ejemplo se puede citar la Constitución de los Estados Unidos de América que data del 17-IX-1787 mientras que esta por ejemplo es de 1983. Lo anterior, debido a que las diferentes Constituciones no han tenido una larga vida, ya que estas eran continuamente abolidas por el afán de los gobernantes de turno de reelegirse en el poder. Otra causal de la multiplicidad de Constituciones de América Latina en general y del país en particular han sido los continuos golpes de Estado, los cuales implicaban la emisión de una nueva Constitución.

Es de aclarar que cuando el cambio constitucional obedece a un golpe de Estado o a una maniobra jurídica para reelegir a un gobernante en el poder, el cambio produce únicamente una nueva Constitución sin haber cambiado la normativa secundaria vigente en el país, lo que produce que esta legislación queda desfasada respecto al nuevo texto constitucional.

2.2.4. Cuando ha habido una falta de previsión del constituyente o del legislador ordinario

Estos son los casos en los que la laguna no aparece como consecuencia de una inactividad del legislador, de actividad de la jurisdicción constitucional o de una falta de adaptación de la legislación anterior, aquí la laguna está provocada por la falta de previsión del legislador⁵³.

⁵³ *Ibíd.*

2.3. Solución a las lagunas

Al respecto se expone: “no sería loable afirmar que los jueces son solo autómatas aplicadores de la ley, pues su actividad ante las lagunas es ardua y compleja, contentiva de una cuota de discrecionalidad indiscutible, pero discrecionalidad con límites, con los límites que impone el ordenamiento y la preservación de la legalidad”⁵⁴.

El problema de la plenitud del ordenamiento jurídico, la existencia de lagunas en el Derecho, así como la técnica utilizada para suplir dichas lagunas es, según el autor, lo que normalmente se conoce como la integración del Derecho. El término integración, según el Diccionario de la Lengua Española, proviene del verbo ‘integrar’, que significa componer un todo con sus partes integrantes, integración como tal es la acción y efecto de integrar, juntar personas o cosas distintas para que se muevan y obren como una unidad⁵⁵.

2.3.1. Heterointegración

La heterointegración consiste en la solución de las lagunas recurriendo a un ordenamiento distinto del actualmente en vigor, a una fuente distinta a la dominante, es decir la ley.

Los procedimientos de heterointegración son aquellos que, como bien dijera, pretenden salvar las lagunas acudiendo a recursos externos al ordenamiento

⁵⁴Majela Ferrari Yaunner “*Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*”, (tesis para optar por la categoría de Doctor en Ciencias Jurídicas, la Habana, 2010), 71. Al respecto expone el proceso legislativo es casi siempre lento, la pronta modificación de una disposición normativa determinada con el fin de enmendar en ella algunos problemas de lagunas, es prácticamente una utopía. en este proceso inciden cuestiones de intereses políticos, prioridades legislativas, prudencia y complejidad de los órganos colegiados en los que se deposita esta función.

⁵⁵ Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho*, (editorial Félix Varela, La Habana, Cuba 2005), 224.

jurídico que constituyen fórmulas que se encuentran fuera de la ley. En este caso, el sistema jurídico recurre a otro sistema diferente para llevar a cabo la labor de complemento, este es un procedimiento propio de los sistemas jurídicos poco desarrollados, que presuponen otro mejor y más perfecto al cual recurrir, es a lo que se ha llamado derechos supletorios que fueron usados con frecuencia en la etapa de la codificación, en las relaciones entre estos, se producen también formas de heterointegración por remisión de unos cuerpos legales a otros.

En la actualidad la heterointegración no se admite y se entiende que el sistema debe autointegrarse, estos procedimientos no son completamente coherentes entre sí y se presentan en ocasiones con cierta contradicción porque proceden de tradiciones históricas distintas y de diferentes concepciones en punto a la filosofía del Derecho. La heterointegración acude a fuentes externas como pueden ser la costumbre o la jurisprudencia, o a valores como la equidad que reviste gran importancia porque sirve para descubrir y aplicar, en defecto de ley, la analogía y los principios jurídicos generales del Derecho, aunque no debe ser obviada de manera general, sí se debe establecer un orden de prelación entre ella y la autointegración, siendo esta última la primera que se debe tener en cuenta⁵⁶.

2.3.2. Autointegración

La autointegración consiste en la solución de las lagunas que se reconozcan sin salir del propio ordenamiento a través de distintos métodos: la analogía, los principios generales del derecho, la interpretación sistemática y el argumento *a fortiori*.

⁵⁶ *Ibíd.* 222.

2.3.3. Analogía

La definición que la Real Academia Española de Lengua da la palabra analogía, aplicado al ámbito jurídico, es la siguiente “método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”. Se trata del procedimiento a través del cual se le atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento jurídico que uno que si está regulado y es similar a este. Es el método más típico e importante de los procedimientos interpretativos de un sistema normativo.

La analogía es una de las herramientas de las que ley otorga a los encargados de aplicar las leyes para sufragar las posibles lagunas contenidas en el ordenamiento jurídico aplicando una norma a un supuesto de hecho diferente del que esta misma regula. Para ello, se basa en la similitud entre dichos supuestos, se trata de una técnica adecuada para una realidad social que es cambiante y dinámica.

Como método de auto-integración del derecho, la analogía se compone de un procedimiento lógico, trata de dar una solución al caso planteado y no previsto en la ley con soluciones a casos si planteados en esta y que se asemejan al planteado, pero no regulado por esta⁵⁷.

Como método para la superación de lagunas jurídicas, la analogía consiste en la resolución de conflictos que no se encuentran directamente regulados en el ordenamiento jurídico mediante la aplicación de normas del propio ordenamiento que sí que regula otros casos que son muy similares al planteado. Para ello, el juez tiene en su buen hacer la responsabilidad de valorar tanto la solución recogida en la ley como el caso no recogido en la

⁵⁷ *Ibíd.*

misma. Debe actuar con diligencia, para no poner con ello en entredicho la seguridad jurídica⁵⁸.

La analogía constituye un procedimiento lógico que trata de inducir, de otras soluciones particulares consagradas por el Derecho, el principio íntimo que las explica para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva; es el método más usado por los ordenamientos jurídicos en la actualidad, a través de él se puede aplicar una norma jurídica a un caso no previsto por el legislador, porque la hipótesis de esta tiene relación con la situación presentada⁵⁹.

2.3.4. Principios generales

Los Principios Generales del Derecho expresan la dirección general, así como los rasgos más característicos y esenciales de la regulación jurídica de dicho ordenamiento.

En ese sentido, los Principios Generales del Derecho son: “aquellas apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son cambiantes pues están en constante desarrollo y dependen de las condiciones históricas del territorio donde se desenvuelvan⁶⁰. Los Principios Generales del Derecho pueden verse como criterios o entes que vienen a expresar un juicio deontológico acerca de la conducta humana que debe regir una situación, cada cual expresa la conducta que sería deseable que llevasen los seres humanos en sus relaciones entre sí.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Grisel Galiano, *La integración del Derecho ante las lagunas de la Ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho*, (Universidad de La Habana, Cuba, 2012), 441).

⁶⁰ Fernández, *Teoría del Estado y del Derecho*. 234

El juez o interprete del derecho puede utilizar cuantos principios considere necesario para dar solución a un caso no regulado en las normas, siempre con el fin obtener una respuesta lo más justa posible de la interpretación de los mismos y que la misma no caiga en la arbitrariedad. Puede darse el caso de que algunos principios se contradigan entre sí a la hora de ofrecer una solución a un caso de laguna, este suceso de contradicción entre principios se conoce como tensiones, pero las mismas no descartan la eficacia de uno de ellos.

2.3.5. Interpretación sistemática

La interpretación sistemática significa que debe interpretarse teniendo en cuenta al sistema, por lo que es aquella que intenta dotar a un enunciado de comprensión dudosa de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte⁶¹.

Y es que, teniendo en cuenta la realidad el carácter plural de las fuentes de producción normativa en las organizaciones jurídicas modernas y la forma en las que estas se estructuran parece difícil creer que no exista la posibilidad que aparezcan normas incompatibles, por lo que ante dos normas contradictorias, el lógico constatará que el sistema que las contiene esta mal construido; sin embargo, la función del jurista será ocultar su presencia.

Lo anterior, mediante la aplicación de los criterios de solución de antinomias, es decir, los criterios cronológicos (ley posterior deroga ley anterior), jerárquico (ley superior deroga a ley inferior) y de la especialidad (ley especial deroga ley general). No obstante, estos criterios no resuelven todos los problemas de incompatibilidad de normas, pues en ocasiones los propios

⁶¹Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional*,122.

criterios están en conflicto y en ese caso la única vía para resolver el problema y mantener el carácter sistemático y coherente del ordenamiento jurídico es la interpretación.

2.3.6. El argumento *a fortiori*

Este argumento consiste en un procedimiento discursivo por el que dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que sea válida otra norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o de otra clase de sujetos que se encuentran en situación tal que merecen, que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos, así dicho de otro modo es un argumento para justificar trasladar la solución legalmente prevista para un caso a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, porque merece esa solución legal con mayor razón⁶². La doctrina establece que las condiciones más comunes para la utilización de este argumento son:

a. Se exige como condición previa el silencio del legislador sobre la hipótesis dudosa, por lo que al aplicar el argumento se deben contar con dos supuestos: el expresamente previsto por el legislador en un precepto y aquél al que se le debe dar una regulación jurídica por medio precisamente del *argumento a fortiori*.

b. Este argumento más que interpretativo es un método de integración para llenar lagunas legales, es más un instrumento de interpretación extensiva o analógica.

⁶² Francisco Javier Ganuzas, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, (Colección TEPJF, Mexico, 2015). 174.

c. Este argumento se basa en la presunta voluntad del legislador para no incluir ciertas hipótesis en la previsión legal y es el argumento para el intérprete para extender la regulación legal a hipótesis no expresamente recogidas en el texto elaborado por el legislador.

2.4. Innovación procesal para solucionar lagunas

El jurista considera que el Derecho Procesal Constitucional le sirve al Tribunal Constitucional a concretizar la Ley Fundamental (por lo que es un Derecho Constitucional concretizado). Lo cual implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales. Este principio está referido a la capacidad otorgada al Tribunal Constitucional para su configuración, desarrollo, complementación y adecuación de su proceso a través de su jurisprudencia.

Tuvo su origen en la jurisprudencia constitucional alemana ante las indeterminaciones o vacíos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, por lo que recurre a su capacidad de creación de principios y reglas procesales propias que suponen una complementación judicial de la ley en el seno de un proceso concreto:---Asimismo, se comparte la postura al considerar que el derecho procesal constitucional debe estar, al servicio del cumplimiento de la Constitución.

En ese sentido, se concluye que el Derecho Procesal Constitucional, lejos de ser entendido en un sentido meramente positivista y privatista, debe dar paso a un derecho procesal garantista, propio de un pensamiento institucional que atienda tanto a las demandas formuladas por los particulares como a las exigencias objetivas del Estado de Derecho.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la sentencia de 4-III-2011 emitida en el Amp. 934-2007 (Asociación Salvadoreña para la Protección de Datos e Internet representada por el abogado Boris Rubén Solórzano Vrs. Sociedad Infornet, S.A. de C.V.) afirmó que: "... El hecho de que la Ley de Procedimientos Constitucionales no contenga una regulación apropiada de los cauces procesales que la Sala de lo Constitucional deba utilizar para la real actualización y concreción constitucional, lleva consigo indudablemente importantes consecuencias, como el reconocimiento a dicha Sala de una capacidad de innovación y autonomía procesal...".

No se trata de aplicar la Constitución en función de las normas procedimentales, sino darle a éstas un contenido propio conforme a la Constitución; pues si bien el Derecho Procesal Constitucional también requiere partir y remitirse a los principios del Derecho Procesal general, esto será posible en la medida en que se fortalezcan primero los principios y valores constitucionales.

En efecto, sobre este último punto cabe señalar que algunos principios y mecanismos del proceso común no pueden ser trasladados automáticamente a los procesos constitucionales.

En este contexto, la Sala ha recurrido a realizar innovaciones procesales que se han suscitado recientemente en los procesos constitucionales en El Salvador, particularmente a través de la jurisprudencia dictada por la actual magistratura de la Sala de lo Constitucional. La finalidad de abordar dichas innovaciones radica, por un lado, en el interés de hacer un cotejo entre la obsoleta normativa procesal en materia constitucional la Ley de Procedimientos Constitucionales, dictada hace más de seis décadas y las necesidades actuales que, constreñidas por dicho marco normativo, se presentan en el trámite de los diversos procesos constitucionales; por otro

lado, interesa realizar un análisis objetivo de las situaciones procesales descritas, por cuanto muchas de ellas han generado reacciones adversas en la comunidad jurídica académica y, en ciertas ocasiones, en ciertos actores políticos, quienes han reaccionado con amenazas de reformas apresuradas e inconsultas a la normativa procesal constitucional. Entre las principales innovaciones se tiene las siguientes:

2.4.1. Medidas cautelares innovativas

En el proceso de inconstitucionalidad también se han decretado medidas cautelares atípicas y medidas para asegurar el cumplimiento de las sentencias pronunciadas en estos. Lo innovador en este caso es por partida doble: no solo por las medidas adoptadas, al no contemplar la LPC un régimen cautelar para las inconstitucionalidades, sino también por sus supuestos de procedencia, efectos y alcance de algunas de estas. Sobre el primer aspecto, aunque el articulado de la LPC no lo contemple de manera expresa, en los procesos de inconstitucionalidades sí es posible y necesario adoptar medidas cautelares cuando exista la imperiosa necesidad de asegurar el objeto de proceso y la eficacia de una eventual sentencia estimatoria.

Por ello, la SC ha sostenido que en estos procesos las medidas de cautela pueden adoptarse por aplicación analógica de su regulación en el amparo, siempre que se cumplan los supuestos de apariencia de buen derecho –que se logra cuando la labor argumentativa del demandante establece de manera plausible la vulneración constitucional alegada– y el peligro en la demora – que en este proceso se configura cuando exista la posibilidad de que la sentencia vea frustrada su incidencia en la realidad, como cuando el objeto de control tiene una vigencia temporal limitada, esto es, limitada a un lapso

que puede agotarse durante el curso del proceso– (entre otros, autos de 16-IX-2003, 12-VIII-2015 y 13-I-2017, Incs. 4-2003, 37-2015 y 172-2016, respectivamente).

En ese sentido, la SC añadió como tercer supuesto de procedencia para la adopción de medidas cautelares en inconstitucionalidades la valoración de afectación del interés público. Específicamente en el auto de admisión de 15-VII-2013, Inc. 63-2013, la Sala expuso que la adopción de estas medidas conlleva valorar el perjuicio irreparable que pudiera ocasionar tanto la no aplicación de la misma, como el que podría ocurrir con su adopción. En este contexto –se dijo–, “el juicio para la imposición de una medida cautelar se convierte básicamente en un juicio de ponderación de los daños que su adopción podría causar a los intereses públicos cuya tutela debe procurar el Estado, para el caso de no adoptarse la suspensión cautelar o levantarse la ya acordada”⁶³.

En cuanto al segundo punto, en ciertos casos lo atípico de las medidas cautelares en las inconstitucionalidades ha resultado de sus efectos en el tiempo, particularmente cuando se ha suspendido de manera provisional un cuerpo normativo impugnado y, para evitar las consecuencias perniciosas de

⁶³Pueden citarse dos casos en que se ha utilizado este criterio, tanto para denegar una medida cautelar como concederla. En el auto de 5-IV-2017, Inc. 25-2017, la SC admitió una demanda contra el presupuesto general 2017, por supuesta vulneración a principios presupuestarios de índole constitucional (arts. 226 y 227 Cn.), pero denegó la medida cautelar solicitada consistente en suspender la ejecución del presupuesto en comento bajo el argumento de afectación al interés público relevante: “[la adopción de la medida] implicaría una afectación directa al funcionamiento ordinario de las instituciones públicas que tienen a su cargo la tutela de derechos fundamentales –por ejemplo, en los rubros de salud, educación, seguridad pública–. Además que a esta fecha ya se han consolidado situaciones jurídicas bajo la ejecución del presupuesto general de este ejercicio fiscal, lo que permite inferir que la adopción de la medida cautelar requerida por el ciudadano Anaya Barraza provocaría una afectación al interés público relevante”. De forma distinta, en el mencionado auto de admisión de la Inc. 63-2013, la sala suspendió provisionalmente, mientras se decidía la inconstitucionalidad planteada, los efectos de la Ley Especial para la Constitución del Fondo para la Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito (ley “FONAT”).

un vacío normológico, se “revive” temporalmente otro que ya se encontraba derogado –*reviviscencia*–. En tal sentido, las medidas no solo producen efectos hacia el futuro, sino también hacia el pasado. Esto ocurrió en la Inc. 6-2016, en el que la SC mediante auto de 11-I-2016 admitió la demanda contra la Ley de Probidad (contenida en el Decreto Legislativo n° 225, de 16-XII-2015, publicado en el Diario Oficial n° 237, Tomo 409, de 23-XII-2015), por la supuesta contradicción al art. 240 inc. 1° y 4° Cn., y, como medida cautelar, suspendió provisionalmente la vigencia de la misma y, a la vez, concedió vigencia temporal a la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, (promulgada mediante Decreto Legislativo n° 2833, de 24-IV-1959, publicado en el Diario Oficial n° 87, tomo 183, de 18-V-1959 –posteriormente derogada por el art. 51 de la mencionada Ley de Probidad–), mientras se adoptaba una decisión definitiva que fue la sentencia del 9-II-2018 que declaró inconstitucional, de un modo general y obligatorio, la Ley de Probidad porque se aprobó por iniciativa de ley de los Diputados de la Asamblea Legislativa no obstante que regula materias relativas a la organización del Órgano Judicial, y a la jurisdicción y competencia de los tribunales, lo cual violaba el art. 133 ord. 3° Cn., que faculta exclusivamente a la CSJ para ejercer iniciativa de ley en dichas materia.

Asimismo, recientemente la SC ha dictado una medida en un proceso de inconstitucionalidad en donde lo atípico e innovador es el objeto y alcance de la misma, en tanto que más que perseguir la eficacia de una posible sentencia estimatoria –como tradicionalmente se conciben según su carácter instrumental y accesorio–, procura la tutela de situaciones que, aunque relacionadas de forma indirecta o colateral, exceden a la pretensión planteada. Esto fue lo que sucedió en el proceso de Inc. 19-2016, en el cual se solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto legislativo de

elección de los magistrados propietarios y suplentes del TSE para el período 2014-2019. La SC admitió la demanda únicamente para analizar la constitucionalidad del nombramiento del magistrado propietario Jesús Ulises Rivas Sánchez por la supuesta vulneración a los arts. 85, 172 inc. 3°, 208 inc. 1° y 218 Cn., en concreto para determinar si, de forma previa a su elección, la Asamblea Legislativa verificó si dicho profesional carecía o no de vínculos formales y materiales con algún partido político.

Aunque de forma liminar no se decretó medida cautelar alguna, posteriormente, por auto de 24-II-2017, la Sala ordenó de oficio la suspensión provisional del abogado Rivas Sánchez como magistrado propietario del TSE, en el sentido de que –mientras dure el proceso o hasta que así se disponga– este no podrá ejercer las atribuciones que conforme a la Constitución y las leyes corresponde a dicho cargo en el referido ente colegiado. A grandes rasgos, el fundamento de dicha medida fue que la intervención del funcionario aludido en todos aquellos actos relativos a la gestión y ejecución presupuestaria de los eventos electorales legislativos y municipales de 2018, podría poner en riesgo la validez y seguridad jurídica de dichos actos⁶⁴, sobre todo a partir del hecho que este, luego de la admisión de la demanda, manifestó su apoyo público a la oferta electoral del

⁶⁴ Además, en esa resolución se expuso que “[...] la permanencia, en el órgano constitucional que debe fungir como árbitro independiente e imparcial de los procesos electorales, de una persona que efectúa *reiteradas* manifestaciones *públicas* de apoyo a un partido político, puede afectar la imagen de objetividad que sostiene la indispensable confianza de los ciudadanos en este importante órgano del Estado, sobre todo en este período de preparación de los comicios de 2018 [...] la reacción destemplada o sin medida de un funcionario del TSE al referirse a las competencias de otros órganos constitucionales, así como sus variadas y publicitadas gestiones a favor de su defensa frente a la pretensión del demandante, pueden interferir con el funcionamiento normal del TSE, en cuanto a la integración oportuna del colegio decisor, o afectar otros bienes constitucionales relevantes, por ejemplo, al distraer a la opinión pública de su deber de fiscalización sobre la planificación y organización de los procesos electorales (arts. 6, 73 ord. 2°, 85 y 86 Cn.) o sobre la mayor conformidad posible de las decisiones del TSE a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad (arts. 172 inc. 3° y 208 inc. 4° Cn.)”.

partido en el gobierno. Como se observa, por su objeto y efectos esta medida persigue la regularidad constitucional en el funcionamiento del TSE y de los comicios legislativos y municipales de 2018, y no el aseguramiento de los efectos de la sentencia con respecto al decreto legislativo de elección del magistrado en mención⁶⁵. Esto supone un nuevo alcance de las medidas cautelares, al menos en inconstitucionalidades.

Otra medida innovadora en inconstitucionalidades por su objeto y alcance, es la pronunciada en la interlocutoria de 8-V-2017, Inc. 37-2015 –proceso en que se discute la constitucionalidad de ciertos artículos del Reglamento General de Transporte Terrestre con base en los cuales se otorgó autorización para la explotación de infraestructura estatal para el funcionamiento del SITRAMSS, por supuesta vulneración al art. 120 Cn.–.

En esta resolución, la SC adoptó como medida la habilitación del uso vehicular público libre de los carriles segregados que, hasta antes de esa decisión, utilizaba exclusivamente dicho sistema de transporte. Lo innovador aquí no es tanto la justificación de la medida –que fue prioritariamente la afectación del interés público, pues la vía segregada solo podía ser utilizada por un sector de la población–, sino su objeto y alcance. Por un lado, porque el objeto del proceso no radica en el funcionamiento del SITRAMSS y de la infraestructura que utiliza –carriles, estaciones de abordaje y terminales–, sino en la constitucionalidad de la vía jurídica por la que fue otorgada para su uso y explotación –autorización por reglamento y no concesión por la Asamblea Legislativa–, en relación con lo establecido en el art. 120 Cn. Por

⁶⁵ Al respecto, y en congruencia con la resolución de 15-VII-2013, Inc. 63-2013, la SC sostuvo que su facultad cautelar como ente jurisdiccional implica procurar la tutela, tanto del interés público como del interés de los particulares, de acuerdo con las circunstancias del caso, intentando en todo momento y a través de todos sus actos un equilibrio a efecto de conseguir el mayor grado de protección a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado y sus instituciones.

otro, porque con ello se busca la regularidad constitucional alterada en razón del conflicto planteada⁶⁶.

2.4.2. Reconducción de pretensiones

Asimismo, una práctica recurrente por el Tribunal Constitucional ha sido reorientación de la pretensión inicial del demandante por una distinta a la que en principio se utilizó. De lo anterior, es importante aclarar que a nivel procesal debido a la naturaleza de esos procesos resulta comprensible entre el amparo y el *habeas corpus* –por tratarse de procesos constitucionales de control concreto de derechos fundamentales– recientemente también se han reconducido pretensiones de inconstitucionalidad hacia los dos procesos mencionados, según el caso, lo cual requiere de una mayor justificación argumentativa del tribunal, porque se trata de reconducir una pretensión desde un control general y abstracto a uno concreto.

En todos estos casos, a nivel procesal lo que la Sala realiza es que declara improcedente la pretensión planteada con el objeto que la misma se conozca en el cauce procesal adecuado, por lo que al mismo tiempo ordena a la secretaría registrar la demanda en el libro de procesos que corresponda, asignar un número de referencia, crear el expediente y remitir el mismo para un nuevo examen de admisibilidad y procedencia en el área respectiva⁶⁷.

⁶⁶ Así lo indica la misma SC en dicha resolución: “[...] cuando el tribunal advierte la existencia de un mecanismo que puede eliminar o minimizar la afectación que sobre el interés público relevante acarrea el contraste normativo propuesto, deberá adoptarlo. Y en este caso, aunque se trata de un proceso de naturaleza abstracta, se han verificado circunstancias excepcionales que evidencian la necesidad de que en este proceso se adopte la medida precautoria innovadora correspondiente, con el fin de que se restablezca de manera general y abstracta la efectividad de los preceptos constitucionales incididos, y de conciliar los intereses públicos relevantes contrapuestos”.

⁶⁷ José Arturo Tovar Peel, “Dinámicas de los procesos constitucionales en El Salvador peculiaridades y avances”, *Revista Ley Derecho y Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador*. (2015): 3.

Es importante aclarar que en estos casos el tribunal aclara que el rechazo liminar por improcedencia de las pretensiones y su consecuente reconducción procesal se basa en la aplicación del principio *iura novit curia* –el juez conoce el derecho– y en la posibilidad de suplencia de queja deficiente a que se refiere el art. 80 LPC, esto es, la suplencia de oficio de los errores u omisiones pertenecientes al derecho, como lo es la invocación del cauce procesal de la demanda.

De ese modo, se advierte que el art. 80 de la citada ley regula que “... En los procesos de amparo y de exhibición de la persona, el Tribunal suplirá de oficio los errores u omisiones pertenecientes al derecho en que incurrieren las partes...”.

No obstante, tal circunstancia pese a no estar reconocida en la mencionada disposición se ha realizado en el proceso de inconstitucionalidades. Ejemplo de esa circunstancia es la improcedencia de 9-XII-2015, Inc. 137-2015, en la cual se impugnaba de forma parcial una resolución del Instituto de Acceso a la Información Pública, la sala consideró que el objeto de control que se proponía no constituía una norma de carácter general y abstracto, ni constituía un acto de cumplimiento de la Constitución –porque dicho ente no basó su decisión en una disposición constitucional, sino en su normativa especial– y, además, que de la pretensión se sugería que el actor, más allá de perseguir la defensa objetiva de la Ley Suprema, alegaba una posible vulneración concreta a sus derechos fundamentales o situaciones jurídicas particulares.

Por esta razón, la SC sostuvo la imposibilidad de suplir la queja deficiente del actor (art. 80 LPC) y declaró improcedente su pretensión, ordenando a la

secretaría la inscripción de la demanda en el registro de amparos, la apertura del expediente de amparo y la asignación de un número de referencia⁶⁸.

2.4.3. Intervención de terceros en inconstitucionalidades

A nivel procesal otra novedad es el establecimiento de criterios por la SC para admitir o rechazar la intervención de terceros en las etapas de cognición y de ejecución de sentencias en los procesos de inconstitucionalidad. El punto de discusión deriva de que los arts. 183 Cn. y 2 LPC conceden legitimación activa amplia para demandar en este tipo de procesos, indicando que cualquier ciudadano puede solicitar a la Sala de lo Constitucional la defensa del orden constitucional cuando se considera vulnerado por la emisión de una disposición, un cuerpo normativo, un específico acto de aplicación directa de la norma primera o una omisión de cumplimiento de un mandato constitucional⁶⁹.

⁶⁸ La SC este auto explica que “[d]e lo dicho por el demandante, parece inferirse que en la resolución cuestionada no hay ninguna referencia a alguna disposición constitucional en la que el Instituto de Acceso a la Información Pública haya fundamentado su decisión, por lo que la decisión propuesta como objeto de control no es aplicación directa de la Constitución. Y esto es algo que el actor pasa por alto ya que no ha ofrecido argumento alguno para justificar la competencia de esta sala para conocer en un proceso de inconstitucionalidad algunos puntos resolutivos que contiene la sentencia del citado instituto”.

⁶⁹ La legitimación activa en inconstitucionalidad puede ser de manera personal, esto es, por cualquier ciudadano comprobando tal calidad mediante la presentación de su Documento Único de Identidad ya sea en cumplimiento del deber establecido en el art. 73 inc. 1° ord. 2° Cn., o bien en razón de un interés propio y directo (sentencia de 13-XII-2005, Inc. 58-2003), o bien de forma institucional: (i) por el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, conforme al art. 194 I ords. 1° y 4° Cn. (sentencias de 14-II-1997 y 1-IV-2004, Inc. 15-96 y 52-2003, respectivamente) al tener el deber constitucional de velar por el respeto y garantía a los derechos humanos y de promover los procesos judiciales respectivos para la protección de los mismos, entre los que se encuentra, claro está, el proceso de inconstitucionalidad; (ii) por el Procurador General de la República, para el caso de la defensa en abstracto de la libertad individual y de los derechos laborales de las personas de escasos recursos económicos, en los términos del art. 194 II ord. 2° Cn. (improcedencia de 31-V-2000, Inc. 11-2000); y (iii) por el Fiscal General de la República, de acuerdo al art. 193 ord. 2° Cn., atribución relativa a la facultad de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, adoptando el carácter de sujeto activo de la pretensión (sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99).

Con base en tales disposiciones, ciertos juristas han sostenido que la legitimación popular para iniciar un proceso de inconstitucionalidad también permite interpretar que durante el trámite del mismo e incluso en las diligencias de seguimiento y ejecución de la sentencia respectiva, cualquier ciudadano puede intervenir como tercero, incluso si no lo hizo como parte demandante en el mismo. A esto añaden el interés público del objeto de estos procesos, que indicaría la permisión de que cualquiera intervenga, formulando peticiones al tribunal en cualesquiera de las etapas.

Esta interpretación de los artículos citados ha sido rechazada por la SC, particularmente a partir de la interlocutoria de 11-VI-2014, Inc. 65-2012, en la cual se sostuvo que si bien la Constitución y la LPC reconocen la legitimación a todo ciudadano para iniciar un proceso de inconstitucionalidad como acción popular, ello no implica que su desarrollo o prosecución, es decir, ya iniciado el proceso, cualquier persona puede intervenir en el mismo.

Según la sala, esto se debe a que –por su naturaleza jurisdiccional y su independencia de cualquier órgano, institución o grupo de interés privado–, no debe trasladarse al proceso de inconstitucionalidad cualquier tipo de debate político, cuyo foro natural es la Asamblea Legislativa, en la que, por su composición heterogénea, pueden expresarse libremente diversas posiciones en la discusión de los intereses de la colectividad, de conformidad al principio democrático y pluralista que rigen el proceso de formación de leyes⁷⁰.

⁷⁰ Como argumentos de apoyo a esta tesis, en esta resolución la SC indicó también que “[...] un proceso jurisdiccional, en especial el de índole constitucional, se democratiza no sólo al permitir la intervención ciudadana sin ningún criterio restrictivo de utilidad, tecnicidad o pertinencia, sino que tal carácter democrático se logra en sentido estricto por el cumplimiento de ciertos supuestos que de igual manera lo legitiman; entre los que se encuentran [...] la legitimación activa amplia, extensiva a cualquier ciudadano.

Conforme a esto, en dicha interlocutoria la SC estableció un *numerus clausus* sobre posibles y eventuales terceros intervinientes en un proceso de inconstitucionalidad es decir, además de los sujetos procesales tradicionales: el demandante, la autoridad demandada y el Fiscal General de la República, arts. 6, 7 y 8 LPC, respectivamente–, por la trascendencia e interés público de la pretensión, entre los que se encuentran: (a) los *amicicuriae*⁷¹; (b) ciertos funcionarios –entendidos como órgano-persona– que por sus atribuciones son aplicadores de la normativa impugnada en función de la Institución que representan; y (c) personas que pudieran ser afectadas de forma individual y directa por la sentencia que se pronuncie, como puede ocurrir en las impugnaciones contra actos de aplicación directa de la Constitución, verbigracia el caso de los decretos de nombramiento de funcionarios de elección de segundo grado, que constituyen normas individuales cuya regularidad jurídica se encuentra determinada por la Ley Suprema⁷².

En el proceso Inc. 48-2014 –en el que se discutió la constitucionalidad de la prohibición de “voto cruzado” para elecciones legislativas que contemplaba el Código Electoral, la Sala, por interlocutoria de 8-VII-2015, denegó intervén-

⁷¹ Sobre la posibilidad de permitir intervención de amigos del tribunal, la SC ha sido cada vez más rigurosa, llegando a señalarse taxativamente los supuestos que tales *amicii* deben cumplir y que el mismo tribunal debe considerar: “(i) La complejidad desde el punto de vista jurídico que reviste la solución al caso o su interrelación con otras materias ajenas al conocimiento especializado del Tribunal, como aspectos técnicos de una disciplina o ciencia diferente a la jurídica; (ii) la trascendencia social o interés público del objeto del proceso o la importancia del precedente que se va a sentar para casos futuros; (iii) la acreditación razonable por parte del *amicus* de sus conocimientos especializados, técnicos o científicos, así como su experiencia o trayectoria reconocida en la materia; (iv) la objetividad de los argumentos planteados, sin adhesión abierta a la posición de alguna de las partes, valoraciones estrictamente ideológicas o políticas o apreciaciones puramente subjetivas; (v) la pertinencia e importancia del aporte del *amicus* para dilucidar las cuestiones debatidas en el proceso, debido a la existencia de dudas relevantes del tribunal en relación con el objeto del proceso; y (vi) la oportunidad procesal de la opinión, pues esta debe plantearse cuando ya se hayan vertido todas las posturas respecto del objeto del proceso [...]” (interlocutorias de 14-IX-2012 y de 11-VI-2014, Incs. 7-2006 y 65-2012, en ese orden).

⁷² Tovar Pell, “Dinámicas de los procesos constitucionales”, 8-10.

ción como terceros en etapa de seguimiento y cumplimiento de la sentencia a un grupo de ciudadanos que solicitaban como medida de cumplimiento la apertura de paquetes electorales para constatar supuestas irregularidades en actas de escrutinio de juntas receptoras de votos. Tal como se ha indicado, la SC consideró que ninguno de los ciudadanos fue parte procesal ni se encontraban en las excepciones señaladas para permitirles participar como terceros.

2.4.4. Cargas probatorias dinámicas (inversión de carga probatoria)

La carga de la prueba constituye una regla para el sentenciador, que le indica de qué manera debe fallar cuando la falta o insuficiencia de prueba deje incierto el hecho jurídicamente relevante controvertido en el proceso. Así las cosas, la carga de la prueba puede definirse como una "conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos". Al respecto, es importante destacar que la ley distribuye por anticipado esta carga, entre uno y otro litigante, en forma expresa o implícita, en la medida que ambos litigantes se encuentran obligados a acreditar la veracidad de sus afirmaciones, ya que los hechos no probados se tienen por no existentes en el proceso⁷³.

En otras palabras, puede entenderse el principio de la carga de la prueba como aquel en virtud del cual debe desecharse o no puede acogerse la pretensión de una parte si la misma no ha probado las circunstancias fácticas que sirven de sustento al precepto jurídico que han hecho valer en el juicio; es decir, en caso de no existir prueba o ser esta insuficiente, el juez aplicará

⁷³ Eduardo Terrasa, *Cargas probatorias dinámicas*, en: *Activismo y garantismo*, (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009), 95.

las normas de la carga de la prueba y sancionará a aquella parte que no probó. En el fondo, este principio permite responder, usando una fórmula dispuesta por el legislador, la pregunta sobre a qué afirmación se le dará preferencia: si a aquella formulada por el actor o a la que ha pronunciado el demandado. Esto, atendido que el tribunal, en virtud de los principios generales que inspiran el ordenamiento, se encuentra obligado a emitir un pronunciamiento que resuelva el asunto controvertido⁷⁴.

En si las "cargas dinámicas de la prueba" o "alivio probatorio" consiste en la alteración de las normas sobre carga de la prueba siempre que el juez de la causa constate que se presenta en la especie el supuesto que esta norma indica, esto es, que existan indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de una garantía fundamental.

De acuerdo con el enfoque tradicional del Derecho Procesal, las reglas de la carga de la prueba indican que cada parte debe aportar los elementos necesarios para demostrar los presupuestos de la pretensión o de la excepción que se invoca⁷⁵. Así, en la mayoría de ordenamientos jurídicos la regla clásica indica que incumbe probar a quien afirma hechos en el proceso, el actor con respecto a sus pretensiones y el demandado sobre su reconvencción y excepciones opuestas⁷⁶. Por lo tanto, esta rígida distribución de carga probatoria no siempre tienen en cuenta las particularidades de cada caso ni la igualdad real de las partes procesales, lo cual puede llevar al dictado de sentencias injustas, apartadas de la verdad objetiva.

⁷⁴ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° edición (Depalma Editor, Buenos Aires, 1958), 241.

⁷⁵ Así lo ha sostenido la misma SC: "La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la responsabilidad que tienen de demostrar la base fáctica de sus pretensiones y, además, le señala al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos".

⁷⁶ Ivana Airasca, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en - AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Colombia, 2004), 129.

Tal situación ha provocado que la doctrina y jurisprudencia repensara la figura del *onus probandi* y que se aceptara paulatinamente que hay circunstancias que justifican su desplazamiento, a través de la figura de las “cargas probatorias dinámicas”⁷⁷, que sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en ciertos supuestos y circunstancias, la carga probatoria recae sobre una de las partes o bien sobre ambas, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla⁷⁸.

En el ámbito de los procesos constitucionales, existen casos en que la SC ha aplicado dicho desplazamiento de la carga probatoria debido a las mejores condiciones materiales del demandado para aportar la prueba necesaria. En cuanto al proceso de amparo se refiere, se encuentra el auto de admisión de 21-III-2012, Amp. 142-2012, promovido por la Asociación Salvadoreña para la protección de Datos e Internet (indata), contra la empresa equifax, s.a. de c.v. (dicom), por la vulneración al derecho a la autodeterminación informativa.

En esta resolución, la sala expresó que la condición especial de la demandada en este caso –al ser el ente que recopilaba, administraba y distribuía información personal con fines comerciales– le ubicaba en una posición de poder probatorio, siempre que esta detentara las fuentes de

⁷⁷ En el auto de 8-V-2013, Amp. 310-2013 –caso “B.C.” –, la sala sostuvo que: "En principio, cuando se trata de un proceso de hábeas corpus o de amparo, el actor que afirma haber sido lesionado en sus derechos fundamentales –está siéndolo o existe una amenaza cierta e inminente de ser lesionado– tiene la carga de la prueba, a fin de que el juez pueda otorgarle la tutela solicitada. Sin embargo, dependiendo de la clase o naturaleza de los hechos que se afirman como existentes, hay casos en los que la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella parte procesal que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. A esto se le conoce como cargas probatorias dinámicas "

⁷⁸ Lépori White I, *Cargas probatorias dinámicas*, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Colombia, 2004), 60. No se trata de dejar a un lado las normas generales clásicas sobre distribución de la carga de la prueba, sino más bien volverlas flexibles de manera excepcional frente a la situación en que los criterios tradicionales probatorias arrojan consecuencias manifiestamente desfavorables.

prueba que el demandante necesitaba para acreditar la violación del derecho fundamental alegado. Aunado a esto, en el Amp. 310-2013, citado *supra*, el tribunal consideró el desplazamiento de la carga de probar, en tanto que fueron las autoridades demandadas –funcionarios del Hospital Nacional de Maternidad– quienes presentaron la documentación relativa al expediente médico de la ciudadana supuestamente agraviada en sus derechos a la salud y a la vida.

De igual forma, en las inconstitucionalidades existe un supuesto en el que existe la necesidad verter prueba y de invertir la carga de la misma, ello a pesar de ser un proceso de control constitucional abstracto. Esto ocurre específicamente cuando se impugnan vicios de forma en los actos de ejecución de la Constitución, en particular en la elección y designación de los funcionarios a que se refiere el art. 131 ord. 19° Cn. –por la supuesta falta de documentación y verificación tanto de los requisitos constitucionales para cada cargo, como de la ausencia de vínculos formales y materiales de los aspirantes con partidos políticos–⁷⁹.

En tal caso se presume que la Asamblea Legislativa, autoridad demandada, se encuentra en una mejor posición que los actores para aportar al tribunal los medios probatorios que comprueben la validez constitucional de los actos impugnados, por ejemplo, mediante certificación de los expedientes legislativos respectivos, la remisión de las discusiones en la comisión o subcomisión correspondiente, los registros de las entrevistas a candidatos a cargos públicos, en su caso.

⁷⁹ Algunos entendidos en la materia constitucional incluyen como caso en que debería ocurrir el desplazamiento de carga probatoria la impugnación de vicios en el procedimiento de formación de ley. En teoría, parecería que la Asamblea Legislativa debería ser quien soporte la carga de probar el agotamiento y correcta realización de todas las etapas para que una ley formal adquiriera validez.

A guisa de ejemplo se encuentran los autos de admisión de 12-VIII-2016 y 16-I-2017, pronunciadas en las Incs. 56-2016 y 19-2016 –correspondientes, en ese orden, a las impugnaciones sobre la validez de los nombramientos de los abogados como magistrado suplente de la CSJ y magistrado propietario del TSE–, en los cuales, además de ordenar a la Asamblea Legislativa rendir el informe como autoridad demandada a que se refiere el art. 7 LPC, se le ordenó a esta certificar y remitir a la sala toda la documentación pertinente para establecer cómo acreditó y verificó el cumplimiento de requisitos constitucionales o la inexistencia de incompatibilidades en dichos profesionales para elegirles en los cargos aludidos, es decir, cómo constató la idoneidad y aptitud de ambos.

2.4.5. Flexibilidad del principio de congruencia

Como último punto, debe señalarse la flexibilización del principio de congruencia en materia constitucional, particularmente a partir de la sentencia de 13-VII-2016, Inc. 35-2015. En este pronunciamiento se señaló que en los procesos constitucionales la congruencia no debe entenderse como la plena pasividad o abdicación de la sala ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales, indicando que “[...] la congruencia, en los procesos constitucionales, presenta perfiles más amplios que en los procesos comunes [...]”.

Por ello, se aseveró que la flexibilidad de la congruencia ocurre particularmente en dos casos: cuando se alega de inconstitucionalidad por conexión y, además, cuando se desestima el motivo de inconstitucionalidad alegado contra una disposición o acto normativo por violación a un parámetro constitucional, pero persiste la incompatibilidad entre una y otra por una razón diversa.

Con base en tal razonamiento, la SC desestimó la impugnación por vicio de forma planteada por el actor contra el Decreto Legislativo n° 1000, de 23-IV-2015 –el que la Asamblea Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de U\$ 900 millones destinados a ser colocados en el mercado nacional o internacional–, pero analizó la constitucionalidad de la figura de los diputados suplentes (arts. 131 ord. 4° Cn.) –aspecto sobre el que no versaba la pretensión vertida– y de su uso fraudulento en el seno legislativo para la aprobación de decretos como el señalado.

Así, el tribunal, entre otros aspectos, consideró que “[...] la validez de las suplencias legislativas está determinada por la “forma” en que los diputados suplentes “optan a ese cargo”, la cual debe ser la misma por la que se elige a los diputados propietarios. Dicho de otro modo: los diputados suplentes deben ser elegidos de la misma manera que los propietarios [...] Para que la decisión colectiva tomada por la Asamblea Legislativa sea considerada válida, es necesario que los diputados que concurren con sus votos individuales a favor o en contra de un proyecto de ley, hayan sido electos por el pueblo. Y diputados electos, propietarios y suplentes, son los que han recibido el voto directo del elector”.

De acuerdo con esto, además de declarar inconstitucional del Decreto Legislativo n° 1000, en la sentencia se declaró que, a partir de la notificación de la misma, las personas consideradas como diputados suplentes no podían suplir en lo subsecuente a un diputado propietario por carecer de legitimación popular. Como se observa, la SC se pronunció sobre aspectos no impugnados directamente por el demandante, pero que se desprendían de su pretensión y que implicaban también una vulneración al texto constitucional.

En ese sentido, se realiza cuadro sinóptico con las principales innovaciones procesales sería el siguiente:

| | Referencia | Vaciado de Información. Innovación procesal introducida en el auto o sentencia. |
|---|---|--|
| 1 | Inc. 6-2016 (Ley de Probidad) | Establecimiento de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, se suspendió provisionalmente la vigencia de la misma y, a la vez, concedió vigencia temporal a la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, (promulgada mediante Decreto Legislativo n° 2833, de 24-IV-1959, publicado en el Diario Oficial n° 87, tomo 183, de 18-V-1959 –posteriormente derogada por el art. 51 de la mencionada Ley de Probidad–), mientras se adoptaba una decisión definitiva. Lo innovador en este caso es por partida doble: no solo por las medidas adoptadas, al no contemplar la LPC un régimen cautelar para las inconstitucionalidades, sino también por sus supuestos de procedencia, efectos y alcance de algunas de estas. |
| 2 | Auto del 8-V-2017 en el proceso 37-2015 (SITRAMS) | En esta resolución, la SC adoptó como medida la habilitación del uso vehicular público libre de los carriles segregados que, hasta antes de esa decisión, utilizaba exclusivamente dicho sistema de transporte. Lo innovador aquí no es tanto la justificación de la medida –que fue priorita- |

| | | |
|-------|--|--|
| | | <p>riamente la afectación del interés público, pues la vía segregada solo podía ser utilizada por un sector de la población–, sino su objeto y alcance. Por un lado, porque el objeto del proceso no radica en el funcionamiento del SITRAMSS y de la infraestructura que utiliza – carriles, estaciones de abordaje y terminales–, sino en la constitucionalidad de la vía jurídica por la que fue otorgada para su uso y explotación –autorización por reglamento y no concesión por la Asamblea Legislativa–, en relación con lo establecido en el art. 120 Cn. Por otro, porque con ello se busca la regularidad constitucional alterada en razón del conflicto planteada.</p> |
| 3 y 4 | <p>Incs. 56-2016 y 19-2016 (Inconstitucionalidad nombramientos de los abogados Ricardo Alberto Iglesias Herrera y Jesús Ulises Rivas Sánchez como magistrado suplente de la CSJ y magistrado propietario del</p> | <p>Además de ordenar a la Asamblea Legislativa rendir el informe como autoridad demandada a que se refiere el art. 7 LPC, se le ordenó a esta certificar y remitir a la sala toda la documentación pertinente para establecer cómo acreditó y verificó el cumplimiento de requisitos constitucionales o la inexistencia de incompatibilidades en dichos profesionales para elegirles en los cargos aludidos, es decir, cómo constató la idoneidad y aptitud de ambos. (Carga probatoria dinámica)</p> |

| | | |
|---|--|---|
| | TSE) | |
| 5 | Inc. 35-2015 (Diputados suplentes) | <p>En este pronunciamiento se señaló que en los procesos constitucionales la congruencia no debe entenderse como la plena pasividad o abdicación de la sala ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales, indicando que “[...] la congruencia, en los procesos constitucionales, presenta perfiles más amplios que en los procesos comunes [...]”. Por ello, se aseveró que la flexibilidad de la congruencia ocurre particularmente en dos casos: cuando se alega de inconstitucionalidad por conexión y, además, cuando se desestima el motivo de inconstitucionalidad alegado contra una disposición o acto normativo por violación a una parámetro constitucional, pero persiste la incompatibilidad entre una y otra por una razón diversa.</p> <p>Con base en tal razonamiento, la SC desestimó la impugnación por vicio de forma planteada por el actor contra el Decreto Legislativo n° 1000, de 23-IV-2015 –el que la Asamblea Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de U\$ 900 millones destinados a ser colocados en el mercado nacional o internacional–, pero analizó la constitucionalidad de la figura de los diputados</p> |

| | | |
|---|----------------------|---|
| | | <p>suplentes (arts. 131 ord. 4° Cn.) aspecto sobre el que no versaba la pretensión vertida– y de su uso fraudulento en el seno legislativo para la aprobación de decretos como el señalado. De acuerdo con esto, además de declarar inconstitucional del Decreto Legislativo n° 1000, en la sentencia se declaró que, a partir de la notificación de la misma, las personas consideradas como diputados suplentes no podían suplir en lo subsecuente a un diputado propietario por carecer de legitimación popular. Como se observa, la SC se pronunció sobre aspectos no impugnados directamente por el demandante, pero que se desprendían de su pretensión y que implicaban también una vulneración al texto constitucional. (Flexibilidad del principio de congruencia)</p> |
| 6 | Inc. 65-2012 (SIGET) | <p>En este proceso se discutía la constitucionalidad del mecanismo de subasta para la concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico de uso regulado en caso de oposición, donde la SC rechazó intervenir en carácter de terceros a ciertas compañías de telecomunicaciones, pero aceptó como tal al entonces titular de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, porque era el funcionario que aplicaba la norma impugnada (Ley de Telecomunicaciones)</p> |

| | | |
|---|-----------------------------|---|
| 7 | Inc. 48-2014 (voto cruzado) | <p>En este proceso que se discutió la constitucionalidad de la prohibición de “voto cruzado” para elecciones legislativas que contemplaba el Código Electoral, la sala, por interlocutoria de 8-VII-2015, denegó intervención como terceros en etapa de seguimiento y cumplimiento de la sentencia a un grupo de ciudadanos que solicitaban como medida de cumplimiento la apertura de paquetes electorales para constatar supuestas irregularidades en actas de escrutinio de juntas receptoras de votos. Tal como se ha indicado, la SC consideró que ninguno de los ciudadanos fue parte proce-sal ni se encontraban en las excepciones señaladas para permitirles participar como terceros.</p> |
|---|-----------------------------|---|

.

CAPÍTULO III

EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA ACTUALIDAD

En este capítulo se tiene por finalidad examinar el papel del Juez Constitucional en la actualidad realizando dicho abordaje desde la óptica de dos fenómenos de gran repercusión en la dinámica actual de los Tribunales Constitucionales que son: el activismo judicial y los Tribunales Constitucional como legisladores positivos. De ese modo, se realiza un recorrido histórico de esas figuras así como un análisis de la misma de conformidad a la realidad.⁸⁰.

3. Tribunal constitucional

3.1. Subordinación de los jueces a la Constitución

Ese rol del Juez Constitucional puede decirse que es común en todos los sistemas de justicia constitucional, particularmente si se tiene en cuenta que en las últimas décadas, en el mundo contemporáneo, se ha venido consolidando un proceso de convergencia progresiva de principios y soluciones entre dichos sistemas,⁸¹ que en muchos casos incluso dificultan que se pueda establecer aquella otrora clásica y clara distinción entre los

⁸⁰ En lo relativo al cambio en la constitución se debe tomar en cuenta que este se puede realizar de dos formas: la reforma constitucional y la mutación, implicando la primera un cambio efectivo en el texto constitucional realizado de conformidad al procedimiento previamente establecido en la Constitución, y la segunda un cambio únicamente en el significado y alcance de la disposición constitucional conservando intacto su texto

⁸¹ Lucio Pegoraro, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México (2004): 131.

clásicos sistemas concentrados y difusos de control de constitucionalidad, que dominaron la materia por mucho tiempo.

En todos los sistemas, el principio básico que se puede identificar es que los jueces constitucionales, al cumplir su papel, siempre tienen que estar subordinados a la Constitución, sin que puedan invadir el campo del legislador o el del poder constituyente, lo contrario equivaldría, tal como se desarrolla un “totalitarismo judicial irresponsable” el cual, por supuesto, es una forma de patología del control de constitucionalidad⁸².

Es decir, se puede afirmar sin atisbos de duda que los jueces constitucionales pueden ayudar al legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo, ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no puedan ser deducidas de la Constitución misma.

Es en este sentido es posible afirmar como principio general, que los jueces constitucionales aún siguen siendo considerados –como el autor solía decir– como “Legisladores Negativos;” o en sentido contrario, no pueden ser “Legisladores Positivos” en el sentido, los mismos no pueden elaborar ni crear leyes ex novo que sean producto “de su propia concepción,” ni adoptar “reformas” respecto de leyes que han sido concebidas por otros actores legislativos⁸³.

Así, es posible afirmar que pese a la evidente evolución del rol de los jueces constitucionales en un Estado de Derecho, en el sentido que ahora ocupan

⁸²Alfonse Celotto, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modalidades”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México (2004), 3.

⁸³ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, (Edt, Santillan, Madrid, 1988), 129.

un rol más activo en la actividad estatal, no por ello debe concluirse que estos operan como legisladores positivos sino que deben respetar la clásica división de poderes o funciones estatales.

3.2. El nuevo rol del juez constitucional y la cuestión del legislador positivo

La Sala de lo Constitucional reemplazó a la Sala de amparos, que fue creada en 1959, con el cambio producido en virtud de la emisión de la Constitución de la República del 20-XII-1983, mediante la cual se creó a la Sala de lo Constitucional como un Tribunal perfectamente diferenciable del resto de Tribunales⁸⁴ y, no cabe duda, se ha consolidado como una institución fundamental del sistema jurídico y político, que garantiza la aplicación directa de la Constitución como norma suprema.

La Sala Constitucional, como todo Tribunal Constitucional, fue creada para hacer valer la prevalencia de la Constitución de la República, para lograr lo anterior le compete interpretar dicha Constitución cada vez que es sometido a su conocimiento un asunto de su competencia.

La función representa la jurisdicción constitucional, componente importante de todo Estado Social de Derecho; sin embargo, en caso de que la Sala violente los límites interpretativos podría estar sustituyendo al constituyente, de tal suerte que por medio de una “simple” sentencia que interpreta una norma constitucional podría estar legislando al innovar el ordenamiento jurídico.

⁸⁴ Manuel Montecinos Giralt, *El Órgano Judicial, la Jurisdicción Constitucional*, (Proyecto para el fortalecimiento del Sector de Justicia, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2000), 128.

Como efecto de dicha consolidación, se han presentado controversias en torno a sus competencias y fallos, que coinciden con los debates ocurridos en otros países con mayor trayectoria en el funcionamiento de los tribunales constitucionales.

En efecto, la función típica o quizás más importante de la Sala y de los Tribunales Constitucionales en el Derecho comparado, es la potestad de declarar inconstitucionales las leyes emitidas por la Asamblea Legislativa, o sea, la función de hacer prevalecer la condición jurídica de la Constitución como la ley suprema del ordenamiento jurídico.

De ahí que pese a que a la Sala también le corresponde conocer de los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus y la controversia entre órganos sea precisamente en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes el que mayores tensiones haya generado entre la Sala y los distintos sectores sociales, civiles y sobre todo políticos.

Tal función o competencia la define la doctrina como una función de legislador negativo según la famosa definición del autor por cuanto declara total o parcialmente leyes inconstitucionales, cuya declaratoria conlleva a una nulidad absoluta de las mismas lo que causa que ellas desaparezcan del ordenamiento jurídico⁸⁵.

En este caso, la jurisprudencia constitucional ha indicado, ejemplo el auto de 17-XII-2010, inconstitucionalidad 61-2010, que la finalidad del proceso de inconstitucionalidad es, fundamentalmente, un juicio de contraste entre normas, pues se desenvuelve con la finalidad de verificar la confrontación de

⁸⁵ José Jiménez Sánchez, *La legitimidad del juez constitucional*, (Anales de la Cátedra Francisco Suárez, México, 2002), 303-325.

la normativa impugnada con el texto constitucional, a fin de invalidar la disposición que se estima incompatible con la Constitución. En plena concordancia con lo expuesto, el art. 6 LPC prescribe como requisitos de la demanda: en el ord. 2º, la identificación de "la ley, el decreto o reglamento que se estime inconstitucional" –lo que, doctrinariamente, se denomina objeto de control de constitucionalidad–; y, en el ord. 3º, que se cite "los artículos pertinentes de la Constitución" que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado –lo que, también doctrinariamente, se denomina parámetro de control–.

Ahora bien, al interpretar tales disposiciones legales en conexión con el control abstracto, que la Sala realiza, se sostiene que el objeto del proceso de inconstitucionalidad radica en la confrontación internormativa que el peticionario plantea en su demanda y justifica con sus argumentos.

Relacionado con lo anterior, la eficacia natural de toda sentencia en términos generales consiste en declarar cierto el derecho que se controvierte o que carece de certeza y en llevar esa declaración a su realización concreta. Respecto de la sentencias de inconstitucionalidad implica una declaración de carácter genérico respecto del objeto de control y su conformidad con la Constitución, lo que trae en consecuencia efectos que responden al objeto del proceso de inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, en resolución de 21-X-2005, dictada en el proceso de Inc. 21- 2004, la Sala expuso una aproximación jurisprudencial sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, afirmando que los más sobresalientes o notorios efectos de la sentencias de inconstitucionalidad se alcanzan –en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada– mediante la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional,

aunque no se impone con necesidad lógica, pues, desde este enfoque, lo inexcusable es que el pronunciamiento jurisdiccional adquiera firmeza y carácter definitivo.

Así, en la mencionada sentencia se agregó que, por regla general, la más idónea reparación que se puede ordenar para restablecer el orden constitucional vulnerado por la disposición o cuerpo normativo declarado inconstitucional, es la expulsión de ésta del ordenamiento jurídico, es decir una declaración constitutiva, con efectos equivalentes a la derogación⁸⁶.

En el caso de la sentencia estimatoria se genera un pronunciamiento de invalidación general y obligatoria y la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones que resulten incompatibles con la Ley Suprema desde tal declaratoria, con efectos ex nunc, es decir, que surte efecto desde el momento que se produce la declaración, no un pronunciamiento con efectos hacia el pasado.

Tal expulsión causa efectos opelegis, con la emisión de la sentencia, de tal modo que no existe la posibilidad de posponer los efectos o diferir en el tiempo la efectividad de la sentencia y a diferencia de la derogación, genera la imposibilidad de aplicar de manera ultraactiva el objeto de control. No obstante lo anterior, no se excluye que las situaciones ordenadas según la ley inconstitucional, y ya firmes, puedan ser sometidas a revisión, por la jurisdicción ordinaria o constitucional en los procesos concretos de su competencia.

En ese orden de ideas, los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad también pueden sintetizarse de la siguiente manera:

⁸⁶ Sentencia de 22-X-2001, pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 23-97.

a) un efecto vinculante –arts. 183 Cn. y 77-F LPC.–, en tanto que “sujetan” a todas las entidades que forman parte del Estado al respeto y cumplimiento de lo establecido en la sentencia, con estricta sujeción y cumplimiento del mandato en ella determinado y a los efectos que deriven del pronunciamiento, con un carácter general que sobrepasa los límites subjetivos de la cosa juzgada;

b) fuerza de ley o eficacia general –art. 183 Cn.–, relacionada con la eficacia general o efectos “erga omnes” en el caso de ser una sentencia estimatoria respecto de los particulares; y

c) cosa juzgada, que –en relación con la sentencia estimatoria en el proceso de inconstitucionalidad– representa la imposibilidad de plantear el reclamo de constitucionalidad en un nuevo proceso en relación con el ya resuelto, fijando su atención en el objeto de control.

Ahora bien, es importante traer a cuenta que en las últimas décadas, el desarrollo de los principios democráticos y sociales han potenciado las funciones de dichos tribunales ya que vienen emitiendo resoluciones de diversa naturaleza que la doctrina denomina *intermedias* porque se sitúan entre la declaración de inconstitucionalidad y el rechazo de la demanda, y que se caracterizan por sustituir la voluntad del legislador e inclusive la del propio constituyente. En el país, dicho fenómeno se ha suscitado con especial relevancia a partir de la jurisprudencia constitucional emitida por la composición subjetiva de magistrados 2009-2018.

Ese nuevo tipo de sentencias se clasifican en interpretativas, aditivas, sustitutivas, apelativas, constructivas, manipulativas, etc., y suponen una función de legislación positiva de la Sala de lo Constitucional, no contempla-

da en las constituciones, y como tal son generadoras de tensiones con el legislador y el poder ejecutivo y que tanto revuelto han causado en la vida social, política y jurídica de el país.

Este sigue siendo, sin duda, el principio general sobre la justicia constitucional en el derecho comparado en su relación con el Legislador, aun cuando en las últimas décadas el papel de los jueces constitucionales haya cambiado considerablemente, en particular porque su rol no se limita ya a solo declarar la inconstitucionalidad o no de las leyes, o a anularlas o no por razones de inconstitucionalidad. En efecto, en todos los sistemas de justicia constitucional se han venido desarrollado nuevos enfoques conforme a los cuales, por ejemplo, basados en el principio de conservación de las leyes, y debido a la presunción de constitucionalidad de la cual gozan, los jueces constitucionales tienden a evitar anularlas o a declararlas inconstitucionales (aun cuando sean contrarias a la Constitución), y proceden cada vez con más frecuencia a interpretarlas de acuerdo o en conformidad con la Constitución o en armonía con la misma.

Ello ha permitido al juez constitucional evitar crear vacíos legislativos y, en algunos casos, incluso, llenarlos en forma temporal y hasta permanente cuando los mismos pudieran ser originados por una eventual declaración de nulidad o inconstitucionalidad de la ley⁸⁷.

Es la opinión, por ejemplo, del catedrático de Derecho Público de la Universidad de París declara: "... se puede decir que si el juez constitucional ha sido considerado, en una primera etapa de la evolución, como un

⁸⁷ Daniela UrosaMaggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, (Series Estudios No.96, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela, 2011), 15-16.

legislador negativo, esta tesis tradicional ha sido superada a favor de una calificación más acertada de legislador positivo en el sistemas jurídico-políticos, lo que afecta evidentemente a sus relaciones con el Poder Legislativo...”⁸⁸.

Es decir, los tribunales constitucionales han asumido, además de la función negativa, funciones claramente positivas de creación de normas jurídicas de rango de ley, lo que genera tensión con el Poder Legislativo y pone en entredicho la tradicional división de poderes del Estado. Las sentencias intermedias se han generalizado, lo que requiere una racionalización de las relaciones del juez constitucional con el Legislador. La relevancia de la temática es que la conversión de Tribunales Constitucionales en legisladores positivos parece no tener marcha atrás y los antiguos límites previstos en la época del Estado liberal (*selfrestraint* del juez anglosajón o teoría de las *politicalquestions*, en nck cuanto autocontrol para no adoptar decisiones arriesgadas o para no invadir el campo del legislador) carecen de operatividad⁸⁹.

Es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos, se encuentra que también allí se suscitan similares fenómenos de “abuso de poder”, un ejemplo sería la queja expuesta por el Senador George Norris en 1930 que mencionó que el parlamento promulgaba las leyes, integrado por más de 400 personas y por otro lado, existía un organismo más, que legisla, llamado Senado, integrado por menos de 100 personas, pero el que de verdad legislabo era otro que se llamaba Suprema Corte de los Estados Unidos de América y lo integraban nueve personas, más poderosas que todas las otras juntas.

⁸⁸Franck Moderne, “La Jurisdicción Constitucional frente al Poder Público”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional, Investigaciones Jurídicas S.A, San José, Tomo I, (2000): 149.*

⁸⁹ *Ibíd.* 174.

En ese sentido, se acotaba que la Suprema Corte de los Estados Unidos se ha excedido en sus atribuciones al sustituir al legislador federal y estatal según sea el caso. Lo nuevo, o más bien distinto, es que las críticas más duras derivaron en que consideran que la Corte se había excedido en sus funciones al sustituir al Congreso de la Unión y a las legislaturas locales dictando verdaderas leyes en sentido material, y de la mayor trascendencia; aunque tuvieran la forma, sólo la forma, de fallos judiciales, sobre materias muy controvertidas, con un sentido general reformista, de promover la igualdad, así en lo racial como en lo político⁹⁰.

En igual sentido, se puede apreciar que en el país, diversos sectores acusan a la Sala de lo Constitucional de falta de representatividad democrática al considerar que esta se ha excedido de sus atribuciones constitucionales al legislar sobre ciertas materias en sus sentencias, sobre todo en materia electoral.

Esto se encuentra relacionado con uno de los fenómenos más llamativos de los ordenamientos constitucionales de este tiempo, el que ha sido el de la universalización de la justicia constitucional. Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es lo cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, e incluso, en ella se encuentra, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el caso de los Eforos espartanos o del Areópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (Nomoi) y los

⁹⁰ Antonio Carrillo Flores, *La Corte Suprema de los Estados Unidos*, (Fondo de Cultura Económica, México, 1946), 15.

decretos ordinarios (Psefísmata), Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana.

En la Edad Media se establece la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva de límites, frente al iuscogens proveniente del mismo legislador⁹¹.

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión si se pone en sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia social civilizada.

Bien significativo es al respecto el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como atestiguan, entre otros muchos casos, Alemania, Italia y Japón, tras la Segunda Guerra Mundial; los países de la Europa meridional (Grecia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno; gran número de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa Oriental tras la desaparición de los sistemas comunistas.

⁹¹ Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI*, Catedrático de Derecho Constitucional, (Universidad Complutense de Madrid. Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2002), 2.

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía acontecer de otra forma, ha incidido de modo frontal sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelseniano, o a si así se prefiere, el modelo de la “*judicial review of legislation*” y el de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”⁹².

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados en Italia y Alemania tras la segunda post guerra, en cuanto que estos sistemas partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a ella se anudaran ciertas consecuencias jurídicas y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la institucionalización del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegitimidad constitucional, como se conoce en Italia.

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

En resumen, la justicia constitucional, en el nuevo siglo XXI se presenta perfilada por una serie de situaciones peculiares que aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido convergiendo y, a la par, acentuando sus rasgos: el proceso de progresiva e ininterrumpida

⁹² Término jurídico alemán equivalente a decir procedimientos constitucionales.

convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano del “legislador negativo” con el subsiguiente rol creativo de los Tribunales Constitucionales y la enorme heterogeneidad y generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”, haciendo necesaria la búsqueda de una nueva tipología que ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional⁹³.

Sin embargo, es importante aclarar que en la actualidad, mantener esa dicotomía entre modelo concentrado o kelseniano, y modelo difuso o norteamericano, resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales ad hoc conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad. Y esa ruptura de los cánones tradicionales de la justicia constitucional se produce, muy significativamente, en América Latina, y buena muestra de ello es el caso de El Salvador, donde el órgano especializado de justicia constitucional, la Sala Constitucional, se encuentra integrada en la Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia conceptual de esta superación de la tradicional dicotomía justicia constitucional concentrada europea versus justicia constitucional difusa norteamericana es que, en la actualidad, la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales;

⁹³ Francisco Rubio Llorente, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, en la obra colectiva *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, vol. II, (Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997), 1411- 1416.

necesariamente el concepto de “justicia constitucional” hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, que no es otro que el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean⁹⁴.

3.3. El papel que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el sistema democrático

Si en los viejos y asentados sistemas jurídicos con instituciones de justicia constitucional existe un cierto debate sobre cuál es el fundamento democrático de la existencia y del funcionamiento de la justicia constitucional, en otros países, y en especial en algunos países de América Latina, la cuestión es en cierto sentido la contraria, esto es, que la justicia constitucional se convierte en un elemento muy importante de legitimidad del sistema democrático.

No se trata, claro está, de que sea nocivo que la justicia constitucional actúe como elemento de legitimidad del estado de derecho; por el contrario, esta es precisamente una de las tareas que debe cumplir.

Lo que resulta preocupante es el hecho de que, la importancia que en el proceso de legitimidad del estado democrático tiene la justicia constitucional sea, a veces, excesiva. Si esto es así no lo es por culpa de la propia justicia constitucional, sino porque ésta viene a “tapar” los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimidad⁹⁵.

⁹⁴ Pablo Pérez Tremps, “La justicia constitucional en la actualidad con especial referencia a América latina”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – (2003): 34.

⁹⁵ Víctor Farreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, 1997), 5

Este fenómeno, tiene un mayor realce en los países de tradición democrática débil como los latinoamericanos, en sentido contrario, los países anglosajones y europeos cuentan con una larga tradición de respeto a las leyes y la institucionalidad en general.

En efecto, y como es sabido, en el estado democrático la legitimidad del sistema es, por definición, una legitimidad popular que se debe articular, sobre todo, a través de un poder legislativo elegido por el pueblo y, en los sistemas presidencialistas, por un poder ejecutivo también nacido de la urnas. Sin embargo, es también un lugar común que, en muchos de los países latinoamericanos, existe una cierta crisis de legitimidad de las instituciones, mayor o menor según los casos, y que responde a un complejo de razones que sería imposible si quiera sintetizar ahora: crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos de poder, elementos estructurales económicos, prácticas más o menos generalizadas de corrupción política, etc.

Además, en la actualidad es aún más frecuente constatar cómo los jueces constitucionales, en lugar de estar controlando la constitucionalidad de leyes existentes, cada vez más controlan la ausencia de tales leyes o las omisiones o abstenciones absolutas o relativas en las que hubiese incurrido el Legislador.

Al controlar estas omisiones legislativas, el juez constitucional, en muchos casos, asume el papel de ayudante o de auxiliar del Legislador, creando normas que normalmente derivan de la Constitución; y aún, en algunos casos, sustituyendo al propio Legislador, asumiendo un papel abierto de "Legislador Positivo," expidiendo reglas temporales y provisionales para ser

aplicadas en asuntos específicos que aún no han sido objeto de regulación legislativa, pero que deducen de la propia Constitución.

La Constitución, la Ley de Procedimientos Constitucionales o la Ley Orgánica Judicial no prevén expresamente el control de las omisiones inconstitucionales. De hecho, así se ha reconocido en la jurisprudencia: "... a diferencia de otros países, la Ley de Procedimientos Constitucionales [...] no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa" –sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005–. Sin embargo, ello no ha representado un óbice para admitir su aplicación en el orden jurídico: "... tal instrumento de protección reforzada es aplicable en el Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución" –resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98–.

En el auto de 23-I-2013, emitido en este proceso, se recordó que, "[e]n El Salvador, la Asamblea Legislativa es una de las entidades con potestades normativas destinatarias de [los] encargos constitucionales. Por ello, si bien el margen de acción estructural que [tiene dicha autoridad] le permite escoger el contenido de las leyes entre un número de alternativas de acciones válidas constitucionalmente (o cuando menos, no contrarias a la Constitución), lo cierto es que no tiene facultad de decidir si ejecutará el encargo o no. Los límites están fijados por la Constitución y, en concreto, por la razonabilidad del intervalo de tiempo que ha transcurrido sin que el mandato se haya cumplido". A tenor de lo indicado, puede concluirse que en El Salvador el control de las omisiones inconstitucionales es una figura de origen jurisprudencial. Y esto no es una innovación creada únicamente por esta Sala.

En el Derecho Comparado, existen algunos casos en que el citado control de las omisiones inconstitucionales ha tenido también un origen jurisprudencial. Éste es el caso de Alemania, Austria, España e Italia. En estos países, a semejanza de lo que sucede con la línea jurisprudencial de este tribunal, es manifiesta la pretensión de superar la estrecha concepción teórica que reduce la omisión inconstitucional a la integración normativa expresamente requerida por el constituyente o por el legislador.

Pues bien, lo que ha sucedido en algunos casos es que esos vacíos de legitimidad han sido ocupados, en parte, por otros órganos, especialmente por defensorías de derechos humanos (piénsese, por ejemplo en el caso de Perú) y, por lo que ahora interesa, por órganos de justicia constitucional, que, ante la falta de “empuje” democrático de los poderes tradicionales, se han visto conducidos a ocupar una posición institucional que no es la que en principio les corresponde; un ejemplo paradigmático de ello es el de la Corte Constitucional Colombiana, institución de un reconocido prestigio en ese país y fuera de él, pero acentuado, sin duda, por la débil legitimidad de los poderes tradicionales del Estado ante la situación de crisis profunda en esa nación⁹⁶.

Es así como se puede admitir que los jueces participan en la solución de las grandes cuestiones constituye hoy un hecho incontrovertible, pero eso no siempre fue así. Se ha pasado de una jurisdicción sumisa a una jurisdicción protagonista y esta transformación, como no podría ser de otra manera, produce consecuencias y quizás una de las más importantes es la tensión generada entre política y justicia. El protagonismo judicial ha hecho que, se hayan instalado nuevos conceptos en el derecho y en la ciencia política,

⁹⁶ Pérez, “La justicia constitucional en la actualidad”, 40.

como activismo judicial, judicialización de la política y los Tribunales Constitucionales como legisladores positivos.

A manera de ejemplo se puede citar los siguientes ejemplos en los que diferentes Tribunales Constitucionales han ido más allá de pronunciarse sobre el caso concreto y han emitido fallos que contienen directrices a los otros órganos de Estado:

En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional de Perú, en un caso relacionado con la política pública de salud en materia de prevención y protección contra el VIH, señaló que "... aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad [...], ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia..."⁹⁷.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional de Colombia acumuló 109 acciones promovidas por 1,150 núcleos familiares de desplazados a causa del conflicto armado interno. Luego de recoger la jurisprudencia anterior, de evaluar e identificar los graves problemas de la política estatal para la atención de la población desplazada y de aplicar los principios rectores del desplazamiento forzado, esa corte concedió a los peticionarios la protección constitucional mínima de los derechos a la vida digna, integridad, igualdad, petición, salud, seguridad social, educación, mínimo vital, ayuda humanitaria de emergencia, acceso a proyectos de estabilización económica, protección de tierras y, finalmente, la protección especial de las personas de la tercera edad, la mujer cabeza de familia, los niños y algunos indígenas.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú del 20-IV-2004, Exp. N° 2945-2003-AA/TC. (Perú, Tribunal Constitucional, 2004).

En este caso, al constatar que una de las causas de la grave situación en que se encontraban las víctimas del desplazamiento forzado era la insuficiente provisión de recursos del erario público, directamente ordenó al Estado colombiano “fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal [...] necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados”. Con base en la estimación, el Estado fue obligado a informar al tribunal cuál habría de ser el mecanismo orientado a asegurar la obtención de dichos recursos y, finalmente, a dar cuenta del plan de contingencia que habría de ser empleado en el supuesto en que los recursos no llegasen oportunamente. La corte indicó que con este tipo de medidas no se estaba desconociendo la separación de poderes que establece la Constitución ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes.

Por el contrario, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades estatales, el tribunal colombiano apeló al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional, siendo esa la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional⁹⁸.

Este último caso presenta una particularidad, la Corte Constitucional de Colombia hizo una vinculación directa entre los problemas de desarrollo de la política pública estatal, la insuficiencia en la asignación de los recursos

⁹⁸ Sentencia de 22-I-2004, referencia T-025 de 2004 (Colombia, Corte Constitucional Colombiana, 2004).

económicos en el presupuesto público del Estado y la afectación de derechos fundamentales. Si bien la justicia constitucional no puede exigir al Estado el cumplimiento pleno de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos sociales por depender estos de la suficiencia de recursos económicos, sí puede controlar –además de los aspectos propios relacionados con el caso concreto– que los recursos disponibles asignados a la política pública hayan priorizado determinados sectores de la población en relación con los derechos fundamentales comprometidos y el grado de afectación de los mismos. Ello es así porque el principio de progresividad de los derechos no da cabida a la arbitrariedad o a la falta de control de los medios seleccionados por el Estado para el cumplimiento de los mandatos que contiene la Constitución.

En el país, la Sala de lo Constitucional especialmente la composición subjetiva de magistrados 2009-2018 se orientó bastante hacia la emisión de fallos en sus sentencias de tipo estructural, no solo en los procesos de inconstitucionalidad sino que también en los de amparo y hábeas corpus. Este tipo de fallo se caracteriza porque la Sala se abroga competencias que inicialmente no le corresponden y ordena a los otros Órganos de gobierno la emisión de políticas, directrices o legislación según sea el caso. Entre ellas se tiene:

A manera de ejemplo se encuentra la sentencia del 13-VII-2018 emitida en el amparo 411-2017, el cual fue promovido por quienes en la sentencia, por motivos de confidencialidad y de seguridad en atención al art. 10 letra a) de la LEPVT, fueron identificados únicamente como Demandantes 1, 2, 3, 4, 5 y 6, en contra del jefe de la División Central de Investigaciones, del jefe de la División Antiextorsiones, del jefe de la Subdelegación de Berlín, todos ellos de la Policía Nacional Civil (PNC), del jefe de la Unidad de Vida e Integridad

Física de la Oficina Fiscal de Mejicanos, del titular del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP), de la Asamblea Legislativa, de la Comisión Coordinadora y de la titular de la Unidad Técnica Ejecutiva (UTE) del Sector de Justicia, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad material, a la protección familiar, a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, a la propiedad y a la libertad de circulación, reconocidos en los arts. 2, inc. 1°, 5 incs. 1° y 2° y 32 de la Cn.

En ese proceso se comprobó que los demandantes formaban parte de un colectivo de personas que, ante la nula o deficiente protección por parte de las autoridades públicas, se vieron forzadas a desplazarse a causa de la violencia sistemática generada principalmente por las pandillas. Por ello, la Sala estimó la pretensión planteada por aquellos en relación con la vulneración de sus derechos fundamentales a la protección, en la conservación jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos, a la seguridad material, a la protección de la familia, a las libertades de circulación y de residencia, y a la propiedad.

Las omisiones de las autoridades competentes de adecuar el ordenamiento jurídico al contexto descrito en este pronunciamiento y de diseñar la política de seguridad y protocolos de actuación para la protección de las víctimas de la violencia coadyuvaron a que su situación de indefensión y de vulnerabilidad se prolongara en el tiempo y a que sus derechos continuaran siendo transgredidos por grupos criminales que *de facto* controlan el territorio de sus comunidades.

Estas omisiones derivaron de la persistencia de las autoridades del Estado con competencia en materia de seguridad pública en minimizar el fenómeno de desplazamiento forzado, del no reconocimiento de los desplazados como

víctimas de una situación de violencia sistemática y estructural y de la denegatoria a estos sujetos de sus derechos a una protección reforzada y a la asistencia humanitaria necesaria para disfrutar de condiciones de vida mínimas para una existencia digna. Lo anterior afecta a la totalidad de personas desplazadas por el fenómeno de la violencia.

En atención a ello, la Sala estimó que debía emitir un pronunciamiento que trascendiera el efecto *inter partes* con el objeto de remediar una situación generalizada que afecta de manera directa los derechos fundamentales. En consecuencia, ordenó a la Asamblea Legislativa, al titular del MJSP, a la Comisión Coordinadora y a la titular de la UTE que, conjuntamente con los demás órganos y entidades del Estado, cumplan con las siguientes obligaciones:

a) reconocer a las personas referidas la calidad de víctimas de dicho fenómeno y de sujetos de derechos y categorizarlos normativamente, para lo cual es necesaria la revisión de la legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos;

b) diseñar e implementar políticas públicas y protocolos de actuación orientados a prevenir el desplazamiento forzado de los habitantes del país, por lo que es urgente que se adopten medidas para recobrar el control territorial de las zonas dominadas por las pandillas y evitar futuros desplazamientos y la continuidad de las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales; y

c) brindar medidas de protección a quienes ya tienen de facto la condición de desplazados y, además, garantizarles la posibilidad de retorno a sus residencias.

Además, se ordenó al Presidente de la República que:

a) coordinara con los titulares de las distintas dependencias que integran el Órgano Ejecutivo (justicia y seguridad pública, PNC, educación, salud, hacienda e inclusión social, entre otras) la realización de las acciones necesarias para prevenir y controlar el fenómeno de la violencia, mediante, por un lado, la formulación y ejecución de las políticas sociales que eviten la marginación de sectores vulnerables en la sociedad y, por otro, la implementación de acciones orientadas a recobrar progresivamente y de forma permanente los territorios bajo control de las pandillas; y

b) incluyera la atención a las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia como una prioridad en la elaboración del presupuesto general del Estado.

Finalmente, la Sala de manera novedosa aclaró que daría seguimiento al cumplimiento de la presente sentencia por medio de informes periódicos y audiencias, entre otros.

Por otra parte, la sentencia del 26-VII-2017 emitida en el proceso de inconstitucionalidad 1-2017-25-2017, procesos constitucionales acumulados promovidos por el ciudadano Daniel Eduardo Olmedo Sánchez (Inc. 1-2017), y por el ciudadano Salvador Enrique Anaya Barraza (Inc. 25-2017), para que la sala declare la inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto General para el ejercicio financiero fiscal del año dos mil diecisiete, emitida mediante Decreto Legislativo nº 590, de 18-I-2017, publicado en el Diario Oficial nº 22, tomo 414, correspondiente al 1-II-2017 (en lo sucesivo: “LP/2017”), tanto por vicio de forma del art. 5 de la Ley de Presupuesto del año 2016, ante la supuesta inobservancia de lo establecido en el art. 148 inc. 2º Cn., como por

el vicio de contenido por la presunta transgresión a los arts. 226 y 227 Cn. Han intervenido en el proceso los demandantes, la Asamblea Legislativa, el Fiscal General de la República y el Ministro de Hacienda.

El ciudadano Olmedo Sánchez aclaró que la disposición sometida a control en su demanda correspondía a la Ley de Presupuesto del ejercicio financiero que inició el 1 de enero y que terminó el 31 de diciembre de 2016, la cual impugnó porque a la fecha de presentación de su demanda, la Asamblea Legislativa no había aprobado el presupuesto para el ejercicio financiero fiscal posterior –el del 2017–, de acuerdo con lo previsto en el art. 227 inc. final Cn. y el art. 38 inc. 2º de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado (LOAFI).

En cuanto a los motivos de inconstitucionalidad, dijo que según el art. 227 inc. 3º Cn. y los arts. 72 y 73 LOAFI, en el presupuesto se autorizaba la deuda flotante en que el gobierno puede incurrir durante cada año para remediar deficiencias temporales de ingresos, lo que significa que se trata de una obligación pecuniaria que adquiere el Estado como deudor ante terceros acreedores –esto es, un empréstito voluntario– y que la adquisición de tal deuda debe ser autorizada previamente por la Asamblea Legislativa con no menos de 2/3 de los diputados electos (art. 148 Cn.) Sin embargo, explicó que la autorización de deuda flotante regulada por el art. 5 de la Ley de Presupuesto 2016 se aprobó con los votos de 48 diputados electos y no con 56 votos como en su opinión se requiere, lo que vulneró el art. 148 inc. 2º Cn., siendo, pues, inconstitucional.

Sobre esa demanda, la Sala consideró que las obligaciones del Estado relacionadas con la asignación de recursos públicos se ubican especial, pero no exclusivamente, en el contexto de la obligación de cumplir y/o garantizar derechos fundamentales, es pertinente indicar que un presupuesto con este

enfoque debe reflejar: políticas públicas con dicha perspectiva a lo largo de todo el ciclo presupuestario; permitir identificar la distribución de recursos bajo principios constitucionales mediante indicadores de gestión y de una estructura presupuestaria con información desagregada; y permitir monitorear el avance en la realización de los derechos fundamentales por medio de indicadores de resultados y de impacto con una estructura presupuestaria orientada a resultados.

Por tanto, la Sala consideró que para que la asignación y ejecución del presupuesto del Estado fuera coherente con el cumplimiento de los mandatos que la Constitución establece, se debían cumplir las siguientes condiciones:

- a) los recursos presupuestarios debían asignarse de tal manera que aseguraran la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos;
- b) máximo uso de recursos disponibles;
- c) realización de los derechos hasta el máximo de recursos de que se disponga;
- d) igualdad;
- e) transversalidad e integralidad pues los derechos fundamentales son indivisibles, universales e interdependientes, lo cual implica que esta debe permear todas las estructuras gubernamentales;
- f) transparencia y rendición de cuentas, de modo que debe existir información disponible para evaluar la asignación y ejercicio de los recursos; y

g) participación ciudadana, por lo que se debe ofrecer a las personas interesadas la oportunidad de formar parte en las decisiones, así como recoger y valorar sus propuestas.

Con fundamento en el principio de separación de poderes y con fundamento en las atribuciones de cada órgano constitucional, la Sala concluyó que las intervenciones de la misma en el ciclo de las políticas públicas y presupuesto, a petición de los ciudadanos legitimados para requerirlas, no constituyen intromisiones ilegítimas en las competencias atribuidas a otras autoridades.

A fin de garantizar un presupuesto equilibrado, tal como lo ordena la Constitución, los Órganos del Estado y demás instituciones públicas la Sala ordenó tomar las medidas necesarias para evitar la aprobación de gastos no prioritarios, excesivos o injustificados, que no guardan coherencia con la situación fiscal y financiera del Estado, y que impactan negativamente en el equilibrio presupuestario que debe observarse, según el art. 226 Cn.

Para tal fin, tanto el Consejo de Ministros como el Ministerio de Hacienda y la Asamblea Legislativa, debían, a partir de la emisión de esa sentencia:

a) suspender la creación de nuevas plazas y de nuevas contrataciones en las instituciones que componen el sector público –con la excepción de aquellas que fueren necesarias para áreas sociales estratégicas, como en los ramos de educación y salud; las áreas de justicia y seguridad pública; o para afrontar situaciones de emergencias ineludibles–;

b) circunscribir el ingreso de nuevos servidores a la carrera administrativa del Estado a aquellos casos en que se deba reemplazar a los funcionarios,

empleados y trabajadores que cesan en sus funciones públicas, siempre que fuere estrictamente necesario reemplazarlos;

c) suspender los aumentos salariales para las plazas y contratos de funcionarios públicos y jefaturas en las instituciones del sector público;

d) suspender el otorgamiento de nuevas compensaciones adicionales a los salarios que se devengan, como las bonificaciones y retribuciones en especie de cualquier tipo, a los funcionarios y jefaturas de las distintas dependencias del Estado;

e) suprimir la compra de equipos y bienes suntuarios, o de uso no prioritario en la Administración pública, tales como la adquisición de vehículos de lujo y la innecesaria renovación de la flota vehicular;

f) garantizar un uso racional y limitado de los fondos públicos para viajes y los correspondientes viáticos por actividades en el extranjero; y

g) limitar a lo estrictamente necesario, los gastos en publicidad de las distintas instituciones del Estado; entre otras medidas que deberán tomarse para lograr el equilibrio presupuestario.

Asimismo, la sentencia de 27-V-2016, habeas corpus 119-2014 la Sala declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional⁹⁹ y ordenó el cese de la condición de hacinamiento en que se encuentran los privados de libertad en las bartolinas policiales de Quezaltepeque, Soyapango y San

⁹⁹ La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

Vicente, así como los demás recintos en los que se advierta dicha problemática, debiendo las autoridades involucradas realizar los planes estratégicos para ese efecto y llevar a cabo el seguimiento correspondiente.

Para tal efecto y así dar cumplimiento a los aspectos descritos en la sentencia, ordenó certificar esta resolución al Director de la Policía Nacional Civil, al Director General de Centros Penales, al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, a la Asamblea Legislativa, al Fiscal General de la República, a la Ministra de Salud, así como a todos los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, quienes debían monitorear continuamente la situación de tales personas, según sus competencias.

Asimismo, aclaró que llevaría a cabo audiencias públicas de seguimiento del cumplimiento de esta sentencia, con el objeto de establecer si los aspectos aludidos en el mencionado apartado han sido observados por las autoridades mencionadas, las cuales serán convocadas para tal efecto, debiendo explicar y acreditar cuáles son las decisiones que han adoptado así como los obstáculos que se les presentan en tal labor, las acciones concretas que han efectuado y las que realizarán a efecto de cumplir con lo que ha sido ordenado en esta sentencia.

Sobre la figura utilizada por la Sala, la Corte Constitucional Colombiana enumera los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucionales:

- a) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- b) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;

- c) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- d) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos;
- e) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; y
- f) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Estos seis elementos, pueden ser resumidos en dos factores principales que son denominados por el doctor, como condiciones de proceso (fallas estructurales de las políticas públicas en el país) y condiciones de resultado (violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas). Y un tercer factor sería la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas para la modificación de una realidad que resulta contraria a la Constitución¹⁰⁰.

Como se puede ver, con los ejemplos antes citados, en el ámbito constitucional la discusión principal actual no se enfoca ya en tratar de rechazar estas actividades “legislativas” por parte de los jueces constitucionales, sino

¹⁰⁰ En la sentencia *T-025 de 2004*, (Colombia, Corte Constitucional Colombiana, 2004).

en determinar el alcance y los límites de sus decisiones y el grado de interferencia permitido en relación con las funciones legislativas. Como lo ha expresado el autor, el objetivo en realidad es evitar “convertir al guardián de la Constitución en soberano¹⁰¹”.

Del estudio de derecho comparado sobre este tema de los jueces constitucionales actuando como “Legisladores Positivos,” se ha podido identificar cuatro tendencias principales que identifican a los mismos interfiriendo no sólo con el Legislador, sino también con el Poder Constituyente, y que son las siguientes:

a) *En primer lugar*, el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren en relación con el Poder Constituyente, promulgando reglas constitucionales y hasta mutando la Constitución.

La primera tendencia que muestra el derecho comparado en la materia, es el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con el “Legislador Constitucional,” es decir, con el Poder Constituyente, promulgando, en algunos casos, reglas de orden constitucional, por ejemplo, cuando resuelven controversias o conflictos constitucionales entre órganos del Estado; cuando ejercen el control de constitucionalidad respecto de disposiciones constitucionales o sobre enmiendas constitucionales; y cuando realizan mutaciones legítimas a la Constitución mediante la adaptación de sus disposiciones a los tiempos modernos, dándoles significado concreto.

b) En segundo lugar, el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la legislación existente, asumiendo la tarea de auxiliares del

¹⁰¹ Francisco Fernández Segado, *Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas*, (Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 12, Madrid 2008), 161.

Legislador, complementando disposiciones legales, agregando nuevas disposiciones a las existentes y también determinando los efectos temporales de las leyes.

El papel más importante y común de los jueces constitucionales, sin duda, se desarrolla en relación con la legislación existente, no sólo al declarar su inconstitucionalidad e incluso anular las leyes, sino al interpretarlas de conformidad o en armonía con la Constitución, proporcionando directrices o pautas al Legislador en su tarea de legislar.

Tradicionalmente, el papel de los jueces constitucionales controlando la constitucionalidad de las leyes había estado condicionada por la aplicación del clásico binomio: *inconstitucionalidad/invalidéz-nulidad* que conformó la actividad inicial de los jueces constitucionales en su calidad de “Legisladores Negativos.” Ese rol, en la actualidad, puede decirse que ha sido superado, de manera que los jueces constitucionales progresivamente han venido asumido un papel más activo en la interpretación de la Constitución y de las leyes con el fin, no sólo de anularlas o de no aplicarlas cuando fueren consideradas inconstitucionales, sino de interpretarlas en conformidad con la Constitución, entre otros propósitos, para preservar la propia acción del Legislador y de las leyes que ha promulgado. En esta forma, los jueces constitucionales se han convertido en importantes instituciones de orden constitucional en la tarea de ayudar y cooperar con el Legislador en sus funciones legislativas.

En este carácter, los jueces constitucionales cada vez con más frecuencia han venido dictando decisiones interpretativas, tal como ha ocurrido en Italia, España, Francia y Hungría, donde en muchos casos han decidido no anular la ley impugnada, resolviendo en cambio, modificar su significado al

establecer un contenido nuevo, como resultado de la interpretación constitucional que han hecho de la ley acorde con la Constitución de la República¹⁰².

En estos casos, la interferencia de los jueces constitucionales con la legislación existente ha seguido dos líneas de acción principales: primero, complementando las funciones legislativas como Legisladores provisionales o agregando reglas a la Legislación existente mediante decisiones interpretativas; y segundo, interfiriendo en relación con los efectos temporales de la legislación existente.

Los jueces constitucionales complementando al Legislador al “agregar” nuevas normas a las disposiciones legislativas existentes, otorgándole un nuevo significado En relación con el proceso de interpretación de las leyes en armonía o en conformidad con la Constitución al momento de poner a prueba su inconstitucionalidad, los jueces constitucionales, con el fin de evitar la anulación o invalidación de la ley, con frecuencia han creado nuevas normas legislativas, en algunas ocasiones incluso alterando el significado de la disposición particular, agregando a su redacción lo que se ha considerado que le falta.

El segundo papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la legislación existente, se refiere a la facultad que tienen para determinar los efectos temporales de las leyes. Hace algunas décadas, el asunto de los efectos temporales de las decisiones emitidas por los jueces constitucionales constituía uno de los aspectos principales de la distinción entre el sistema

¹⁰² Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, (Lex Nova, Valladolid, 2001), 59; y José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, (Tecnos, Madrid 2007), 129.

difuso y el sistema concentrado de control de constitucionalidad. Hoy en día, puede decirse que este elemento distintivo ha desaparecido por completo, y en su lugar lo que se encuentra es un proceso de convergencia entre todos los sistemas de justicia constitucional, siendo común el rol de los jueces constitucionales interfiriendo con los efectos temporales de la legislación.

Este rol se identifica en el derecho comparado, en tres situaciones diferentes: cuando el juez constitucional pospone el inicio de los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad; cuando el juez constitucional aplica en forma retroactiva o prospectiva los efectos de sus decisiones; y cuando el juez constitucional, como consecuencia del ejercicio del control de constitucionalidad, revive una legislación ya derogada¹⁰³.

c) En tercer lugar, el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la ausencia de legislación, por las omisiones absolutas o relativas del legislador, actuando en algunos casos como “Legisladores Provisionales”;

Pero en el mundo contemporáneo, uno de los roles de mayor importancia de los jueces constitucionales no es ya el control de la constitucionalidad de las leyes existentes, sino el control de constitucionalidad de la ausencia de dichas leyes o de las omisiones que contengan las leyes sancionadas, cuando el Legislador no cumple su obligación constitucional de legislar en asuntos específicos o cuando la legislación ha sido sancionada de manera incompleta o discriminatoria.

Este control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas varía según se trate de omisiones absolutas y relativas, estando ambas sujetas a control de constitucionalidad.

¹⁰³ José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión, Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, (Civitas, Madrid 1998), 33, 114.

d) *En cuarto lugar*, el papel de los jueces constitucionales como Legisladores en materias relativas al propio control de constitucionalidad de las leyes, en decir, en materia de justicia constitucional¹⁰⁴.

Por último, la cuarta tendencia que puede identificarse en el derecho comparado en relación con los jueces constitucionales actuando como “legisladores positivos,” se relaciona con la actividad normativa que tradicionalmente han desplegado en relación con la legislación en materia de control de constitucionalidad o de justicia constitucional. En este sentido, los jueces constitucionales no sólo han dictado normas en relación con sus propios poderes de revisión o control cuando ejercen la justicia constitucional y con las acciones que pueden ser interpuestas ante ellos, sino en relación con el procedimiento aplicable en los procesos constitucionales. Esta situación varía, por supuesto según el sistema de control de constitucionalidad que se haya adoptado.

3.4. El fenómeno del activismo Judicial

En ese aspecto ha surgido un movimiento denominado “activismo judicial” que aboga por aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales. Así doctrinariamente se define a este movimiento como la inherencia del Juez Constitucional en otras competencias propias de los otros órganos fundamentales de gobierno ante la reiterada omisión por parte de estos de sus funciones.

Este movimiento gira en torno a los siguientes lineamientos:

a) El rol del juez con nuevos institutos procesales.

¹⁰⁴Urosa, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*.17.

b) La inconstitucionalidad por omisión y de oficio.

c) Garantías constitucionales.

La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17-V-1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color.

Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción.

La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad. Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “*Cooper vs. Aaron*” en el que la Corte reafirmó su posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado. Resumiendo, un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus

propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales¹⁰⁵.

Si bien no existe unanimidad sobre aquello que finalmente puede ser considerado como “activismo judicial”, se ha señalado que, continuando un poco la noción de “constitucionalismo fuerte”, es posible afirmar en términos generales que los jueces activistas tienden : a) dictar decisiones obligatorias-directivas; b) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso a atribuirse nuevas competencias); c) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico; d) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales; y e) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional.

Este realce de la función jurisdiccional con el activismo judicial, cimentado en la creencia de un juez “Hércules” todopoderoso en la célebre imagen del autor, responde sin dudas a una multiplicidad de causas y factores, que pueden sintetizarse en los siguientes:

- a) Triángulo invertido, peticiones individuales de los justiciables hacia un ensanche del sistema, y de los órganos políticos.
- b) La lentitud de las causas producto de la burocracia procesal.
- c) Cláusulas constitucionales y legales de textura abierta.
- d) El sentir que la democracia es el “derecho de tener derechos”, ha hecho mucho por hipertrofiar el papel del juez en las sociedades contemporáneas.

¹⁰⁵ Alejandro Marianello, *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, (Uruguay, 2015), 122. www.derecho.ubar.ar.

e) Desapego entre el juez, las partes y la causa.

Algunas características esenciales del activismo son los siguientes elementos:

a) El poder judicial como verdadero poder del Estado, fijando políticas judiciales.

b) Respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes.

c) Búsqueda primordial de la justa solución del caso

d) Creatividad de las sentencias.

e) Protagonismo del tribunal.

f) Aggiornamento del servicio de justicia¹⁰⁶

El activismo se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y por el respeto de los principios y derechos constitucionales, y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema.

Una parte de la doctrina considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes

¹⁰⁶ Italianismo que significa remozar o actualizar.

a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en las costumbres (respectivamente).

Sin embargo, esas señales innovadoras pueden ser razonables e irrazonables; como ya se dijo, el activismo se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema. Por lo tanto, se puede establecer dos tipos de activismo, el razonable o justo y el irrazonable o injusto.

a) Activismo razonable o justo, puede consistir, por ejemplo, en:

Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.

“Crear” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos –derivación del art. 2 de la CN–.

Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.

Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos.

b) Activismo irrazonable o injusto

Si bien se cumple con los designios activistas, van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia.

Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias.

Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.

Convalidar excesos de poder en general.

Al resolver casos complejos los tribunales constitucionales muchas veces toman decisiones que pueden ser calificadas como “activistas”. Este activismo judicial es criticado tanto desde el “constitucionalismo débil”, que no le otorga la “última palabra” en materia de interpretación constitucional a los jueces (por considerar que ello es poco legítimo en términos democráticos, que es poco respetuoso del principio de igual valor de las personas y por incurrir en el llamado “elitismo judicial”), como también desde el llamado “constitucionalismo principialista” (por considerar que desconoce la dimensión autoritativa del Derecho)¹⁰⁷.

Frente a ello, se señala que los tribunales constitucionales son órganos políticos, si bien en un sentido distinto al de los poderes políticos. Asimismo que, frente a casos complejos –y en especial aquellos que exigen de las cortes prácticas “activistas”– los tribunales constitucionales deberían buscar formas de legitimación democrática, en el marco de una concepción deliberativa de democracia, a modo de criterio complementario de corrección¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Manuel Atienza, *Dos versiones del constitucionalismo*, (Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º 34, 153-154, Argentina, 2011). 23.

¹⁰⁸ Juan Manuel Sosa Sacio, *Activismo Judicial de los Tribunales Constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa*, (Perú, 2016). 3. www.conpedi.org.br,

En el ámbito latinoamericano se insiste mucho en entender a los tribunales – incluyendo a los tribunales constitucionales– a partir de los (célebres) planteamientos formulados en su momento por los autores, esta fue el más relevante propulsor de los tribunales constitucionales como órganos exclusivamente jurisdiccionales y en absoluto políticos.

Esta posición se entiende mejor a la luz del conocido que sostuvo con el autor, ocurrido en los años veinte del siglo pasado, sobre quién debe ser el guardián de la Constitución. Al respecto, se planteaba que la custodia de la Constitución debería recaer en un órgano político como el “jefe del Estado” – el Presidente del Reich, diferente al “jefe de gobierno” o Canciller– quien, desde una posición “neutral, mediadora, reguladora y tutelar”, basada en su auctoritas y no en su potestas, sería el mejor guardián de la Constitución. A decir del jurista alemán, dicha función de *pouvoir neutre*, de “poder mediador”, solo se activaría excepcionalmente y debería ser ejercida de manera cauta y prudente, sin que deba expandirse innecesariamente compitiendo con los demás poderes.

Como es conocido, este debate lo ganó finalmente, por lo que en la mayoría de países europeos se erigieron tribunales constitucionales con base en sus planteamientos, es decir, entendidos como órganos jurisdiccionales, encargados de realizar el control normativo de constitucionalidad.

Sin embargo, es fácilmente reconocible que los tribunales constitucionales, no solo en Europa, se han aproximado mucho a la visión que formuló Schmitt sobre el custodio de la Constitución: en efecto, a los tribunales se les concibe como poderes moderadores, mediadores, encargados de apaciguar las controversias más peliagudas de una comunidad política, e incluso de unir lo disperso en el marco de los valores constitucionales (se habla así de la

“unidad en la Constitución”, de la “integración constitucional”, del “patriotismo constitucional”, etc.)

En similar sentido, puede afirmarse que las cortes constitucionales exceden a la lógica de “tres poderes” tal cual fue enunciada por Montesquieu, conforme a la cual los jueces aparecían como seres inanimados, que solo reproducen las palabras que contiene la ley.

Es que admitir la existencia de órganos como los tribunales constitucionales, encargados de revisar la validez de la legislación, implica en cierta forma “renegar de Montesquieu”. Es más, en relación con lo que pueden hacer los tribunales constitucionales al realizar el control de constitucionalidad –o mejor expresado: con lo que de facto hacen–, queda del todo claro: las cortes constitucionales van más allá del texto de la ley, no se encuentran del todo subordinadas a los elementos “autoritativos” del Derecho¹⁰⁹.

En este sentido, puede afirmarse además que los tribunales constitucionales son también actores políticos, empero no en los mismos términos que los clásicos poderes políticos, sino en la medida que les toca pronunciarse sobre cuestiones que son esencialmente res publica.

En ese marco, además, y como se ha explicado en otras ocasiones, queda de manifiesto que las cortes constitucionales tienen algunas funciones específicas de carácter social y político, como es el caso de las funciones republicana (de conducción e integración), reconciliadora, moderadora, de reconocimiento e inclusión, y racionalizadora. Si bien no es ocasión para

¹⁰⁹ La dimensión autoritativa del Derecho, en parte como herencia de Montesquieu, y del racionalismo moderno desde una perspectiva más amplia, suele remitir básicamente al Derecho legislado, y de modo más específico al Derecho que proviene de las asambleas legislativas representativas (parlamentos, congresos, cortes generales, etc.).

abundar en ello, se debe precisar que es en este marco que debe analizarse o evaluarse lo relacionado con el activismo judicial¹¹⁰.

Hay cosas que hacen los jueces que están impactando la esfera política, la esfera de quienes representan a los otros órganos estatales. Durante mucho tiempo se aceptó que los jueces tenían un ámbito de acción distinto al de las otras instituciones públicas; sin embargo, en los últimos años esto se ha ido modificando. Se asiste a un progresivo desmantelamiento de aquella idea, hoy la visión del juez “boca de la ley”, aplicador mecánico de normas, se aleja de las funciones que está desempeñando. Este alejamiento ha contribuido a que se hayan ido instalando conceptos como judicialización de la política o activismo judicial.¹¹¹

La pregunta que surge, evidentemente, es ¿por qué los jueces pasan a tomar decisiones, cuyas consecuencias no solo no se reducen únicamente a quienes intervienen en un proceso aislado y específico, sino que también representan posturas que involucran al estado en su totalidad? En otras palabras, que las políticas de estado también se hayan podido larvar o incluso definir en el sistema judicial.

A su organización, no puede reducirse a los dos modelos tradicionales de la justicia constitucional concentrada y de la justicia constitucional difusa. En todo el mundo, y muy singularmente en América Latina, han aparecido sistemas tributarios de ambos modelos teóricos, que mezclan elementos de ambos, y que los mezclan de muy distinta forma. Centrándose solamente en

¹¹⁰ Juan Manuel Sosa, *Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir*, (Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional. Juan Manuel Sosa (coordinador), Palestra, Lima).

¹¹¹ Marco, Feoli, “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Volumen 27 (1), Costa Rica*, (2016): 75.

lo relativo a la posición institucional del órgano encargado de la justicia constitucional, bien en exclusiva bien como cierre de un sistema difuso, y simplificando, en América Latina pueden identificarse tres sistemas organizativos de la justicia constitucional.

- a) Sistema de tribunal constitucional ad hoc. En varios países existe un tribunal constitucional que ostenta, en monopolio o no, la justicia constitucional, pero que se sitúa fuera del poder judicial, como órgano no sólo especializado sino también especial. Es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala o Perú.
- b) Sistema de órgano especializado en el poder judicial. En otros países, se mantiene también el principio de que el órgano encargado de la justicia constitucional sea un órgano especializado, pero éste se inserta en el seno del propio poder judicial. Así sucede, además de El Salvador, en Costa Rica, Nicaragua, Paraguay o Venezuela, grupo al que acaba de incorporarse Honduras.
- c) Sistema de atribución de la justicia constitucional a órganos judiciales no especializados. Un tercer grupo es el de los países en los que la justicia constitucional se "confunde" funcional e institucionalmente con la justicia ordinaria; tal es el caso de Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana o Uruguay.

3.5. Riesgos de justicia constitucional

Una jurisdicción constitucional como la actual, y definida en los términos en que se ha hecho, comporta, sin duda, riesgos para el correcto funcionamiento del sistema jurídico-político. Brevemente hay que apuntarlos, por más que se

trate de cuestiones que son de sobra conocidas y que pueden presentar, y de hecho presentan perfiles propios en distintos ordenamientos.

a) En primer lugar, una justicia constitucional, por definición, comporta un riesgo de politización dada la trascendencia y la naturaleza de los asuntos que a menudo resuelve, por más que esa resolución deba someterse siempre a cánones jurídicos.

b) En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, la existencia de la justicia constitucional lleva aparejado un cierto peligro de que ésta invada los ámbitos de actuación de los tradicionales poderes del Estado, tanto del ejecutivo, como del legislativo, o del judicial.

c) En tercer lugar, y situándonos en otro orden de cosas, la existencia de la justicia constitucional especializada tiene también el riesgo de una sobrecarga de trabajo de ésta. Ello es lógico si se atiende a la posición central que la constitución ocupa en el ordenamiento, y a la que ya se ha hecho referencia, y la práctica de la mayor parte de los países así lo pone de manifiesto.

Enumerados los riesgos más importantes, los últimos apartados de esta exposición van a centrarse en intentar apuntar los instrumentos para evitar que esos riesgos se conviertan en realidad o, al menos, para reducirlos en la mayor medida posible.

Como se puede apreciar, quizás el problema actual más importante de los tribunales constitucionales o de los órganos en general que tienen a su cargo la jurisdicción constitucional, es el referido a sus límites, porque desde el momento que les corresponde interpretar a la Constitución y definir que leyes

son contrarias o no a la misma, podrían fácilmente sustituir la voluntad del constituyente y la del legislador.¹¹²

Esta Sala Constitucional de Venezuela, en efecto, mediante sentencia No. 301 de 27 de febrero de 20072, (Caso: Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio), luego de declarar inadmisibile una acción popular de inconstitucionalidad que había sido intentada seis años antes, en 2001, por dos destacados abogados tributaristas, ADRIANA VIGILANZA GARCÍA y CARLOS A. VECCHIO, contra los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 19993; en lugar de archivar el expediente, pasó seguidamente en el mismo texto de la sentencia de inadmisibilidad, de oficio y sin debate procesal alguno, a reformar un artículo de la mencionada Ley, el artículo 31, que ni siquiera había sido de los impugnados.

La sentencia no sólo provocó la airada reacción de la Asamblea Nacional que acusó a la Sala de usurpación de la función legislativa, sino que a criterio del doctrinario en evidencia una vez más las inconstitucionales interpretaciones que en los últimos años ha venido haciendo impunemente la Sala Constitucional en Venezuela.

El problema, por supuesto, es que el órgano llamado a garantizar la supremacía constitucional y a controlar las usurpaciones de funciones entre los órganos del Estado, es la propia Sala Constitucional, y a ella nadie la controla¹¹³.

¹¹² José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, (Ariel Derecho, España, 1998), 13.

¹¹³ Allan R. Brewer-Carías, *“Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”*, (VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, Perú, 2005), 463-489.

3.6. Activismo judicial en El Salvador

El ejercicio de la jurisdicción normativa es quizás uno de los problemas más emblemáticos que, en el país, los estudiosos del derecho procesal constitucional hoy en día deben afrontar, sobre todo ante la tendencia actual de la Sala Constitucional que, en múltiples ocasiones, ha dictado decisiones en las que se ha erigido como legislador positivo, esto es, creando y modificando normas de derecho, con carácter general y abstracto, asumiendo una competencia funcional que según lo establecido en la Constitución es propia del poder legislativo.

En el país se ha cuestionado a la Sala de lo Constitucional, acusando inclusive a cuatro de sus magistrados de ejercer una dictadura judicial. Este debate es de vigencia actual porque la Sala ha emitido históricas resoluciones como la sentencia Inc. 61- 2009, del 29 de julio de 2010, cuando declaró inconstitucional el sistema de votación mediante listas cerradas y bloqueadas, así como otros fallos que han cambiado el rostro del régimen político y sistema electoral. Aunque hasta ahí, la única reacción, muchas veces desproporcionada y virulenta, ha venido de los partidos políticos y de los diputados de la Asamblea Legislativa; la Sala también ha resuelto –y tiene pendiente de resolver– casos que afectan la economía, las finanzas públicas, derechos fundamentales, en fin, la vida en democracia¹¹⁴.

La diputada del FMLN Jackeline Rivera tildó como “política” la decisión de Sala de lo Constitucional de frenar el proceso de reforma a la Constitución de la República, para aumentar de tres a cinco años los periodos de gestión de diputados y alcaldes. Aseguró que la Sala hace “activismo judicial”. “Esta

¹¹⁴ El Faro. Gobierno de jueces o activismo judicial, (El Salvador, 2016) 2. <https://elfaro.net/es/201603/opinion/18139/Gobierno-de-jueces-o-activismo-judicial.html>.

demanda que la Sala admite e impone una medida cautelar es arbitraria y aberrante”, dijo. Añadió que la resolución es inconstitucional, la citada diputada opinó que la Sala pudo haber emitido las medidas cautelares luego de haber recibido en 2015 el recurso de inconstitucionalidad y no hasta el día previo de someter a votación la ratificación constitucional¹¹⁵.

3.7. La Sala de lo Constitucional como legislador positivo

Este es un fenómeno generalizado en las democracias constitucionales modernas, en las que emergió el tribunal constitucional con la función y responsabilidad tan relevante como hacer prevalecer la jerarquía de la Constitución de la República labor que siempre conlleva cuestionar la labor del legislador lo que da origen a tensión entre ambos órganos igualmente importantes en el régimen constitucional.

Y es que, en efecto, cada vez que la SC declara una ley o tan solo un artículo inconstitucional, le está diciendo al legislador que no está cumpliendo su función o que lo está haciendo mal y que ella como intérprete supremo de la CP, está obligada a decirle cómo debe legislar sin violentar los límites constitucionales.

Ello no solo origina tensión entre ambos, sino que produce efectos en la sociedad y en la política en general, porque uno de los dos está fortaleciendo su poder y potestades en demérito del otro, o en otros casos causando desazón e incertidumbre en la sociedad.

De esta manera los tribunales constitucionales han dejado de cumplir con su función básica originaria de ser legisladores negativos para evolucionar a

¹¹⁵ *Ibid.*

legisladores positivos, lo que un sector de la doctrina considera como normal e inevitable.

Los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) legisladores negativos, para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder, en mayor medida aún que otros Tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la Ley como expresión de la voluntad popular) ello representaría una separación del principio democrático, ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad¹¹⁶.

Este es precisamente el objeto central de la investigación, determinar si la SC dejó de ser legislador negativo a la luz de la dogmática Kelseniana y pasó a ser legislador positivo a tal punto que da instrucciones al legislador y a la propia Administración Pública.

La forma típica de hacer lo anterior según este mismo profesor es la emisión de sentencias interpretativas porque, ciertamente, un análisis y examen de lo que efectivamente hacen hoy día los Tribunales Constitucionales, viene a mostrar que, junto a las funciones que manifiesta y expresamente les

¹¹⁶ Luis López Guerra, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, en Red (El Salvador, 2017), 5. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1LLG.pdf>.

encomiendan Constituciones y leyes, cumplen una función latente que supone sin duda una desviación del clásico modelo kelseniano que ha inspirado la creación de estas instituciones. Ha disminuido su función como legislador negativo por innecesaria, en lo que se refiere a la defensa de la Constitución, al menos en aquellos países con una cierta estabilidad política, y un clima de consenso básico entre partidos, como suele ser en general el caso en los países Europa Occidental.

Progresivamente, se va confirmando que la tarea crucial que los Tribunales Constitucionales deben llevar a cabo es la interpretación de los preceptos constitucionales. Ello supone suministrar a jueces, legisladores, abogados y funcionarios criterios orientadores generales relativos, no sólo al sentido de las cláusulas constitucionales, sino, aún más decisivamente, a cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes ordinarias (infraconstitucionales) para que esa interpretación y aplicación se adecuen a los mandatos de la Constitución. Ello se consigue, no sólo mediante las conocidas sentencias interpretativas, sino también mediante orientaciones y advertencias a los poderes públicos respecto de cómo debe aplicarse la legalidad existente¹¹⁷.

La conclusión principal que resulta del estudio comparado del rol de los jueces constitucionales actuando como “Legisladores Positivos” en el mundo contemporáneo, es que, sin duda, los mismos han venido asumiendo de manera progresiva una injerencia activa en áreas que hace sólo unas décadas pertenecían exclusivamente al Poder Constituyente o al Legislador, en algunos casos descubriendo y deduciendo normas constitucionales, en particular en asuntos relacionados con los derechos humanos no expresamente consagrados en la Constitución y que incluso, en muchos casos no podían siquiera ser considerados como derivados de la intención

¹¹⁷ *Ibíd.*

de un Constituyente antiguo y original, al sancionar una Constitución concebida para una sociedad diferente.

En otros casos, los jueces constitucionales han asumido de manera progresiva funciones legislativas, complementando al Legislador en su papel de creador de leyes, en muchos casos llenando los vacíos resultantes de las omisiones legislativas, en otros, mandando lineamientos y ordenes al Legislador, y además, adoptando legislación provisional resultante del ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad.

Por ello, en materia de control de constitucionalidad, los jueces constitucionales, con el fin de desarrollar sus propias competencias y ejercer sus facultades de control para proteger los derechos fundamentales y para asegurar la supremacía de la Constitución, han comenzado de manera progresiva a estudiar y analizar el trabajo similar desarrollado por jueces constitucionales de otros países, enriqueciendo así sus decisiones. En esa tarea, sin duda, el derecho comparado ha ejercido un rol determinante.

En consecuencia, es posible decir que hoy en día, tal vez con la excepción de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es común encontrar en las decisiones de los Tribunales o Cortes Constitucionales, o de las Cortes Supremas ejerciendo facultades de justicia constitucional, referencias constantes a decisiones emitidas en asuntos o casos similares por otros jueces constitucionales¹¹⁸. Por ello se puede decir que en general, en esta materia, en el mundo actual, no existe animadversión alguna en utilizar elementos de derecho extranjero para interpretar la Constitución, cuando el mismo sea aplicable.

¹¹⁸Urosa, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, 68.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este capítulo se procede a realizar un estudio jurisprudencial de cuatro sentencias relevantes emitidas por la Sala de lo Constitucional (2009-2018) en el proceso de inconstitucionalidad a fin de determinar si en dichas sentencias la Sala incurrió en alguno de los vicios indicados en el desarrollo de la presente investigación, tales como activismo judicial, abrogación de competencias de otros órganos, así como identificar las herramientas de interpretación usadas por el Tribunal Constitucional.

4. Sentencias relevantes

4.1. Sentencia de Inconstitucionalidad 35-2015

El proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por demanda presentada por el ciudadano René Alfonso Guevara Aguilar, mediante la cual solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 1000, de 23-IV-2015, publicado en el Diario Oficial n° 74, tomo 407, de 27-IV-2015, por el que la Asamblea Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de \$ 900 000 000, porque, a su juicio, contravenían el contenido de los arts. 131 ord. 4°, 143 y 148 inc. 2° Cn¹¹⁹.

Así, indicó que vulneraba el art. 143 Cn. porque, al no haber alcanzado el quórum necesario para su aprobación (el proyecto obtuvo 55 votos de los

¹¹⁹ Sala De Lo Constitucional Sentencia del 13-VII-2016 el proceso de Inconstitucionalidad 35-2015, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

diputados presentes), dicho proyecto se tuvo que haber propuesto nuevamente luego de transcurrido el plazo de 6 meses; no obstante, en una segunda votación en la misma plenaria, el Pleno de la Asamblea Legislativa lo aprobó con 56 votos de los diputados presentes, el actor también cuestionó el D. L. n° 1000/2015 porque transgredía el art. 131 ord. 4° Cn.

Ahora bien, mediante resolución del 26-VI-2015, la Sala ordenó a la Asamblea Legislativa que certificara y remitiera, el listado de diputados propietarios y suplentes que votaron a favor, en contra y los que se abstuvieron de hacerlo en la aprobación del D. L. n° 1000/2015. Del mismo modo, se ordenó al Tribunal Supremo Electoral que informara a la Sala si los candidatos a diputados suplentes de la Asamblea Legislativa para el período 2012-2015 fueron sometidos a elección popular y, en caso afirmativo, que enviara los nombres de los diputados suplentes que fueron electos por el voto popular directo de los ciudadanos.

El primer motivo de inconstitucionalidad planteado era que el D. L. n° 1000/2015 contravenía el art. 143 Cn; sin embargo, este punto de la pretensión se desestimó porque el hecho de que la Asamblea Legislativa no alcanzara el quórum necesario para la aprobación de un proyecto no debía interpretarse como un rechazo tácito del mismo. La certificación de la transcripción íntegra de la Sesión Plenaria Ordinaria n° 143, llevada a cabo el día 23-IV-2015, demostraba que en la primera oportunidad en que se sometió a votación el proyecto del D. L. n° 1000/2015, 55 diputados votaron a favor, 27 votaron en contra y 1 se abstuvo de votar. La mayoría calificada exigida por el art. 148 inc. 2° Cn. no se alcanzó y por ello el Pleno aprobó con 52 votos (y con 19 votos en contra) la devolución del dictamen a la Comisión de Hacienda y Especial del Presupuesto (con lo que, tal como lo advirtió la autoridad demandada, quedaba evidenciada la falsedad de la

afirmación del actor de que el Pleno ordenó el archivo del proyecto), luego, tras una modificación de agenda (aprobada con 52 votos, habiendo votado en contra 26 diputados) para “reincorporar” nuevamente el dictamen, el citado proyecto de autorización fue aprobado con 56 votos, habiendo en esa votación 28 votos en contra.

Así, la Sala indicó que el actor interpretó que la primera votación, en donde el Pleno Legislativo no alcanzó el quórum para decidir, como una decisión de rechazo al proyecto. Sin embargo, acotó que era una interpretación incorrecta, que tergiversaba el contenido del vocablo “desechado” establecido en el art. 143 Cn. Por ello, en una decisión legislativa que requiere 56 votos de los diputados, en la que hay votos a favor (55) y votos en contra (27), la falta de votos para decidir no puede interpretarse como una resolución de rechazo (expreso o tácito). En consecuencia, la Sala concluyó que no existía la inconstitucionalidad alegada en relación con el art. 143 Cn

El segundo motivo de inconstitucionalidad se produce porque, para el actor, quien debía ser llamado a suplir al diputado propietario era su diputado suplente, y no otro.

Por ello consideraba que la sustitución de la diputada propietaria Sandra Marlene Salgado García por el diputado José Wilfredo Guevara Díaz – diputado suplente del diputado Guillermo Antonio Gallegos Navarrete– era inválida. Y, además, para el peticionario, esa sustitución inválida es la que produce la vulneración del art. 148 inc. 2° Cn. Según él, la violación a ambas disposiciones constitucionales se produciría por la misma razón: el decreto analizado fue aprobado con 56 votos, que representan el “umbral mínimo” para autorizar al Órgano Ejecutivo un empréstito voluntario, pero uno de esos votos es “inválido” porque el señor Guevara Díaz fue quien asumió la

posición de la diputada propietaria aludida. Sobre este motivo de inconstitucionalidad, la Asamblea Legislativa arguyó que el decreto en cuestión no era inconstitucional porque era una aplicación del precedente fijado en la Sentencia de amparo 34-A-96.

En la Sentencia de Amp. 34-A-96 se determinó que, cuando existía imposibilidad del diputado propietario de concurrir a la asamblea, se le debía sustituir por un suplente del partido que los haya postulado a ambos, con independencia de la circunscripción territorial por la cual fueron electos. Por ende, la Sala concluyó que el demandante planteó una pretensión fundada en el mismo motivo de inconstitucionalidad, y sin que haya aducido ningún argumento adicional o diferente que permitiera la revisión del criterio sostenido en la sentencia referida, se concluyó que era una pretensión que ya fue juzgada y, por ello, no existía la inconstitucionalidad alegada.

Posteriormente, la Sala alegó que pese a que *los motivos de inconstitucionalidad planteados por el actor se desestimaron*, iba a analizar si los diputados que aprobaron el D. L. n° 1000/2015, defraudaron el art. 131 ord. 4° Cn., al hacer un uso indebido de la figura del “llamamiento de los diputados suplentes”; y, además, si el decreto en cuestión fue aprobado por diputados fueron realmente electos, tal como exige el art. 148 inc. 2° Cn. Ambas disposiciones constitucionales fueron propuestas por el actor como parámetro de control.

De esa forma, según la prueba documental agregada al expediente (video, transcripción de la plenaria legislativa del 23-IV-2015 y los informes legislativos que fueron solicitados por el Tribunal Constitucional), quedaron demostrados los siguientes hechos: el dictamen favorable n° 396 de la Comisión de Hacienda y Especial del Presupuesto fue sometido a votación a

las 21 horas con 34 minutos del día 23-IV-2015; y de los 83 diputados presentes, 55 votaron a favor, 27 en contra y 1, la diputada propietaria Sandra Marlene Salgado García, se abstuvo. Tras ello, el Pleno Legislativo decidió enviar el dictamen a dicha comisión.

Luego, a las 22 horas con 56 minutos de ese mismo día, se aprobó el llamamiento del diputado suplente José Wilfredo Guevara Díaz, en sustitución de la referida diputada propietaria. Después, la diputada Lorena Guadalupe Peña Mendoza pidió la modificación de la agenda para volver a someter a discusión y votación el dictamen n° 396, lo que se aprobó con 52 votos. Luego de la lectura del dictamen y la intervención de los diputados Coralía Guerra, David Ernesto Reyes Molina, Carmen Elena Calderón Sol de Escalón y de Lorena Guadalupe Peña Mendoza, el Pleno Legislativo decidió (con 50 votos) que el dictamen n° 396 estaba suficientemente discutido. Finalmente, a las 23 horas con 47 minutos del día citado, el D. L. n° 1000/2015 fue aprobado con 56 votos, 19 de los cuales correspondieron a diputados suplentes, incluido el diputado Guevara Díaz.

Es pertinente resaltar que, según los hechos anteriores, la diputada propietaria Salgado García, que en la primera votación del dictamen n° 396 se abstuvo de votar, fue sustituida por el diputado suplente Guevara Díaz justo antes de la segunda votación con la cual se emitió el decreto objeto de control. Por la abstención de la diputada propietaria, el Pleno Legislativo sólo logró alcanzar 55 votos en la primera votación, mientras que con el voto favorable del diputado suplente se obtuvieron 56 votos en la segunda votación, siendo decisivo el voto del Diputado Guevara Díaz, para aprobar el decreto impugnado. Estos hechos, sobre todo el cambio repentino de una diputada propietaria por uno suplente, y sin que se hubiera aducido alguna causa justificada para la sustitución, no podían ser soslayados por la Sala.

Algunos de los hechos relevantes que fueron probados en el proceso eran los siguientes: por la abstención de la diputada Salgado García, en la primera votación, el Pleno Legislativo no obtuvo el quórum necesario exigido por el art. 148 inc. 2º Cn. para autorizar al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, a fin de que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de \$ 900 000 000. Después de la sustitución de la referida diputada propietaria por el diputado suplente Guevara Díaz, el Legislativo alcanzó en la segunda votación los dos tercios de votos (56), indispensables para tomar la decisión.

Lo que en un principio fue una abstención, tras la sustitución repentina, se convirtió en un voto a favor. La presencia de la diputada Salgado García – que se abstuvo– fue, por ello, un obstáculo que impidió al pleno aprobar el dictamen n° 396, mientras que la presencia del diputado Guevara Díaz fue indispensable, ya que por su medio el pleno removió el obstáculo (la abstención) que le impedía decidir. El voto de un diputado suplente, llamado sin causa justificada, hizo la diferencia y permitió aprobar el decreto.

Lo que en definitiva permitió que la Asamblea Legislativa lograra aprobar el D. L. n° 1000/2015 con 56 votos, fue el uso de la figura del llamamiento de un diputado suplente. Una diputada propietaria fue sustituida por un diputado suplente sin que se hubiere justificado ni documentado los motivos de la sustitución ni la imposibilidad de la diputada propietaria de continuar en la sesión.

En ese sentido, la omisión de expresar el motivo y justificarlo permite inferir que el motivo del cambio fue simplemente el de remover el obstáculo que impedía al pleno aprobar el decreto referido. Siendo así, el uso de la figura del diputado suplente en la aprobación del decreto impugnado se hizo de forma fraudulenta.

Ahora bien, del informe rendido por el TSE se infirió que los candidatos que fueron declarados como “diputados suplentes” para el período 2012-2015, no recibieron directamente el voto de los electores. En realidad, lo adquirieron como consecuencia de los votos atribuidos a los diputados propietarios. Según el tribunal, máxima autoridad en materia electoral (art. 208 inc, 4° Cn.), los diputados suplentes resultaron electos, no por una elección directa, sino por una elección indirecta. En efecto, en aplicación del art. 262 inc. 2° del Código Electoral derogado, dicha autoridad dijo que por cada diputado propietario que ganare un partido político, coalición o candidato no partidario, tenía derecho a que se le asignara el respectivo suplente con el cual se inscribió. De acuerdo con esto, el que el diputado propietario haya ganado en la elección, producía como consecuencia inmediata o automática la supuesta elección de su respectivo diputado suplente.

Por ello, la Sala consideró que ser diputado electo es consecuencia de haber sido legitimado por el voto directo del elector, pues el cuerpo electoral es quien decide qué personas ocuparán el cargo público de diputado. En tal caso, sólo éstos pueden ejercer la representación por poseer legitimación democrática directa (Sentencia de 17-XI-2014, Inc. 59-2014). Cuando no es el pueblo quien decide, el candidato no debe ser considerado “electo”. En este punto, se consideró que tenía una importancia capital la estructura de las papeletas de votación porque en éstas es donde el elector tiene la oportunidad de votar directamente por el candidato de su preferencia. Al elector le es posible emitir su voto en forma directa sólo cuando la opción aparece en la papeleta.

En conclusión, los suplentes que votaron, concurrieron con su voto a la aprobación del D. L. n° 1000/2015, sin que hayan sido elegidos directamente por el voto del electorado, por lo que no podían ser consideradas como

“diputados electos”, ya que carecían de legitimación democrática directa. Y como sus votos fueron indispensables para la aprobación del decreto en referencia, éste es inconstitucional al haber vulnerado la exigencia contenida en el art. 148 inc. 2º Cn., de que los compromisos contraídos en la contratación de empréstitos voluntarios deban ser aprobados con los dos tercios de los diputados electos.

Efectos de la sentencia: Las razones principales por las que el D. L. n° 1000/2015 fue declarado inconstitucional fueron: (I) la utilización fraudulenta de la figura de los llamamientos de los diputados suplentes; y (II) la falta de legitimación democrática directa de los diputados suplentes que votaron para alcanzar el quórum mínimo de decisión, por no haber sido elegidos por el voto directo de los ciudadanos.

Tras la notificación de esa sentencia, la persona considerada como diputado suplente, declarada como tal por el TSE, no podía suplir a un diputado propietario por carecer de legitimación popular, es decir, por no haber recibido el voto directo del electorado; en consecuencia, dicha legislatura sólo podía integrarse y funcionar con sus 84 Diputados propietarios, y para que en la próxima legislatura pueda contar el Órgano Legislativo con Diputados suplentes, éstos debían surgir del voto directo del cuerpo electoral, en las próximas elecciones.

4.1.1. Análisis de la sentencia

La sentencia presenta una falta de congruencia entre el objeto de litigio expuesto por el demandante y lo resuelto por la Sala de lo Constitucional. Así, la SC desestimó la impugnación por vicio de forma planteada por el actor contra el Decreto Legislativo n° 1000, de 23-IV-2015 –el que la Asamblea

Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de U\$ 900 millones destinados a ser colocados en el mercado nacional o internacional–, pero analizó la constitucionalidad de la figura de los diputados suplentes (arts. 131 ord. 4° Cn.) aspecto sobre el que no versaba la pretensión vertida– y de su uso fraudulento en el seno legislativo para la aprobación de decretos como el señalado.

De acuerdo con esto, además de declarar inconstitucional del Decreto Legislativo n° 1000, en la sentencia se declaró que, a partir de la notificación de la misma, las personas consideradas como diputados suplentes no podían suplir en lo subsecuente a un diputado propietario por carecer de legitimación popular. Como se observa, la SC se pronunció sobre aspectos no impugnados directamente por el demandante, pero que se desprendían de su pretensión y que implicaban también una vulneración al texto constitucional.

En conclusión, en esta sentencia la Sala de lo Constitucional aclara que el principio de congruencia admite una matización en el ámbito de los procesos constitucionales, particularmente en el de inconstitucionalidad, donde lo que se realiza es la defensa objetiva de la Constitución, mediante una confrontación normativa abstracta y general.

La razón que la SC da para ello es la singularidad de su rol democrático como máximo guardián de la constitucionalidad, lo que impide su pasividad ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales. Con base en tal argumento, el tribunal rechaza las pretensiones planteadas por el demandante e introduce un objeto de control que no se había impugnado ni de manera liminar ni sobrevenida, supliendo la queja deficiente.

Debe aclararse, no obstante, que no es primera vez que la jurisprudencia de la SC admite la flexibilización del principio de congruencia procesal, pues anteriormente lo ha hecho de manera tácita, por ejemplo, al declarar inconstitucionalidades por conexión o cuando advierte que la disposición impugnada se ha derogado o reformado, pero que el nuevo acto normativo (que no fue alegado inicialmente) tiene el mismo contenido y que, por tanto, persiste la confrontación planteada.

Por otra parte, en tanto que lo que se invalidó por inconstitucionalidad fue la elección de las diputaciones legislativas suplentes para el período 2015-2018 por falta de legitimidad democrática, la SC reiteró la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2010 con la sentencia de Inc. 61-2009, es decir, el carácter representativo del sistema político y electoral y el carácter personalista del sistema democrático, estructurado para la persona, no para los partidos políticos.

4.2. Sentencia de Inconstitucionalidad 57-2011

El proceso constitucional fue promovido por el ciudadano Francisco Edgardo Monge Galdámez, a fin de que la Sala de lo Constitucional declarara la inconstitucionalidad de los *arts. 217 inc. 2º, 238 incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º, 253-C inc. 4º letras c) y d), y 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3, 4, y 5 del Código Electoral (en lo sucesivo “CE”)*, contenido en el D. L. n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el D. O. n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado por D. L. n° 758, de 16-VI-2011, publicado en el D. O. n° 120, tomo 391, de 28-VI-2011 (en adelante “D. L. n° 758/2011”)¹²⁰, por la supuesta vulneración a

¹²⁰ Sala De Lo Constitucional Sentencia del 7-XI-2011 en el proceso de Inc.57-2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

los arts. 3, 72 ord. 3°, 78, 126 y 246 Cn, es de aclarar que dicha demanda fue admitida por medio de resolución del 3-X-2011.

En tal sentido, los motivos de inconstitucionalidad se pueden resumir de la siguiente manera: La inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) *número 1* –en conexión con los arts. 238 inc. 3°; 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE– por la supuesta vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–. Así, la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) *número 2* CE, en relación con los arts. 238 incs. 2° y 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE, por la supuesta transgresión al carácter igualitario del voto consagrado en el art. 78 Cn.

La inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) *número 3* CE, en relación con los arts. 238 incs. 2° y 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE, por la supuesta transgresión al carácter igualitario del voto consagrado en el art. 78 Cn., –en relación al número 3–. Además, la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) *n° 5* CE, por la supuesta transgresión al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, y a partir de su conexión material, con el art. 262 inc. 1° letra f) *número 1* CE.

Asimismo, la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) *número 4* CE, por la aparente vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.– y al principio de igualdad en cuanto al ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado –arts. 3, 72 ord. 3° y 126 Cn.–, en conexión material con el art. 262 inc. 1° letra f) *número 1* CE.

Por otra parte, la inconstitucionalidad del art. 238 inc. 2° CE por la supuesta contradicción al derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado –arts. 72 ord. 3° y 126 Cn.– y al carácter igualitario del voto –art. 78

Cn—así como la inconstitucionalidad del art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE por la supuesta vulneración al art. 3 Cn. y al carácter igualitario del voto —art. 78 Cn.— y la inconstitucionalidad del art. 217 inc. 2º CE, por la supuesta vulneración a los arts. 3 inc. 1º y 246 Cn. —principios de igualdad y de proporcionalidad—, en relación con el art. 72 ord. 3º Cn. —derecho a optar al cargo de diputado—.

Por su parte la Asamblea Legislativa, para justificar la aprobación de las disposiciones impugnadas, desde el punto de vista constitucional, presentó el dictamen de reformas que dio origen al D. L. 758/2011, y específicamente en lo que concernía a las disposiciones sometidas a examen, sostuvo:

Respecto del art. 217 inc. 2º CE, que los candidatos partidarios y los no partidarios eran *diferentes*, puesto que a los primeros los proponen los partidos políticos, que gozan de reconocimiento constitucional (art. 85 inc. 2º); y de acuerdo con el CE, para la elección de Diputados, los partidos políticos pueden presentar candidaturas por las circunscripciones electorales que deseen (at. 217 CE), pues son entes que funcionan a nivel nacional con una estructura territorial claramente identificable, y son permanentes y a su vez fiscalizados por el TSE. Mientras que los candidatos no partidarios tienen un carácter individual y únicamente se postulan para una ocasión, por lo que participan en una sola circunscripción.

En el caso en examen —acotó—, la medida adoptada no era desproporcional porque no coartaba el ejercicio del derecho a optar a un cargo de elección popular, ya que el ciudadano podía postularse por una circunscripción que elegirá de entre dos posibles, aquella en la que nació, o aquella en la que reside. Por tanto, no había impedimento para ejercer su derecho.

En conclusión, la Asamblea Legislativa estableció que la adopción del sistema de voto preferencial único opcional, obedeció a las siguientes razones: *practicidad*, por lo que se procuró el mayor grado de sencillez y claridad posible en el diseño de las papeletas, para evitar que se generaran votos nulos; *seguridad*, en cuanto a la fidelidad de la expresión de la voluntad popular de los resultados; *jurisprudencia*, en la que se ha sostenido que la igualdad del sufragio se expresa en la fórmula de “una persona un voto”, lo que prohíbe formas de sufragio reforzado plural, múltiple, familiar–; *igualdad*, puesto que la jurisprudencia ha señalado que la igualdad del sufragio no se agota con el acto de emisión del voto, sino que se extiende al resultado electoral, en el que cada voto debe tener la misma influencia en el resultado.

Por su parte, la Sala estimó sobre la demanda planteada que debía tenerse en cuenta que los partidos políticos, en tanto medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad de los actos estatales, son *instrumentos de la democracia*.

De esta forma, el Tribunal Constitucional indicó que los partidos políticos no podían desplazar al pueblo o conjunto de ciudadanos, como sujetos pasivos de la representación institucionalizada y en quienes radica la voluntad electoral. El representado sigue siendo el pueblo soberano, ya sea que su actuación se articule por medio de los partidos, que adquieren así el valor de cauce esencial en el sistema constitucional, o por medio de candidatos no partidarios.

Así, la Sala señaló como imperativo que *eran los candidatos, no los partidos, los que reciben el mandato de los electores*, puesto que los representantes lo son de todo el cuerpo electoral, sin que los partidos puedan sustituir esa relación entre representantes y cuerpo electoral.

En ese sentido, consideró que cuando el art. 253-C inc. 4° letras c) y d) CE prescribe que –en relación con los supuestos regulados en la misma disposición– los votos válidos serán contabilizados a favor del partido o coalición respectiva, y en el orden de precedencia previamente decidido por el partido, se volvía a implementar una especie de *lista bloqueada*, contraria a la determinación del voto *libre*. Ya que si la representación la asumen personas concretas, y no los partidos políticos, el sujeto representado –el elector debía tener posibilidad de elegir directamente a sus representantes.

En efecto, la Sala consideró que la decisión del elector debía ser determinante y coherente con su voluntad, en el momento de contabilizarse los votos y distribuir los escaños que a cada partido correspondían, pues estos debían ser otorgados a los candidatos que fueran seleccionados por los ciudadanos y *no alterar la voluntad de éstos para interpretar que ha optado por toda la lista, y luego trasladar sus votos hacia el orden propuesto por el partido o coalición correspondiente.*

De permitirse el traslado de los votos válidos emitidos para dos o más candidatos hacia los primeros lugares en la lista del partido, no existiría respeto a la libertad de elección de los ciudadanos para legitimar a sus *representantes*, y por tanto, se perdería el carácter libre del voto.

Al anterior argumento abona el hecho de que los sistemas de *listas desbloqueadas* no sólo tratan de proporcionar una mayor sustantividad a la posición que ocupa el representante, sino ante todo de hacer efectivo el funcionamiento interno de los partidos políticos. Estos no son –ni deben ser– organizaciones monolíticas y uniformes, sino complejos en que convivan grupos o tendencias diversas, ciertamente con un mínimo de cohesión y disciplina.

Para ello, las listas *cerradas y desbloqueadas* abren la oportunidad de participación de las bases o afiliados para la elección de las mejores opciones para la oferta electoral conjunta de un instituto político.

Entonces, la Sala concluyó que *una de las garantías que le dan el verdadero carácter democrático al sufragio es su ejercicio en libertad*; esto implica que el ciudadano debe tener plena capacidad de opción a la hora de votar y la posibilidad real de que su decisión se refleje en el resultado e incida sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público. *Es precisamente este último componente del derecho en análisis, el que resultaría vulnerado cuando los votos válidos emitidos favorezcan el orden de preferencia determinado por los partidos políticos o coaliciones, en los casos que el elector se ha decantado por dos o más candidatos en particular y en un orden de preferencia distinto.*

Ahora bien, dicho pronunciamiento no se extendía a aquellas disposiciones que permiten votar solo por bandera, pues en estos casos sí quedaba clara la intención del elector de avalar toda la lista. Esto era posible, siempre y cuando estos votos por bandera o lista completa no se distribuyeran inequitativamente en los primeros lugares de la lista, hasta donde alcancen según el número de escaños que abstractamente le corresponden al partido.

En definitiva, esta modalidad de atribución de votos –y posteriormente de escaños– era equiparable, a la votación por una lista bloqueada y, por tanto, bajo este esquema, si bien el elector no es constreñido a votar por el orden de los candidatos a Diputados propuestos por los partidos o coaliciones, al final se desnaturalizaba la intención de voto para favorecer el orden que cada partido había determinado con antelación, violándose de esa forma el carácter libre del voto, art. 78 Cn.

Como consecuencia de ello, también se declaró inconstitucional, por conexión, el art. 253-D inc. 4º letra d) frase primera, que anula el hecho de que un elector escoja dos o más candidatos no partidarios.

La consecuencia de esa sentencia fue que si un elector votaba por varios candidatos, aceptando parcialmente la lista por un partido o aceptando parcialmente la planilla de no partidarios –estructurada– por el TSE, tal voto valdría, ya que así era la decisión del ciudadano elector.

4.2.1. Análisis de la sentencia

Esta sentencia tiene una crítica desde el punto de vista práctico puesto que fue emitida en el contexto de la cercanía a la celebraciones de elecciones, por lo que al ser el voto cruzado un sistema complejo de implementar se considera que la actitud de los magistrados de la Sala que firmaron dicha sentencia fue irresponsable en el sentido de cambiar las reglas del juego de las elecciones, pues lo más prudente al juicio era la implementación de esta sentencia con efectos modulados, lo que derivó en un hecho notorio que fue que las elecciones legislativas y municipales de marzo del 2012 fueron uno de los eventos electorales en los cuales los resultados fueron los más tardados en ser definidos, ya que por primera vez se implementaba el voto por candidatos independientes, voto cruzado y por rostro.

Otro punto interesante, es que la Sala de lo Constitucional dio seguimiento a esta sentencia, ya que mediante auto de 19-II-2015 tuvo por incumplida la sentencia por no haber cumplido la Asamblea con los parámetros establecidos en la misma para regular dicha modalidad de sufragio.

La Sala justificó el seguimiento de la referida sentencia en las siguientes razones: a) por constituir una atribución constitucional de vigilar el cumpli-

miento de lo juzgado, como se ha expresado, respecto a la forma de asignación de escaños para la Asamblea Legislativa; b) para verificar si el Órgano Legislativo ha cumplido o no la jurisprudencia constitucional en esta materia; c) para evitar que tanto el Tribunal Supremo Electoral (TSE) como los partidos políticos, candidatos a Diputados o ciudadanos en general, interpreten que para la asignación de diputaciones debe atenderse el orden de la lista propuesta por los partidos políticos o coaliciones; d) para evitar futuras impugnaciones, discrepancias o conflictos que sobre las formas de asignación de escaños, surjan con posterioridad a las elecciones previstas para el uno de marzo del presente año.

Es importante recalcar que aunque se considere como un elemento novedoso y útil el de la capacidad de seguimiento que el Tribunal Constitucional realiza de sus pronunciamientos, parece que la Sala a la hora de establecer los criterios y líneas jurisprudenciales del “voto cruzado” en sus sentencias, más que parámetros la SC está legislando vía jurisprudencialmente ya que sus criterios ya dejan de ser abstractos y jurisprudencialmente se establece ya una modalidad específica de regulación de este tipo de sufragio, lo que podría incurrir en una conducta de abrogación de competencias propias de la Asamblea Legislativa y el TSE en el momento que indica cómo deben ser contabilizados los votos y por ser una sentencia en la que se legisla de forma positiva.

En conclusión, esta sentencia el tema tratado fue la forma de cómputo de votos en elecciones legislativas –es decir, la conversión de votos en escaños parlamentarios en cada circunscripción electoral–, a partir del establecimiento de las candidaturas en listas desbloqueadas y el voto preferente en la sentencia de Inc. 61-2009. En este sentido, el problema fue la regulación de “preeminencias” en la ley electoral a favor del orden de prelación partidario.

La Sala de lo Constitucional reitera que el sistema de lista bloqueada en elecciones legislativas favorece un orden de prelación de candidatos establecido de manera previa por los partidos políticos en detrimento del carácter igualitario del voto.

El pronunciamiento enfatiza que los partidos no pueden desplazar al pueblo o conjunto de ciudadanos, como sujetos pasivos de la representación institucionalizada y en quienes radica la voluntad electoral, son los candidatos y no los partidos los que reciben el mandato de los electores. Por ello, señala que las listas desbloqueadas dan mayor sustantividad a la posición del representante y también inciden en el funcionamiento interno de los partidos, favoreciendo la participación de las bases en la elección de la oferta electoral.

Así, el fallo corrige las distorsiones que existían con el decreto impugnado y tiene dos efectos: (I) privilegia el voto por persona, porque habilita el voto por bandera exclusivamente para el cálculo de los escaños que obtiene un partido en una circunscripción electoral determinada; y (II) permite la marca por varios candidatos partidarios de una misma lista o por varios candidatos no partidarios en caso que vayan estructurados en una misma planilla, manteniendo la igualdad del voto al calcular cocientes y residuos.

4.3. Sentencia de Inconstitucionalidad 42-2012AC

La demanda correspondiente a ese proceso fue promovida por la señora Lisbeth Emma Edith Abarca Cárdenas –Inc. 42-2012–, así como por los ciudadanos José Israel Huiza Cisneros, y otros –Incs. 61-2013 y 62-2013–, para que la Sala declarada la inconstitucionalidad, por vicio de contenido, de los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsio-

nales, contenida en el Decreto Legislativo n° 98, de 7-IX-2006, publicado en el Diario Oficial n° 171, tomo 372, de 14- IX-2006, así como de los arts. 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, emitida mediante Decreto Legislativo n° 927, de 20-XII-1996, publicado en el Diario Oficial n° 243, tomo 333, de 23-XII-1996, modificada por Decreto Legislativo n° 100, de fecha 13-IX-2006, publicado en el Diario Oficial n° 171, tomo 372, de 14-IX-2006, y reformados ambos por Decreto Legislativo n° 1036, de 29-III-2012, publicado en el Diario Oficial n° 6, tomo 394, de 30-III-2012, por la supuesta vulneración a los arts. 2 inc. 1°, 3 inc. 1°, 23 y 50, en relación con el art. 220, y 246 todos de la Constitución (en adelante, Cn)¹²¹.

En el referido proceso tuvieron intervención los citados ciudadanos demandantes, la Asamblea Legislativa como autoridad demandada y el Fiscal General de la República.

Los peticionarios solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad, por vicio de contenido, de los artículos 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, así como de los artículos 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por la supuesta violación a los arts. 2 inc. 1°, 3 inc. 1°, 23 y 50, en relación con el art. 220 y 246 de la Constitución. Lo anterior, lo fundamentaron, principalmente, en el hecho que a su parecer las disposiciones impugnadas obligaban a las Administradoras de Fondos de Pensiones a contratar con el Estado para la adquisición de Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social y Certificados de Inversión Previsionales.

Por su parte, la Asamblea Legislativa presentó sus informes de modo extemporáneo en todos los procesos acumulados, es decir fuera del plazo

¹²¹ Sala De Lo Constitucional Sentencia 23-XII-2014 en el proceso de Inc. 42-2012AC (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

establecido en el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, por lo que la oportunidad para hacerlo precluyó y las razones que manifestó para justificar la constitucionalidad de las disposiciones legales cuestionadas no fueron analizadas por la Sala.

La Sala resolvió la pretensión a partir de los problemas jurídicos que debían ser resueltos que fueron los siguientes: (a) determinar si la obligación legal impuesta a las Administradoras de Fondos de Pensiones de adquirir en porcentajes determinados, los Certificados de Inversión Previsional que se emitían por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, así como los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social que emitido por el Fondo Social para la Vivienda, constituía una vulneración a la libertad de contratación de tales Administradoras; y (b) si, como consecuencia de lo anterior, tal inversión obligatoria en ambos tipos de certificados mencionados vulneraba la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, al afectar la rentabilidad de las cuentas individuales que conformaban los fondos de pensiones y generaba falta de certeza en las inversiones que de los mismos hacían las Administradoras de Fondos de Pensiones y en la posibilidad de cumplimiento de los postulados de la seguridad social.

En síntesis, la Sala consideró que el argumento de los actores era que el contenido de los artículos objeto de control impedía que las Administradoras de Fondos de Pensiones invirtieran de forma libre y diversa los recursos del fondo de pensiones que administran y que, en consecuencia, obtuvieran rentabilidades adecuadas para el mismo y diversificaran el riesgo de sus inversiones, según lo establecen los arts. 24 inc. 1° y 88 inc. 1° de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

En lo concerniente a este motivo, dicho ente estimó que al acudir a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales se observaba de sus consideran-

dos II, IV y V dos fines concretos: (a) asegurar la eficiencia, sostenibilidad y continuidad del financiamiento del Sistema de Pensiones Público; y (b) brindar con ese financiamiento garantías a los afiliados al Sistema de Pensiones Público respecto de la deuda que con ellos tiene el Estado.

De esto la Sala advirtió que la finalidad del legislador al establecer la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales –con base en la cual se reforma la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– fue procurar el mantenimiento y sostenibilidad del Sistema de Pensiones Público y de la continuidad y regularidad del pago de las pensiones por vejez a los jubilados con dicho sistema. La Sala procedió a evaluar si este fin perseguido implicaba efectivamente una limitación o intervención a los elementos configuradores del derecho a la libertad de contratación.

En atención a este último aspecto, hizo notar que el art. 17 inc. 1° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales imponía a las Administradoras de Fondos de Pensiones una obligación de adquisición de Certificados de Inversión Previsional emanados por el fideicomiso mencionado y que, en consecuencia, los arts. 91 letra m) y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones imponían un 'monto máximo' en que dichos certificados fueran adquiridos.

Lo anterior constituía ciertamente una intervención sobre el ámbito de protección material del derecho a la libertad de contratación, en específico sobre su objeto de protección, ya que con la obligación impuesta normativamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones se limitaba un elemento integrador de su contenido esencial, esto es, la autodeterminación sobre el objeto de las contrataciones que realizarán como inversión de los fondos de pensiones que administraban.

Por lo anterior, la Sala procedió a verificar el cumplimiento de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si la importancia de la realización del fin perseguido por la medida justificaba la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente. En este sentido, se ponderó la intervención en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, con respecto al grado de satisfacción del fin perseguido, es decir de la seguridad social de los cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

Con respecto al grado de afectación que la medida ha tenido en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se estimó que si bien dicha libertad había sido limitada en sus modos de ejercicio, ésta no fue una afectación intensa, ya que, como se observaba en el texto del art. 91 letra m) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Inversión Previsional se estableció hasta un determinado límite máximo de 45%, lo cual, si bien restringía el ámbito y las posibilidades de ejercicio de dicha libertad, permitía el financiamiento de las pensiones del Sistema de Pensiones Público y dejaba un margen de acción a las Administradoras de Fondos de Pensiones para procurar la inversión del resto de ahorros previsionales que administran y gestionan.

A partir de todo lo expuesto, la Sala consideró que la limitación en la libertad de contratación que conllevan las disposiciones impugnadas era razonable y, por ende, compatible con el sustrato axiológico de la Constitución, pues tal limitación estaba orientada precisamente hacia el bien común y la solidaridad intergeneracional, al perseguir con ello asegurar la continuidad y regularidad del financiamiento de la seguridad social en su manifestación del derecho a la pensión por vejez para las personas que quedaron en el Sistema de

Pensiones Público, al esté entrar en vigencia el Sistema de Ahorro para Pensiones.

Por lo tanto, la Sala afirmó que en atención al ámbito material de protección de los derechos constitucionales presuntamente vulnerados, una norma reguladora del derecho a obtener una pensión por vejez será vulnerada en su contenido esencial y contravendrá la seguridad jurídica: a) si no se ha configurado claramente en su texto la manera en cómo sus efectos inciden en derechos adquiridos y situaciones jurídicas protegibles; b) si no permite el libre acceso a un sistema de pensiones y a realizar los aportes respectivos al mismo; c) si se deniega, obstaculiza o retrasa irrazonablemente la obtención del derecho a una pensión por vejez una vez cumplidos todos los supuestos habilitantes conforme a la ley para ello; y, d) si su interpretación y aplicación disminuye sensiblemente en la realidad las condiciones de la pensión a recibir por vejez, volviendo imposible el aseguramiento de un 'mínimo vital' para el jubilado.

Es decir una porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y su grupo familiar.

En este sentido, era claro que la creación del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y las reformas legales que se necesitó para su implementación, implicaba la utilización de los ahorros de los asegurados actuales para financiar las pensiones del sistema público, tanto de los ya jubilados como de las personas próximas a jubilarse, lo cual desvirtúa el régimen de capitalización individual que se pretendió con el Sistema de Ahorro para Pensiones y representaba, en la práctica, el funcionamiento del sistema de pensiones como un modelo de reparto, basado en la solidaridad intergeneracional.

Lo anterior, no conllevaba per se una vulneración a los derechos a la seguridad jurídica y a la seguridad social de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, pues, no obstante la finalidad de las reformas, tales derechos podían ser asegurados siempre que los cotizantes percibieran una adecuada rentabilidad por la utilización de sus cuentas de ahorros individuales para pensiones, lo cual les aportará a través del tiempo los incrementos económicos óptimos y suficientes para obtener eventualmente una pensión por vejez y demás beneficios que les permita jubilarse en condiciones de seguridad y dignidad.

Así, en este caso, el factor para establecer la limitación a los derechos fundamentales aludidos es la determinación del nivel de rentabilidad y de beneficios que los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones recibieran por la inversión obligatoria que de sus fondos de pensiones realizaban las Administradoras de Fondos de Pensiones por prescripción legal y el impacto que esto generará al momento de su jubilación, es decir, si en las normas impugnadas se han establecido y mantenido adecuadas tasas de reemplazo de la inversión de los fondos de pensiones para su suficiencia y sostenibilidad.

En este orden, la Sala estimó que era necesario que los Certificados de Inversión Previsional, como títulos valores, devengaban una tasa de interés ajustable semestralmente, equivalente a la London Interbank Offered Rate de ciento ochenta días –LIBOR 180 días–, reportada por la British Bankers Association al cierre de la semana anterior a la emisión respectiva, a la cual se le debe sumar una sobretasa de 0.75%, que será fija durante el plazo al cual fue emitido el valor.

La tasa LIBOR 180 días había mostrado una tendencia al decrecimiento a través del tiempo; así, en el año de promulgación de la Ley del Fideicomiso

de Obligaciones Previsionales –2006– el promedio de LIBOR 180 días fue de 5.27%, en el año 2010 alcanzó valores mínimos históricos, cercanos al 0.50%, siendo su promedio a noviembre de 2014 entre 0.32% y 0.33% aproximadamente.

Este comportamiento decreciente de la tasa LIBOR en los últimos años, además de la alta concentración en instrumentos de deuda pública y la poca diversificación de las inversiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, provocaba que la rentabilidad sobre el fondo de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones fuera evidentemente negativo y que, en consecuencia, se comprometieran las tasas de reemplazo o niveles de ingreso adecuados de las pensiones que recibirán las personas que se jubilarán en el sistema de cotización individual definida.

De acuerdo a lo expuesto, tomando como base la baja rentabilidad que tenían los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, estudios recientes (CEPAL: Determinantes de las tasas de reemplazo de pensiones de capitalización individual: escenarios latinoamericanos comparados, 2011) habían estimado en el caso de El Salvador una tasa de reemplazo entre el 28% y el 32% para hombres y entre el 30% y el 34% para mujeres, dependiendo del salario considerado; entendiendo por tasa de reemplazo el indicador del rendimiento de los sistemas que relaciona los montos de las pensiones con los salarios sobre la base de los cuales se realizan los aportes o las contribuciones a lo largo del ciclo laboral de los individuos (si bien esta tasa en mención se deriva de los sistemas de beneficio definido, como el de reparto, su consideración continúa siendo importante para determinar los ingresos a recibir por pensiones por vejez, invalidez y muerte).

Esta tasa de reemplazo era inferior a lo establecido en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Seguridad Social, de 1952, donde se indica un porcentaje de 40% para pensiones por vejez como respeto al principio de suficiencia de la seguridad social en este rubro.

La determinación de la baja rentabilidad de acuerdo a la tasa LIBOR 180 días que actualmente percibían los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones por la inversión en Certificados de Inversión Previsional y, por tanto, la baja tasa de reemplazo que dichos fondos recibirán en consecuencia, implicaba una intervención tanto en el ámbito material de protección como en el contenido esencial del derecho a obtener una pensión por vejez como manifestación de la seguridad social, en relación con la seguridad jurídica, ya que las normas impugnadas inciden negativamente sobre el nivel de rentabilidad adecuada de sus ahorros previsionales y, además, una afectación material de las pensiones por jubilación de dicho sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna al ocurrir los supuestos de su jubilación.

Establecido lo anterior, corresponde determinar la proporcionalidad de dicha intervención en los derechos fundamentales aludidos.

A pesar que los demandantes no propusieron alternativas de tasas internacionales de referencia existentes en el mercado financiero internacional que sean más estables que la LIBOR 180 días, con parámetros para su establecimiento más acordes con la realidad financiera y con beneficios para los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones, este Tribunal estima que la comprobada tendencia decreciente en términos de rentabilidad de la tasa adoptada desde la creación del

Fideicomiso en el 2006 a las reformas a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones ocurridas en el año 2012 demostraban que la misma otorgaba niveles negativos de rentabilidad y que, por tanto, era menester optar por una tasa más idónea y benigna con la finalidad perseguida.

Por lo anterior, la intervención no fue necesaria con respecto al fin propuesto, pues en las diversas tasas interbancarias de referencia existentes en el mercado financiero internacional, el legislador optó para los Certificados de Inversión Previsional que se adquieren obligatoriamente por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales por una tasa con evidentes tendencias decrecientes de rentabilidad, gravosa respecto de las ganancias y tasas de reemplazo adecuadas para los fondos de pensiones del Sistema de Ahorro para Pensiones, sin haber previsto una vía de ajuste o actualización en caso de tendencias tan negativas.

Por tanto, la Sala concluyó que la intervención que las normas impugnadas ocasionaban en los derechos a la seguridad jurídica en relación con la seguridad social –en su manifestación del derecho a la pensión por vejez– era desproporcionada y, por ende, inconstitucional, ya que el mantener la tasa LIBOR 180 días con respecto a los Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso en cuestión incidía negativamente en la rentabilidad que obtendrán los ahorros de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones y sobre sus tasas de reemplazo, afectando materialmente las pensiones de dicho sector poblacional, al provocar una disminución de los ingresos mínimos e indispensables para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna a los pensionados y sus familias, al ocurrir los supuestos de su jubilación.

En este sentido, por su íntima relación con los arts. 12 letra c) y 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, la Sala advirtió en el art. 14

mes. 5° y 6° de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales la aplicación de los mismos argumentos que llevaron a declarar la inconstitucionalidad de estas dos disposiciones impugnadas, razón por la cual se consideraba que este último también vulneraba, por conexión, en los incisos detallados, la seguridad jurídica en relación con la seguridad social, en su manifestación del derecho a la pensión por vejez, establecidas en los arts. 2 inc. 1° y 50 Cn., respectivamente, y así será declarado en esta sentencia.

En lo relativo a la vulneración a la libertad de contratación, la seguridad social en relación con el principio de proporcionalidad –arts. 23, 50 y 246 Cn., respectivamente–, por el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, los demandantes en el mismo reprocharon de inconstitucional la obligación contenida en el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, pues se impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones la adquisición de los Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social que emite el Fondo Social para la Vivienda, con la utilización de los fondos de pensiones que administran y gestionan, lo que vulnera, en consecuencia, la libertad de contratación, la seguridad social y el principio de proporcionalidad.

Al respecto, resultaba claro del texto del mismo art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que la finalidad de obligar a la Administradoras de Fondos de Pensiones a invertir en los certificados en mención es la obtención de recursos para poder otorgar créditos a trabajadores del sector formal hasta un monto determinado, para que éstos puedan adquirir viviendas nuevas.

Ahora bien, en análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la intervención referida, se observó que la obligación regulada en el art. 223 de

la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones era idónea, ya que, como se expresó, con dicha inversión de los fondos de pensiones el Fondo Social para la Vivienda podía obtener recursos económicos para el otorgamiento de los créditos para la adquisición de tales viviendas.

Al haber comprobado la idoneidad de la medida, corresponde determinar si la misma era necesaria, es decir si era la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad, para contribuir a la realización del fin perseguido.

En este orden de ideas, la Sala estimó que la obligación establecida a las Administradoras de Fondos de Pensiones de invertir en un porcentaje determinado en los títulos emitidos por el Fondo Social para la Vivienda – 3.85% de la recaudación acumulada de cotizaciones previsionales de los tres meses anteriores a la colocación de los mismos– fue una medida necesaria para posibilitar la obtención de recursos para financiar la compra de vivienda de interés social en beneficio de sectores mayoritarios de la población.

En cuanto al grado de afectación que la medida ha tenido en la libertad de contratación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se estimó que si bien dicha libertad ha sido limitada en sus modos de ejercicio, ésta no fue una afectación intensa, pues, tal como lo regula el citado art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, la inversión de los fondos de pensiones en Certificados de Deuda para Vivienda de Interés Social se estableció en un porcentaje fijo del 3%, lo cual, si bien restringía el ámbito y las posibilidades de ejercicio de dicha libertad, permitía el financiamiento de créditos al sector laboral formal para la compra de vivienda nueva y la reducción del déficit habitacional, cumpliendo así lo establecido en el art. 119 Cn., y deja un margen de acción a tales Administradoras para procurar la inversión del resto de ahorros previsionales que administran y gestionan.

En este sentido, la intervención a la libertad contractual que regulaba el art. 223 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones se consideró justificada y razonable, en razón del fin perseguido en la misma, como consecuencia de esa sentencia, los fondos de pensiones de los cotizantes al Sistema de Ahorro para Pensiones podrían ser invertidos –salvo los porcentajes del 45% de inversión en Certificados de Inversión Previsional emitidos por el Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y del 3.85% en Certificados de Deuda para Vivienda de Inversión Social, establecidos en los arts. 91 letra m), 223 y 223-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones– en aquellas actividades que, según el criterio financiero de las respectivas administradoras, fueran más rentables en el mercado, a fin de garantizar mayores niveles de beneficio a los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones; todo de conformidad con las leyes aplicables.

En consecuencia, el Órgano Legislativo debía hacer las adecuaciones necesarias a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, así como a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales para lograr la inversión de dichos fondos de pensiones en condiciones de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo, evitando la supeditación del bienestar futuro de los actuales afiliados al Sistema de Ahorro para Pensiones por la no optimización de los niveles de rentabilidad de ahorros previsionales, sin descuidar el bienestar de los actuales cotizantes y jubilados en el Sistema de Pensiones Público.

4.3.1. Análisis de la sentencia

En esta sentencia la Sala de lo Constitucional se pronunció en lo principal sobre el mecanismo del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales (FOP), creado en el año 2006 mediante la Ley del Fideicomiso de Obligaciones

Previsionales (LEFOP) para financiar las pensiones de los jubilados en el sistema público de pensiones (ISSS e INPEP).

En síntesis, el FOP funciona emitiendo certificados de inversión previsional que por ley las AFP deben adquirir hasta un monto del 45% de los ahorros de los cotizantes del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP). Por esa inversión obligatoria, los cotizantes al sistema privado deben recibir eventualmente el capital utilizado más un porcentaje de interés como supuesta ganancia, que, al momento del pronunciamiento, era de 0.8% anual, es decir, más bajo que cualquier otro instrumento de endeudamiento /financiamiento en los que el Estado invierte (ej., EUROBONOS, por los que se paga aproximadamente 7.5% y 8% anual).

La SC falló en el sentido que la tasa de interés que se otorgaba a los cotizantes al SAP por su inversión obligatoria con la tasa LIBOR 180 días era inconstitucional, porque el rédito era tan bajo que a futuro existía una prospección negativa de las tasas de retorno previsionales (esto es, lo que un jubilado espera recibir del total de sus ahorros previsionales) y que ello vulneraba el derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la seguridad social en su manifestación de recibir una pensión por vejez digna y suficiente (arts. 2 y 50 Cn., respectivamente).

Se trata de una sentencia importante en el campo de tutela de los derechos sociales y económicos y de uno de los pronunciamientos esenciales de la SC en materia previsional.

El método de interpretación de la Constitución utilizado fue el de la proporcionalidad, particularmente al advertir una colisión entre los derechos citados y la libertad económica de las AFP (prevaleciendo los primeros, por

su mayor peso abstracto en el marco del caso analizado y porque existía una intervención estatal negativa en su contenido esencial).

Otro punto a resaltar es que se trata de una sentencia exhortativa (o “apelativa” según parte de la doctrina), porque la SC modula los efectos de la misma al establecer un plazo para que la Asamblea Legislativa cumpla con las adecuaciones normativas pertinentes para que los afiliados al SAP obtengan una mayor ganancia por la inversión obligatoria de sus ahorros previsionales (lo que implicaba buscar y adoptar una mejor tasa de interés) y, además, porque para ello estableció parámetros o criterios a tomar en cuenta.

4.4. Resumen 66-2013

En esta sentencia la SC enjuició la constitucionalidad del art. 34 inc. 2° del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa (RIAL), aprobado por Decreto Legislativo n° 756, de 28 de julio de 2005, y, por conexión, el acuerdo de junta directiva n° 1722, de 24 de abril de 2013 (AJD n° 17222/2013), por los que se reconoció la existencia del (entonces) nuevo grupo parlamentario "Unidos por El Salvador", el cual fue formado por 5 diputados propietarios que renunciaron al partido político por el cual fueron electos en la legislatura 2012-2015, es decir, se analizó la figura del transfuguismo político, en específico el de índole parlamentario. El alegato del demandante fue que dichos objetos de control vulneraban el derecho al sufragio activo (art. 72 ord. 1° Cn.), el carácter igualitario del voto (art. 78 Cn.) y los principios de representación proporcional, de democracia representativa y de pluralismo político (arts. 79 inc. 2° y 85 incs. 1° y 2° Cn., respectivamente)¹²².

¹²² Sala De Lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalid 1-X-2014 en el proceso de Inc.66-2014, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010)..

La SC sostuvo que el transfuguismo es una forma de fraude a los electores que “[...] implica el abandono voluntario de una posición política representativa, adoptando una distinta de la que se ofreció y fue decidida así por los electores, para ingresar a otro grupo parlamentario existente o creando uno nuevo”. En relación con esto, explicó que cuando una persona se afilia a un partido político y acepta voluntariamente ser incluido en la lista de candidatos que este ofrece a los electores, adquiere compromisos de carácter político ideológico, en particular la observancia de un mínimo razonable del ideario político legislativo que desarrollará el partido; el fomento y defensa de una determinada ideología política desde una visión de la realidad nacional; y la puesta en marcha de la plataforma electoral ofrecida.

Por ello, se estableció que el transfuguismo legislativo incide negativamente en dichos compromisos y, por tanto, en el sistema de representación política: “[...] cuando el [diputado voluntariamente abandona el partido político por el cual participó en las elecciones y se declara independiente, crea o se asocia a otro grupo parlamentario, violenta la representación proporcional de las fuerzas políticas, ya que existe [...] una reducción de la representación delegada por el pueblo; y por otra parte, existe un aumento de la representación en otra fuerza política, que no fue dictado por el cuerpo electoral, por tanto, existe una alteración arbitraria a la representación graduada por el elector”.

En la sentencia, la SC pondera el derecho al sufragio activo (art. 72 ord. 1° Cn.) y el derecho a la libertad de asociación (art. 7 Cn.) y concluye que, por el mandato imperativo establecido en el art. 125 Cn., la limitación a la libertad mencionada es proporcional y justificada de un punto de vista constitucional. Por ello, estatuyó que el art. 34 inc. 2° RIAL y el AJD n° 17222/2013 permi-

tían el transfuguismo legislativo y que vulneraban los parámetros de control alegados, siendo, por tanto, inconstitucionales. Asimismo, estableció que a partir de la sentencia la Asamblea Legislativa, los diferentes grupos parlamentarios que la componen y los diputados individualmente considerados debían observar las siguientes prescripciones para respetar la voluntad del electorado en la conformación de cada legislatura:

a. Los diputados no están habilitados para abandonar la posición política representativa en el grupo parlamentario que les corresponde por decisión soberana del pueblo, con la finalidad de ingresar a otro grupo parlamentario existente o para crear uno nuevo.

Por ello, ni la Asamblea Legislativa ni su junta directiva podrán reconocer a grupos parlamentarios surgidos al margen de la voluntad popular y la configuración legislativa surgida de las urnas, que impliquen un fraude al electorado.

b. Los diputados no podrán abandonar el grupo parlamentario del partido político que lo postuló para el cargo a efecto de declararse no partidarios bajo el argumento de hacer uso de la garantía establecida en el art. 125 Cn. o de ejercitar el derecho de asociarse a un partido político (arts. 7 y 72 ord. 2° Cn.).

c. Los diputados que sean expulsados de sus partidos políticos no podrán ingresar a un grupo parlamentario existente ni crear con otros diputados un nuevo grupo parlamentario autónomo.

d. Los diputados no podrán ingresar al grupo parlamentario de un partido político que no participó en las elecciones correspondientes y que, por lo tanto, no contó con el apoyo del electorado para asumir escaños.

4.4.1. Análisis de la sentencia

En esta sentencia se observa un comportamiento bastante conservador por parte de la SC, pues si bien declara la inconstitucionalidad de la figura del transfuguismo político, a diferencia de otros casos no estableció criterios para la regulación del fenómeno en la legislación secundaria, ni plazo para el cumplimiento de la sentencia ni tampoco indicó que daría un seguimiento de la misma.

Es más, esta sentencia es susceptible de ser criticada desde la óptica que contrario al comportamiento extralimitado que la Sala ha mostrado para otros casos, en esta sentencia se omitió pronunciarse por una modalidad del transfuguismo que es muy común en el país, que es por la expulsión por parte de un Grupo Parlamentario hacia un diputado en razón a negarse a votar en “bloque”, siendo un vacío muy importante de esta sentencia sino que se limitó a indicar los supuestos de expulsión de un partido político en general.

4.5. Otros casos relevantes

4.5.1. Inconstitucionalidad 6-2016

Establecimiento de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, se suspendió provisionalmente la vigencia de la misma y, a la vez, concedió vigencia temporal a la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, (promulgada mediante Decreto Legislativo n° 2833, de 24-IV-1959, publicado en el Diario Oficial n° 87, tomo 183, de 18-V-1959 – posteriormente derogada por el art. 51 de la mencionada Ley de Probidad–), mientras se adoptaba una decisión definitiva. Lo innovador en este caso es por partida doble: no solo por las medidas adoptadas, al no contemplar la

LPC un régimen cautelar para las inconstitucionalidades, sino también por sus supuestos de procedencia, efectos y alcance de algunas de estas.

4.5.2. Auto del 8-V-2017 en el proceso 37-2015 (SITRAMS)

En esta resolución, la SC adoptó como medida la habilitación del uso vehicular público libre de los carriles segregados que, hasta antes de esa decisión, utilizaba exclusivamente dicho sistema de transporte. Lo innovador aquí no es tanto la justificación de la medida –que fue prioritariamente la afectación del interés público, pues la vía segregada solo podía ser utilizada por un sector de la población–, sino su objeto y alcance. Por un lado, porque el objeto del proceso no radica en el funcionamiento del SITRAMSS y de la infraestructura que utiliza –carriles, estaciones de abordaje y terminales–, sino en la constitucionalidad de la vía jurídica por la que fue otorgada para su uso y explotación –autorización por reglamento y no concesión por la Asamblea Legislativa–, en relación con lo establecido en el art. 120 Cn. Por otro, porque con ello se busca la regularidad constitucional alterada en razón del conflicto planteada.

4.5.3. Incs. 56-2016 y 19-2016 (Inconstitucionalidad nombramientos de los abogados Ricardo Alberto Iglesias Herrera y Jesús Ulises Rivas Sánchez como magistrado suplente de la CSJ y magistrado propietario del TSE)

Además de ordenar a la Asamblea Legislativa rendir el informe como autoridad demandada a que se refiere el art. 7 LPC, se le ordenó a esta certificar y remitir a la sala toda la documentación pertinente para establecer cómo acreditó y verificó el cumplimiento de requisitos constitucionales o la inexistencia de incompatibilidades en dichos profesionales para elegirles en

los cargos aludidos, es decir, cómo constató la idoneidad y aptitud de ambos. (Carga probatoria dinámica).

4.5.4. Inc. 65-2012 (SIGET)

En este proceso se discutía la constitucionalidad del mecanismo de subasta para la concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico de uso regulado en caso de oposición, donde la SC rechazó intervenir en carácter de terceros a ciertas compañías de telecomunicaciones, pero aceptó como tal al entonces titular de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, porque era el funcionario que aplicaba la norma impugnada (Ley de Telecomunicaciones).

4.5.5. Inc. 48-2014 (voto cruzado)

En este proceso que se discutió la constitucionalidad de la prohibición de “voto cruzado” para elecciones legislativas que contemplaba el Código Electoral, la sala, por interlocutoria de 8-VII-2015, denegó intervención como terceros en etapa de seguimiento y cumplimiento de la sentencia a un grupo de ciudadanos que solicitaban como medida de cumplimiento la apertura de paquetes electorales para constatar supuestas irregularidades en actas de escrutinio de juntas receptoras de votos. Tal como se ha indicado, la SC consideró que ninguno de los ciudadanos fue parte procesal ni se encontraban en las excepciones señaladas para permitirles participar como terceros.

4.1.5.6. Inconstitucionalidad 23-2012.

En esta se declaró la inconstitucionalidad de los magistrados 2006-2015 por haber sido elegidos por la legislatura 2003-2006 pese a que dicha legislatura

ya había elegido magistrados previamente; es decir, en ese mismo período legislativo se eligieron 2 veces magistrados y por consiguiente ordenó a la legislatura 2012-2015 elegir a los magistrados que complementarían el mandato de los magistrados declarados inconstitucionales.

En esta sentencia, pese a que el contenido de la misma se comparta (pues lo democrático y políticamente correcto es que cada legislatura solo pueda realizar un nombramiento de magistrados), parece que los efectos de la sentencia son contradictorios, puesto que ordena a la legislatura 2012-2015 realizar el nombramiento de magistrados que sustituyan a los magistrados declarados inconstitucionales, lo que conllevó a que estos incurrieran en el mismo vicio de inconstitucionalidad, ya que además de realizar la elección de magistrados que constitucionalmente les correspondía los diputados 2012-2015 también realizaron el nombramiento por segunda ocasión de los magistrados sustitutos de estos, lo cual prácticamente hace que la Sala declare inconstitucional una determinada situación y en sus efectos supla dicha inconstitucionalidad con el mismo vicio.

Es de aclarar que finalmente la Asamblea lo que realizó fue la ratificación de los magistrados Néstor Mauricio Castaneda Soto como Segundo Magistrado propietario de la Sala de lo Constitucional y German Arnoldo Álvarez Cáceres como Primer Magistrado suplente de la citada Sala, Francisco Rafael Guerrero Aguilar como Magistrado suplente de la Sala de lo Constitucional, Rosa María Fortín Huevo, Evelyn Roxana Núñez Franco, Lolly Claros de Ayala, Miguel Alberto Trejo Escobar y Mario Francisco Valdivieso Castaneda.

CONCLUSIONES

Los problemas planteados actualmente ante la Sala de lo Constitucional supera su marco de actuación, específicamente en este caso, las demandas sometidas a conocimiento de la Sala plantean una complejidad que tanto la Constitución de la República de 1983 y la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960 se vuelve insuficiente para dar una respuesta eficaz a las nuevas pretensiones sometidas a su conocimiento, por lo que se considera importante y necesaria la evolución de la jurisprudencia constitucional a fin de dotar al Tribunal Constitucional de elementos que le permitan actuar de forma dinámica ante los nuevos retos que se le plantean.

Es importante reconocer que el rol del Juez Constitucional ha variado respecto del papel tradicional que originalmente le fue asignado, negar ello sería desconocer el papel que diversos Tribunales Constitucionales han desarrollado en las políticas públicas, tal es el caso del Tribunal Constitucional Europeo, la Corte de Justicia Constitucional Colombiana o el Tribunal Constitucional de Perú entre otros.

Es importante mencionar que la ritualidad y rigidez del derecho procesal común pierde fuerza en el ámbito de la jurisdicción constitucional, en la cual las reglas y principios procesales se adecuan y se vuelven flexibles ante la necesidad de lograr la protección objetiva de la Constitución y la tutela concreta de los derechos fundamentales en ella reconocidos.

Se considera adecuado que si bien el papel de los Tribunales Constitucionales ha evolucionado volviéndose más activo, estos siempre deben respetar el ámbito de competencia de los otros órganos de Estado, y si bien puede tal

y como lo ha hecho la Sala emitirse sentencias de tipo estructural al estilo de Tribunales Constitucionales extranjeros (Colombia, Perú, etc) ordenando la elaboración de políticas públicas que escapan inicialmente de su competencia estos supuestos deben limitarse únicamente a aquellos casos de protección de derechos fundamentales (casos de protección del derecho a la salud de pacientes de VIH, hemofílicos, pacientes renales por ejemplo) o en aplicación de derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional (verbigracia el amparo 411-2017 en el que la Sala ordenó medidas de protección a diversas autoridades reconocer el fenómeno del desplazamiento forzado interno y una serie de medidas de protección a favor de los demandantes de ese proceso), con lo que se cumple uno de los objetivos específicos de la investigación.

Al realizar un análisis de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional específicamente la conformación subjetiva (2009-2018) se puede decir que en lo que respecta a las 4 sentencias analizadas, las cuales fueron seleccionadas en virtud de las innovaciones realizadas en las mismas por la Sala, que si bien se ha realizado una importante labor en pro de la modernización del sistema electoral, en la depuración de elementos con vinculación partidaria de cargos de elección popular o protegiendo el derecho a la seguridad social de los pensionados; no obstante, más que el contenido de las sentencias lo criticable es la forma en la que la Sala ha introducido los temas objeto de control en sus sentencias.

Así por ejemplo en la sentencia de inconstitucionalidad 35-2015 el tema objeto de control era lo relativo al archivo y trámite de una pieza de correspondencia presentada a la Asamblea Legislativa; sin embargo, la Sala redireccionó el objeto de control al tema de la legitimidad de los diputados suplentes, esto sin que le hubiera sido solicitado y sin tener en cuenta que

pese a que el tema es de alta relevancia el órgano judicial no puede actuar de oficio sino que actúa a petición de parte.

Otro punto importante es que la Ley de Procedimientos Constitucionales data de 1960 y que la misma no responde a las necesidades actuales por lo que se justifica que la Sala recurra a figura innovativas para satisfacer los nuevos desafíos propios de la época y es en ese sentido es que se justifican figuras como la capacidad de innovación procesal de la Sala, las medidas cautelares innovativas, el estado de cosas inconstitucionales siempre y cuando se trate de la protección de derechos fundamentales.

En ocasiones sobre todo en materia electoral, la Sala de lo Constitucional (2009-2018) politizó la justicia constitucional en materia electoral puesto que emitió sentencias de tipo estructural, aditivas, exhortativas y manipulativas, utilizando métodos de interpretación que le permitieron invadir competencias de otros órganos de Estado, reconducir pretensiones, etc. pero exclusivamente en casos políticos mientras que en otro tipo de casos más relacionados con el orden socioeconómico tuvo un rol más pasivo y tradicional (TLC, pensiones, etc.), con esta conclusión se da por cumplido el objetivo general trazado en la investigación.

Se puede concluir que los límites de la Sala en el proceso de inconstitucionalidad son los trazados por el principio de división de poderes y la seguridad jurídica, en este sentido la Sala bajo ningún supuesto puede abrogarse competencias del Legislativo y el Ejecutivo, el cual era uno de los objetivos específicos de este trabajo.

Se puede concluir con los análisis realizados que a juicio la composición subjetiva de magistrados de la Sala de lo Constitucional 2009-2018 sobre

todo en el proceso de inconstitucionalidad si bien es cierto introdujeron vía jurisprudencialmente cuestiones positivas como la modernización del sistema electoral (voto por rostro, candidaturas independientes, voto cruzado,) etc pero en muchos de sus pronunciamientos excedieron el ámbito propios de sus competencias y fueron muchos casos en los que si bien es cierto el contenido de sus sentencias fue positivo y atinado pero no se modularon de forma prudente los efectos de sus sentencias.

RECOMENDACIONES

Una de las recomendaciones sería la aprobación de un proyecto de Ley de Procedimientos Constitucionales que responda a las necesidades actuales y en las cuales se establezca un proceso más expedito para el trámite de los procesos constitucionales y considere la regulación legal de situaciones que se han manejado únicamente mediante la jurisprudencia como las medidas cautelares innovativas, el seguimiento de las sentencias, los fallos estructurales, etc.

Asimismo, mientras el anteproyecto de Ley no sea aprobado se considera que la nueva composición subjetiva de magistrados 2018-2027 debe utilizar las medidas innovativas utilizadas por la anterior Sala pero respetando los principios de seguridad jurídica, congruencia y división de poderes.

Otra de las recomendaciones sería la de aprovechar las figuras novedosas tales como el estado de cosas inconstitucionales, la autonomía procesal de la Sala y el seguimiento de sentencias siempre y cuando se respeten los principios de seguridad jurídica y división de poderes; es decir, un uso responsable de dichas instituciones jurídicas.

Asimismo, sería recomendable en el supuesto que no fuera aprobado el Anteproyecto de Ley de Procedimientos Constitucionales la Asamblea Legislativa debería conforme a las facultades del artículo 131 ord. 5° Cn realizar una exhaustiva reforma a la LPC a fin de uniformar la LPC con la jurisprudencia emitida por la SC.

Por otra parte, se considera que sería oportuno que los magistrados de la SC, dada la trascendencia de los asuntos sometidos a su conocimiento y de

los efectos de sus decisiones, deberían abrir espacios a la Sociedad Civil a efecto de explicar las consecuencias de sus sentencias, así como el contenido de las mismas, el cual en algunas sentencias no es claro; es decir, abrir un espacio para la discusión jurisprudencial a la sociedad civil.

Finalmente, se recomienda que en lo sucesivo el Tribunal Constitucional en los supuestos de sentencias de contenido trascendental en la realidad se pudieran modular los efectos de sus decisiones a efectos de que los cambios jurisprudenciales introducidos en la jurisprudencia puedan ser adaptados con suficiente tiempo y de esa manera ser conocidos por los aplicadores de los cambios y por la población a la que van dirigidos, ejemplo en materia electoral.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Airasca,Ivana *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en -AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Colombia, 2004.

Anaya, Salvador Enrique *Concepto de Constitución: Ideas para una discusión*, en colectivo *Teoría de la Constitución salvadoreña*, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y Cultura constitucional en la República de El Salvador, San Salvador; 2000.

Anaya, Salvador Enrique *La Justicia Constitucional en El Salvador: La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un iusConstitutionaleCommune en América Latina?*; edición conjunta del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Max Planck de Heidelberg; México, D.F.; 2010.

Bernal Pulido,Carlos *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Couture, Eduardo *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.

Fernández Bulté,Julio *Teoría del Estado y del Derecho*, editorial Félix Varela, La Habana, Cuba 2005.

Fernández Segado, Francisco *La jurisdicción constitucional en América Latina: Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, Vol. 2º, Fundación Dialnet, Argentina, 2002.

Galiano, Grisel *La integración del Derecho ante las lagunas de la Ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho*, Universidad de La Habana, Cuba, 2012.

Ganuzas, Francisco Javier *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, Colección TEPJF, Mexico, 2015.

Marinoni, LuizGuilherme *Control de Constitucionalidad*, Colección Ciencias Jurídicas, Editorial Cuscatleca, San Salvador 2014.

Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.

Pérez Royo, Javier *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

Terrasa, Eduardo *Cargas probatorias dinámicas*, en: *Activismo y garantismo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

TESIS

Ferrari Yaunner, Majela *“Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba”*, tesis para optar por la categoría de Doctor en Ciencias Jurídicas, la Habana, 2010.

LEYES

Código procesal civil y mercantil El Salvador, decreto legislativo núm. 712, D.O.224, vigente- julio 2010, 386.

JURISPRUDENCIA

Sala De Lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalid 1-X-2014 en el proceso de Inc.66-2014, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala De Lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad (Inc.) 24-99 y en Sentencia de 30-VI-1999, proceso de Inc. 8-96, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala De Lo Constitucional Sentencia 23-XII-2014 en el proceso de Inc. 42-2012AC El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala De Lo Constitucional Sentencia del 13-VII-2016 el proceso de Inconstitucionalidad 35-2015, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala De Lo Constitucional Sentencia del 7-XI-2011 en el proceso de Inc.57-2011 El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 10-XI-2017, Ref. 8-2015, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 16-II-2015, Ref. 26-2012, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 16-VII-1992, Ref. 7-91, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 17-XII-2010, Ref. 61-2010, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 1-X-2014, Ref. 66-2013, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 22-VIII-2014, Ref43-2014, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014

Sala de lo Constitucional Sentencia. 24-X-2014, Ref. 33-2012, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 26-IX.200, Ref. 24-97., El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 31-I-2018, Ref. 5-2018, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 5-XI-2014, Ref. 113-2012, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 6-VI-2008, Ref. 31-2004, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-II-2018, Ref. 2-2016 y 6-2016, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013

Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-II-2018, Ref. 6-2016, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-VII-2014, Ref. 52-2014, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional Sentencia. 9-X-2017, Ref. 44-2015/103-2016, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala De Lo Constitucional, Auto de sobreseimiento de 13-III-2015, Ref. 152-2013, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sentencia de 22-I-2004, referencia T-025 de 2004 Colombia, Corte Constitucional Colombiana, 2004.

Sentencia de 22-X-2001, pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 23-97.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú del 20-IV-2004, Exp. N° 2945-2003-AA/TC. Perú, Tribunal Constitucional, 2004.

Sentencia *T-025 de 2004*, Colombia, Corte Constitucional Colombiana, 2004.

REVISTAS

Belarmino Jaime, José “Sala de lo Constitucional. Atribuciones y modulación de las sentencias”, *Revista Anuario 2017.II.J, Universidad Doctor José Matías Delgado*, El Salvador, (2017).

Celotto, Alfonse “La justicia constitucional en el mundo: formas y modalidades”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México (2004).

Moderne, Franck “La Jurisdicción Constitucional frente al Poder Público”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional, Investigaciones Jurídicas S.A*, San José, Tomo I, (2000).

Mora-Donatto Cecilia, “Instrumentos constitucionales para el control parlamentario. Cuestiones Constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 4, enero-junio, México, (2001).

Pegoraro, Lucio “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México (2004).

Pérez Tremps, Pablo “La justicia constitucional en la actualidad con especial referencia a América latina”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – (2003).

Sosa, Juan Manuel, El caso Marbury vs Madison -1803, *Revista Enfoque Derecho*, UniversitySa Antonio, (2015).

Tovar Peel, José Arturo “Dinámicas de los procesos constitucionales en El Salvador peculiaridades y avances”, *Revista Ley Derecho y Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador*. (2015).

DICCIONARIO

Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Ed. Heliasta S.R.L, ed. 2006, actualizado y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.España, 2006.

SITIOSWEB

Alejandro Marianello, *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, Uruguay, 2015. www.derecho.ubar.ar.

El Faro. Gobierno de jueces o activismo judicial, El Salvador, 2016. <https://elfaro.net/es/201603/opinion/18139/Gobierno-de-jueces-o-activismo-judicial.html>.

José Antonio Rivera Santiváñez, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*, Estudios Constitucionales, España, 2006. <http://www.redalyc.org>.

Juan Manuel Sosa Sacio, *Activismo Judicial de los Tribunales Constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia delirativa*, Perú, 2016. www.conpedi.org.br,

Luis López Guerra, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, en Red El Salvador, 2017. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1LLG.pdf>.