



Polémica sobre el control difuso de la constitucionalidad

Entendemos por control constitucional al conjunto de medidas de carácter político, parlamentario, jurisdiccional o social destinadas a hacer que se respete y mantenga el estado de constitucionalidad, la vigencia y aplicación de la ley fundamental del estado, como base para el orden jurídico y la estabilidad política.

...reivindico para los juristas, no solo el derecho sino el deber de juzgar al contralor de la constitucionalidad, pues de sus resoluciones no existe, recurso alguno y su responsabilidad es tan enorme, que de la fiel y exacta observancia de sus atribuciones o competencias depende la constitucionalidad de la República, lo que equivale a afirmar la vida o sobrevivencia de las instituciones.

Es muy oportuna la reflexión anterior, hecha por el Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Mauricio Alfredo Clará¹, en momentos en que una importante polémica de carácter jurídico se está dando con respecto al tema del control difuso de la constitucionalidad, previsto en nuestra ley primaria. Dicha polémica se ha iniciado por las reformas hechas a la “Ley de

¹ Clará Recinos, Mauricio Alfredo: “El control de la constitucionalidad” en *Ensayos y batallas jurídicas*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006, p. 60.

procedimientos constitucionales”- en adelante LPC-, por medio del D.L. N° 45, de 6 de julio de 2006, publicado en el D.O. N° 143, Tomo 372, de 7 de agosto de 2006, que tienen por objeto restringir dicho control que ejercen los jueces en virtud del Art. 185 Cn.

Entendemos por control constitucional al conjunto de medidas de carácter político, parlamentario, jurisdiccional o social destinadas a hacer que se respete y mantenga el estado de constitucionalidad, la vigencia y aplicación de la ley fundamental del estado, como base para el orden jurídico y la estabilidad política. Tales medidas pueden ser de carácter previo o preventivo, como el veto presidencial por razones de constitucionalidad (Arts. 137 y 138 Cn.), o pueden ser medidas de control posterior o represivo de los actos emitidos por las autoridades estatales, como las jurisdiccionales. Estas últimas pueden adoptarse según el sistema de control concentrado, por medio del cual la revisión



...en nuestro ordenamiento jurídico, todos los tribunales, colegiados o unipersonales, tienen la facultad de determinar si las normas legales que les corresponde aplicar se ajustan a la letra y el espíritu de la Constitución y de no ser así, declarar que no pueden resolver con base en las mismas el caso específico que están juzgando.

de la constitucionalidad de actos jurídicos es encomendada a un tribunal único, o según el sistema de control difuso, por medio del cual se confía el control constitucional a todos los tribunales del estado. En El Salvador se ha adoptado un sistema mixto.

La instancia de control concentrado es la Corte Suprema de Justicia, específicamente, la Sala de lo Constitucional de la misma, desde 1983. A esta última está encomendada la resolución del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos (Art. 183 Cn.), existiendo un derecho de acción popular para promoverlo y que tiene efectos *erga omnes*, es decir, generales y prácticamente derogatorios del acto declarado inconstitucional; también le corresponde la resolución de los recursos de amparo y exhibición personal, que tienen efectos sólo en los casos en que el tribunal se pronuncia. El control difuso, a partir de las reformas constitucionales de 1939, corresponde a todos los tribunales, y en el Art. 185 de la Constitución vigente aparece regulado así: “Dentro de la potestad de administrar justicia corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

Esto implica que, en nuestro ordenamiento jurídico, todos los tribunales, colegiados o unipersonales, tienen la facultad de determinar si las normas legales que les corresponde aplicar se ajustan a la letra y el espíritu de la Constitución y de no ser así, declarar que no pueden resolver con base en las mismas el caso específico que están juzgando. Al igual que en los recursos de amparo y de *habeas corpus* los efectos de la resolución del tribunal se limitan al litigio en que es pronunciada y no tiene obligatoriedad fuera del mismo.

Esta potestad va más allá de la obligación de respeto a la Constitución que el Art. 235 de la misma impone a todos los funcionarios administrativos, obligándolos a jurar cumplirla y hacerla cumplir antes de tomar posesión de sus cargos. Los funcionarios no judiciales pueden negarse a acatar una ley inconstitucional o una orden ilegal bajo determinados presupuestos, que recogen todas las leyes generales de procedimientos administrativos, que lamentablemente no existe una ley de esa naturaleza en nuestro país, y pueden ser sujetos de responsabilidad por una errónea interpretación del derecho. Esto no se da con las potestades judiciales de control difuso constitucional; cae dentro de los presupuestos de la independencia de los jueces la facultad de interpretar la ley sin sujeción a más reglas que las de la hermenéutica jurídica debidamente aplicadas.



Las reformas que han causado la reciente polémica, como se indicó, están contenidas en el D.L. N° 45, de 6 de julio de 2006, que contiene dos artículos.

El inciso segundo del Art. 10 de la “Ley de procedimientos constitucionales”, sin embargo, ha establecido una limitación a las facultades judiciales, al establecer: “Si en la sentencia se declarare que en la ley, decreto o reglamento 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”.

Nunca se ha objetado esta disposición, pues es obvio que si una autoridad superior, investido de la calidad de intérprete final y autorizado de la Constitución, ha establecido con efectos generales la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, el desacato de su decisión equivale a la violación de una ley. Varias veces se ha señalado, no obstante, que la disposición se quedó corta. La Sala de lo Constitucional es un tribunal, no una instancia legislativa, por lo tanto, sólo se pronuncia sobre lo que le es planteado en un litigio y al declarar que no existe la inconstitucionalidad alegada en una norma determinada, no está determinando inequívocamente que la norma sea en todo ajustada a la Constitución, sino que por los motivos aducidos por el impetrante el vicio constitucional no existe; la norma podría ser inconstitucional por razones distintas a las expuestas por el demandante. El inciso segundo del Art. 10 LPC debe entenderse en el sentido de que un juez no puede declarar inaplicable una ley por los mismos motivos alegados en el proceso

en el que se pronunció sentencia declarando que la inconstitucionalidad pretendida no existe, pero puede declararla inaplicable por distintas razones.

Debe hacerse notar que en el inciso tercero del Art. 77-A del decreto de reformas mencionado se comete la misma omisión, disponiendo: “El ejercicio de la anterior potestad establecida en este artículo será procedente en los casos en que no exista pronunciamiento por parte de la Sala de lo Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley, disposición o acto de que se trate”.

Las reformas que han causado la reciente polémica, como se indicó, están contenidas en el D.L. N° 45, de 6 de julio de 2006, que contiene dos artículos. El Art. 1 adiciona un Título V a la “Ley de procedimientos constitucionales”, denominado “INAPLICABILIDAD”, comprendiendo los Arts. 77-A, a 77-G. Según los considerandos del decreto, la razón de la reforma es que “no existe desarrollo legislativo para el ejercicio de la potestad conferida a los tribunales ordinarios por el artículo 185 constitucional, en consecuencia, no se han previsto mecanismos que permitan unificar criterios por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”.

El Art. 77-A establece el principio general constitucional, sobreentendido en la ley procesal, de que todo juez o tribunal debe enjuiciar previamente la constitucionalidad



La disposición contenida en el Art. 185 Cn. no necesita desarrollo en la ley secundaria. Es una norma operativa, de eficacia inmediata y puede ser aplicada directamente sin necesidad de intermediación del legislador. Ha existido sin desarrollo en la ley secundaria y se la ha aplicado sin problemas de carácter procesal. La reforma en consecuencia, sería innecesaria.

de cualquier ley o disposición de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las resoluciones que se pronuncien en el mismo y que si alguno de ellos contradijere la Constitución, la declarará inaplicable al dictar sentencia. Agrega también que podrá declarar la inaplicabilidad de los actos jurídicos subjetivos², tanto públicos como privados, que violen la norma constitucional.

El Art. 77-B establece criterios mínimos para decidir la inaplicabilidad de una disposición, que son que la misma tenga relación directa y principal con el caso que se decide y que resulte incompatible con la Constitución, luego de interpretarla conforme a la misma³. El Art. 77-C establece que la resolución que declara la inaplicabilidad de cualquier disposición deberá expresar al menos las razones que la fundamentan, la norma declarada inaplicable y la norma o principio constitucional vulnerado.

Los Arts. 77-E y 77-F establecen que al ser pronunciada sentencia interlocutoria o definitiva por la cual se declare la inaplicabilidad de una norma, el tribunal

² Acto subjetivo es un término usado principalmente en el derecho administrativo y se define como aquél que establece, modifica o suprime una situación jurídica individual, por oposición al acto regla, que crea situaciones jurídicas generales e impersonales, y al acto condición, que crean situaciones jurídicas concretas para individuos invistiéndolos de una calidad, pero no se agotan con su realización sino que permite su renovación continua, como el nombramiento en un cargo, según una conocida clasificación establecida por Leon Duguit. La clasificación se refiere exclusivamente a actos de la administración pública y no a todos los actos jurídicos, por lo que la extensión que se hace en el Art. 77-A y en otros documentos jurídicos salvadoreños a actos de los particulares, en nuestra opinión, es objetable.

deberá remitir el mismo día certificación de la misma a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo cual constituirá un requerimiento para que dicha Sala determine, en sentencia definitiva y en el término de quince días hábiles, prorrogables por diez días más si la Sala lo considera necesario, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la declaratoria emitida por el tribunal inferior. La sentencia deberá ser publicada en el Diario Oficial, en los mismo términos que las sentencias pronunciadas en procesos de inconstitucionalidad iniciados a petición de un ciudadano, y será vinculante de modo general “para los órganos del estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica”. En el caso de que la Sala se pronuncie por la constitucionalidad de la norma, al igual

³ Hay una impropiedad en la redacción de este artículo. La Constitución no contiene normas de interpretación de sus disposiciones, salvo que se considere que la contenida en el inciso segundo del Art. 246, estatuyendo que el interés público tiene primacía sobre el interés privado, sea una norma de interpretación, como sostienen algunos. La Constitución no debe ser interpretada de conformidad a las normas contenidas en el Código Civil y otras leyes de rango inferior, sino que debe serlo según principios doctrinarios fundamentados. Lamentablemente, no hay una opinión unánime sobre cuales serán estos principios de interpretación y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional no ha sido lo suficientemente explícita al respecto. Por otra parte está el Art. 268, erróneamente incluido entre las disposiciones transitorias, que señala como documentos fidedignos para su interpretación “además del acta de la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente, las grabaciones magnetofónicas y de audiovideo que contienen las incidencias y participación de los Diputados Constituyentes en la discusión y aprobación de ella, así como los documentos que se elaboraron en la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución”; más que una norma de interpretación, ésta establece la obligatoriedad del recurso a determinadas fuentes para la interpretación constitucional y nos resulta un fuerte indicio de que los legisladores constituyentes favorecieron el método de interpretación histórico, que raras veces es usado en nuestra jurisprudencia, prefiriéndose otros métodos.



En cuanto a la unificación de criterios jurisprudenciales a que aluden los considerandos, es cierto que es deseable tal unificación, pero los métodos para llegar a la misma deben ser congruentes con nuestro sistema legal. No está de más recordar que nuestro sistema no es jurisprudencial, como el de los países anglosajones, sino romanista y basado en un derecho legislado, por lo que las sentencias de un juez no son obligatorias para los demás.

que en el caso de la sentencia pronunciada en procesos de inconstitucionalidad ningún juez ni funcionario puede negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los Arts. 185 y 235 Cn.

El Art. 77-G establece que el incumplimiento de la sentencia de la Sala de lo Constitucional por parte del Juez constituirá delito de desobediencia, y será penado de conformidad con el Art. 322 del Código Penal. Si el juez no acata el contenido de la sentencia, la Sala deberá adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento y mandará procesar al juez, que desde ese momento quedará suspendido en sus funciones, añadiendo “aplicándosele en su caso lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución”⁴.

El texto de las reformas fue tomado del proyecto de “Ley de procedimientos constitucionales” que ha estado en discusión en la Asamblea Legislativa desde el año 2003. Se trata de un proyecto controvertido que, aunque se originó en la Corte Suprema de Justicia, no fue remitido al parlamento con la iniciativa del cuerpo colegiado en vista de no haber acuerdo entre los Magistrados sobre su contenido, por lo que esa prerrogativa constitucional fue ejercida por algunos diputados. El proyecto fue comentado en uno de nuestros anteriores boletines⁵, en los términos que referiremos adelante.

⁴ El Art. 237 se refiere a los efectos del antejuicio y no tiene nada que ver con lo dispuesto en el Decreto N° 45, por lo que no debería haber sido citado.

Al examinar la reforma es importante considerar los motivos que la fundamentan expresados en los considerandos del Decreto Legislativo N° 45. La única razón para justificar el mismo es: “Que en la actualidad no existe desarrollo legislativo para el ejercicio de la potestad conferida a los tribunales ordinarios por el artículo 185 constitucional, en consecuencia no se han previsto mecanismos que permitan unificar criterios por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”.

La disposición contenida en el Art. 185 Cn. no necesita desarrollo en la ley secundaria. Es una norma operativa, de eficacia inmediata y puede ser aplicada directamente sin necesidad de intermediación del legislador. Ha existido sin desarrollo en la ley secundaria y se la ha aplicado sin problemas de carácter procesal. La reforma en consecuencia, sería innecesaria.

Al respecto nada mejor que conocer la opinión de un Magistrado de la Sala de lo Constitucional. Al analizar la regulación que pretendía dársele a la declaratoria de inaplicabilidad en el proyecto de “Ley de procedimientos constitucionales” antes mencionado, el Dr. Mauricio Alfredo Clará sugiere omitir toda referencia a la misma

⁵ *Comentarios al anteproyecto de “Ley procesal constitucional”*, en Boletín de Estudios Legales N° 42, junio 2004.

Existen varias versiones del proceso, en alguna de ellas, distinta a la que la Asamblea Legislativa remitió al Departamento de Estudios Legales de FUSADES y se comentó en el Boletín, no aparecen las disposiciones que ordenan la remisión a la Corte, para el examen de la declaratoria de inaplicabilidad.



La unificación de la jurisprudencia puede darse en nuestro país a través de los recursos de apelación y casación, y debemos recordar que en el aspecto constitucional, esto está previsto en la ley secundaria.

con las siguientes razones: “es el hecho indiscutible que en más de medio siglo de vigencia del artículo que faculta a los jueces el control difuso de la Constitución, éste se ha ejercitado sin necesidad de una regulación como la que se propone”⁶.

En cuanto a la unificación de criterios jurisprudenciales a que aluden los considerandos, es cierto que es deseable tal unificación, pero los métodos para llegar a la misma deben ser congruentes con nuestro sistema legal. No está de más recordar que nuestro sistema no es jurisprudencial, como el de los países anglosajones, sino romanista y basado en un derecho legislado, por lo que las sentencias de un juez no son obligatorias para los demás. Pese a los “modernos” criterios de interpretación del derecho que, exageran el papel del juez como “creador” del derecho, en nuestro sistema es, y deber ser, fundamentalmente un aplicador del creado por el Órgano Legislativo. Con excepción de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional en procesos de inconstitucionalidad, ninguna decisión judicial, ni aún las pronunciadas por la misma Sala en otro tipo de procesos o las pronunciadas por otras Salas de la Corte en recursos de casación o contencioso-administrativo, tienen o pueden pretender tener efectos más allá del litigio en que han sido pronunciadas. Hay una reciente tendencia en el país a dar efectos generales

⁶ Memorando dirigido por el Dr. Mauricio Alfredo Clará a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, 7 de junio de 2004.

a toda sentencia emanada del máximo tribunal, especialmente de la Sala de lo Constitucional, pero esto no debe verse como un progreso, sino como una amenaza a la normativa constitucional vigente y atentatorio al sistema de separación de poderes establecido en la misma. La unificación de la jurisprudencia puede darse en nuestro país a través de los recursos de apelación y casación, y debemos recordar que en el aspecto constitucional, esto está previsto en la ley secundaria. El Art. 3 de la “Ley de casación” señala como fundamento del recurso de casación por infracción de ley, la interpretación errónea de leyes (lo que incluye a la Constitución) y la aplicación de una ley inconstitucional en la sentencia. Disposiciones similares aparecen en el Art. 588 del Código de Trabajo y en el Art. 421 del Código Procesal Penal.

Otra disposición que pone de manifiesto que las reformas son innecesarias es el Art. 77-C. No hay objeciones a que se exija a los jueces que razonen adecuadamente las resoluciones en las que se declara la inaplicabilidad de las leyes, pero esto está contemplado ya en la ley general. El razonamiento y fundamentación de las resoluciones judiciales es un elemento de la garantía del debido proceso legal, contemplada en varias disposiciones del Título Primero de la Constitución, especialmente en el Art. 14. Este es un aspecto que debe ser tomado en consideración en las evaluaciones que hacen el Consejo Nacional de la Judicatura



El punto más importante en toda esta discusión es que el decreto de reformas puede ser tachado de inconstitucionalidad, ya que prácticamente está suprimiendo la facultad de declarar la inaplicabilidad de las leyes por los jueces establecida en la Constitución sin limitación alguna.

y la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia. En algunos procesos de amparo, la Corte ha manifestado que al no motivarse las resoluciones judiciales se vulneran las reglas del debido proceso.

Un aspecto que resulta polémico es el contenido en el inciso segundo del Art. 77-A, que expresa: “También podrá declarar la inaplicabilidad de los actos jurídicos subjetivos, tanto públicos como privados, que violen la normativa constitucional”.

No existe polémica acerca de la extensión de la protección constitucional a los actos que no tienen carácter general, pero sí la hay cuando se trata de otro tipo de actos, especialmente de particulares. El Art. 185 de la Constitución establece la facultad de declarar la inaplicabilidad de toda “ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales” y no extiende esta facultad a actos de los particulares, por razones lógicas. Tales actos, como violatorios de la ley, son nulos y tal nulidad debe ser alegada por la parte interesada o aún declarada de oficio por el juez, en su caso.

Con respecto a la inclusión de actos jurídicos subjetivos públicos y privados, el Dr. Mauricio Alfredo Clará señala que esto es inconstitucional porque dichos actos no quedan comprendidos en la hipótesis normativa del Art. 185 Cn. y agrega que éste es un “asunto que, además de estar fuera del ámbito constitucional, ya ha sido regulado en el Código Civil al establecer

el Art. 1333 que ‘Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño’. Lo anterior guarda relación con los Arts. 1552 y 1553, ambos del mismo Código, que sancionan con nulidad absoluta cualquier contravención al derecho público salvadoreño por medio de actos jurídicos subjetivos, que son aquéllos que crean, modifican o extinguen relaciones o situaciones jurídicas particulares, como los contratos. En consecuencia, no existe razón alguna para introducir esa cuestión en este proyecto”⁷. Por lo antes señalado, el Magistrado de la Sala de lo Constitucional recomendaba suprimir toda regulación sobre el control difuso de la Constitución contenida en el proyecto de “Ley de procedimientos constitucionales”.

Una fuerte defensa de la posición contraria ha surgido de parte de algunos jueces con motivo de actos procesales, cuya nulidad no puede ser declarada si no es alegada expresamente por la parte, que muchas veces se encuentra imposibilitado de hacerlo. Ejemplos claros de esto se han visto en algunas resoluciones de Cámaras de Segunda Instancia que ordenan privar de sus derechos a terceros que no forman parte del proceso en que se ha apelado y han motivado a los jueces de primera instancia a alegar el Art. 185 Cn. para no cometer una arbitrariedad. En nuestra opinión, aquí no hay una infracción del orden constitucional ni del deber de acatamiento de las sentencias del tribunal superior en grado; la figura cabe dentro de

⁷ Dr. Mauricio Alfredo Clará: Memorando antes citado.



los “actos de otros Órganos” a que se refiere el Art. 185 Cn.

El punto más importante en toda esta discusión es que el decreto de reformas puede ser tachado de inconstitucionalidad, ya que prácticamente está suprimiendo la facultad de declarar la inaplicabilidad de las leyes por los jueces establecida en la Constitución sin limitación alguna.

En el Boletín de Estudios Legales de FUSADES en que comentamos el proyecto de “Ley de procedimientos constitucionales” conteniendo las disposiciones que han sido calçadas en el decreto de reformas, manifestamos: “El inicio del proceso de inconstitucionalidad por la declaratoria de inaplicabilidad de la ley hecha por un funcionario judicial (Art. 104 inc. 2º) ha sido otra de las innovaciones fuertemente objetadas en el foro legislativo. En el proyecto se establece que cuando un juez o tribunal declara inaplicable una ley, al quedar firme la sentencia, deberá certificarla a la Sala de lo Constitucional y que la remisión de la certificación equivaldrá a un requerimiento para que se dé inicio a un proceso de inconstitucionalidad. Esto puede verse como un intento meritorio de lograr la unificación de la jurisprudencia, pero también obedece a un sistema legal ajeno al nuestro.- Se señala, por un lado que un número excesivo de requerimientos llenaría la Sala de lo Constitucional de gran cantidad de casos que dilatarían su funcionamiento. Es más importante tener en cuenta que no

corresponde al sistema constitucional del país, sino a un sistema en que el tribunal constitucional ejerce un control más amplio. Al emitir una resolución, la Sala de lo Constitucional actúa como tribunal, es decir, en un proceso contencioso; no puede actuar de oficio, aún cuando sus miembros estimen que una ley vigente no se ajusta al texto constitucional; esto es precisamente para preservar su carácter de contralor de carácter jurisdiccional. Al conferírsele la facultad de pronunciarse sobre las inaplicabilidades declaradas por otros, en sentencias firmes, se le está confiriendo una facultad administrativa de revisión de las decisiones de otros tribunales, en un contexto que va más allá de lo estipulado por la Constitución. Es nuevamente la visión del tribunal constitucional como un órgano por encima de los demás del estado. El inciso segundo del Art. 104 debe suprimirse”. En otras palabras, señalamos que la disposición que contenía la obligación de remisión a la Sala de lo Constitucional de toda sentencia interlocutoria o definitiva es inconstitucional y lo mismo podemos decir de los Art. 77-D y 77-E contenidos en el decreto de reformas, pues los argumentos son igualmente valederos para éstos.

De conformidad al Art. 183 Cn., el proceso de inconstitucionalidad que conduce a una sentencia con efectos *erga omnes* puede ser iniciado a petición de cualquier ciudadano, lo que no quiere decir que no puedan imponerse obligaciones al respecto a algunos

La reforma convierte la declaratoria de inaplicabilidad en una consulta obligatoria de la decisión del juez, por tanto, desaparece la capacidad de decidir si la norma es inconstitucional o no.

La reforma, por otra parte, no establece los efectos del inicio y tramitación de tal incidente. No hay una disposición que establezca que la remisión de la certificación a la Sala de lo Constitucional tenga efectos suspensivos, que suspenderá el curso del proceso, y recordemos que sería necesaria una norma expresa para esto.

El Decreto N° 45 tampoco establece que la decisión de la Sala de lo Constitucional modifica de modo alguno la decisión judicial que la motivó ni altera el proceso; no establece obligación de revocación ni nulidad de lo actuado con posterioridad a la misma y si lo hiciera, generaría otros problemas de carácter constitucional.

funcionarios públicos para que en su calidad de ciudadanos salvadoreños interpongan el recurso; tanto el Fiscal General de la República como el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos tienen, de conformidad a las leyes orgánicas de las instituciones que encabezan, la obligación de examinar la legislación salvadoreña a fin de determinar si existen disposiciones inconstitucionales en la misma y pedir la declaratoria de tal a la Sala de lo Constitucional e igualmente podría señalarse un deber similar a los jueces. Lo que hace la diferencia en el caso de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 45 es que se trata del inicio forzoso de un proceso de inconstitucionalidad, y no puede considerarse de otra manera si se espera que tenga efectos generales; no puede tratarse de otro tipo de recurso o proceso. Se obliga a funcionarios públicos a hacerlo, en calidad de tales, y no como ciudadanos. A esto hay que añadir que a la Sala de lo Constitucional, además, se le da la potestad de intervenir en un proceso cuyo fondo y contenido no conoce a cabalidad, puesto que sólo tiene conocimiento de la resolución razonada en la que se declara la inaplicabilidad.

La reforma convierte la declaratoria de inaplicabilidad en una consulta obligatoria de la decisión del juez, por tanto, desaparece la capacidad de decidir si la norma es inconstitucional o no. Desaparece la posibilidad de que el juez decida, según

su criterio y lo establecido en la Constitución, sobre la conformidad de una norma jurídica al texto constitucional y esto se sustituye por la decisión de la Sala de lo Constitucional, desapareciendo así, el control difuso de la constitucionalidad.

Por lo menos, esa es la intención que motiva la reforma. No cabe duda de que la antes dicha es la intención del legislador, pero genera varios problemas de carácter práctico.

Debe notarse que, de conformidad a la reforma, el tribunal que pronuncia la declaratoria de inaplicabilidad no debe remitir el proceso a la Sala de lo Constitucional, sino sólo una certificación de la resolución razonada que ha pronunciado. Esto significa que no se crea un incidente dentro del proceso, sino fuera de él. La revisión de la resolución judicial se hace en forma independiente al proceso en que se pronunció.

La reforma, por otra parte, no establece los efectos del inicio y tramitación de tal incidente. No hay una disposición que establezca que la remisión de la certificación a la Sala de lo Constitucional tenga efectos suspensivos, que suspenderá el curso del proceso, y recordemos que sería necesaria una norma expresa para esto. En realidad, no tiene efectos ni suspensivos ni devolutivos, pues crea un incidente ajeno al proceso en que se pronunció la declaratoria de inconstitucional. El Decreto N° 45 ni siquiera establece que la resolución

Lo que está en la mente de muchos, es una aparente anarquía en el uso de la potestad constitucional por los jueces. En algunos casos, no cabe duda que ha habido un abuso de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes por jueces, pero igualmente hemos visto un uso responsable de la misma.

No puede negarse, lo repetimos, que se han cometido abusos en la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por algunos jueces. Se ha convertido en un instrumento de poder. Creemos que debe analizarse qué medidas concretas deben llevarse a cabo para evitar tales abusos.

de la Sala se comunicará al juez remitente, y aunque es lógico que así se haga, si se omite no acarrea ni efecto ni responsabilidad alguna, al final, se publicará en el Diario Oficial, para conocimiento de todos, incluyendo el tribunal que pronunció la declaratoria.

El Decreto N° 45 tampoco establece que la decisión de la Sala de lo Constitucional modifica de modo alguno la decisión judicial que la motivó ni altera el proceso; no establece obligación de revocación ni nulidad de lo actuado con posterioridad a la misma y si lo hiciera, generaría otros problemas de carácter constitucional. El proceso debe continuar mientras se tramita el incidente constitucional en la Sala, que deberá sustanciarlo en un período máximo de veinticinco días; el plazo está establecido en una norma imperfecta, que no tiene sanción o consecuencia alguna por su incumplimiento, y aunque la Sala hasta ahora ha cumplido siempre con el plazo de quince días establecido en el Art. 138 Cn. para la sustanciación del incidente promovido por el conflicto entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo con motivo de un veto por razones de constitucionalidad, raras veces ha cumplido los plazos establecidos en la misma “Ley de procedimientos constitucionales” para los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal, y tampoco hay garantía que lo haga en el incidente que tratamos. Aún cuando cumpliera ese plazo, no están claramente establecidos los efectos de la resolución dentro del proceso que la originó ni con respecto a lo actuado

en el mismo. Si la declaratoria de inaplicabilidad por inconstitucional es pronunciada en una sentencia definitiva, el juez debe continuar con el proceso notificándola a las partes y si éstas se conforman con ella y queda ejecutoriada, la resolución posterior de la Sala, contraria al criterio que motivó la sentencia, no puede afectarla en nada; esto sería darle efectos retroactivos a una norma de carácter general, en violación al Art. 21 Cn. Si la declaratoria se hace en una sentencia interlocutoria, puede afectar lo sucesivo del proceso, lo no sustanciado, pero por la misma razón expresada no puede afectar la resolución pasada ni las que sean consecuencia de ella. Esto se ve reforzado por el hecho de que el tribunal que pronuncia la declaratoria de inaplicabilidad no debe remitir el proceso al tribunal constitucional, sino sólo certificación de la misma. Recordemos que aún está vigente el decreto legislativo de 24 de julio de 1840, que declara nulas las resoluciones legislativas contrarias a las sentencias pronunciadas por los tribunales de justicia⁸; desde los primeros tiempos de nuestra vida independiente se reconoció que legislar declarando nulas las sentencias previas de los tribunales de justicia genera inseguridad jurídica.

La amenaza penal que se establece en el Art. 77-G es la gran innovación del decreto de reformas, pues no se encontraba en los proyectos de “Ley de procedimientos

⁸ Menéndez, Isidro: *Recopilación de las leyes del Salvador, en Centro América*, Libro Primero, Título 2, Ley 13, Guatemala, 1856.

La independencia judicial no significa que un juez tenga la libertad de ejecutar una decisión sin tomar en cuenta la ley o los hechos, pero todavía no hemos visto un juez procesado por prevaricato o desobediencia a un mandato judicial. Lo ideal sería que nunca lo viéramos, pero las actuaciones de algunos pocos jueces hacen justificadas las críticas al Órgano Judicial.

Si se intenta limitar el control difuso de constitucionalidad, debe reformarse la Constitución. Lo que parece que sucede, es que se intenta tener buenos jueces por decreto legislativo y no tomando las medidas necesarias para ello.

constitucionales” de los que fue tomado aquél, y además, no tiene precedente en otras leyes procesales. ¿Cuál es el objeto de recordar a un juez que comete delito al resolver de determinada manera, recordándole además la norma penal aplicable y la norma constitucional que establece los efectos del antejuicio?⁹ Para eso están la Constitución, el Código Penal y la “Ley orgánica judicial”. La disposición plantea nuevos problemas de carácter constitucional, puesto que sanciona el uso de una potestad que la Constitución misma confiere a los jueces. Además, no hay proporcionalidad en relación a otros actos punibles; si un juez declara inaplicable una norma en incumplimiento de la sentencia pronunciada en un proceso de inconstitucionalidad iniciado por acción popular, sus actos pueden ser objeto de revisión por la vía de la apelación o de la casación, pero su acción no tiene efectos penales.

Lo que está en la mente de muchos, es una aparente anarquía en el uso de la potestad constitucional por los jueces. En algunos casos, no cabe duda que ha habido un abuso de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes por jueces, pero igualmente hemos visto un uso

⁹ La deficiente redacción del texto da la impresión que el juez quedaría suspendido en su cargo y sujeto a prosecución penal por el simple hecho de no acatar la resolución de la Sala de lo Constitucional. En realidad, el Fiscal General de la República debería oficiar a la Corte Plena el requerimiento de antejuicio, indudablemente ante denuncia de parte interesada, por desobediencia a mandato judicial que establece el Art. 322 Pn., y hasta que el máximo tribunal determine que existe lugar a la formación de causa podrían tener lugar los efectos que señala el Art. 237 Cn.

responsable de la misma. Declaratorias de inaplicabilidad pronunciadas por jueces de lo mercantil, negándose a conceder a instituciones financieras privilegios procesales de que no gozan los demás participantes en el juicio ejecutivo, que indignaron a muchos abogados litigantes, han sido confirmadas en sentencia de inconstitucionalidad dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹⁰. Por otra parte, está la acertada resolución de la Cámara Primera de lo Penal de San Salvador, negándose a reconocer como titular de la Fiscalía General de la República a un Fiscal Adjunto¹¹, en violación a lo que dispone la Constitución, por el retraso de la Asamblea Legislativa en el cumplimiento de su obligación de elegir al titular de la oficina, y que eventualmente desembocó en que miembros de la Sala de lo Constitucional afirmaran la legitimidad del funcionario cuestionado y que hicieran incluir en la nueva ley orgánica de la Fiscalía General de la República la disposición inconstitucional que establece que, en caso de no haber sido electo el nuevo titular de la oficina lo sustituirá en forma el funcionario suplente que debería haber concluido su período con él¹².

¹⁰ Sentencia pronunciada en los procesos acumulados 8-2003, 49-2003, 2-2004 y 5-2004. Véase: “Recientes sentencias en materia constitucional” en *Boletín de Estudios Legales*, N° 49, FUSADES, Enero 2005.

¹¹ Véase: Centro de Estudios Jurídicos: *La Cámara se pronuncia sobre el Fiscal Adjunto*. en La Prensa Gráfica, 20 de febrero de 2006.

¹² Art. 30 letra A, “Ley orgánica de la Fiscalía General de la República”, D.L. N° 1037, 27 de abril de 2006; D.O. N° 95, Tomo 371, del 25 de mayo de 2006.

Lo que El Salvador necesita es la aplicación de la ley vigente, y esto es algo en que involucra la institucionalidad del país, la fe en un estado de derecho, el deseo y la creencia en que el hecho de vivir bajo la ley y no bajo la arbitrariedad es lo único que va a crear la seguridad jurídica en el país.

No puede negarse, lo repetimos, que se han cometido abusos en la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por algunos jueces. Se ha convertido en un instrumento de poder. Creemos que debe analizarse qué medidas concretas deben llevarse a cabo para evitar tales abusos. En muchas ocasiones se ha visto a las asociaciones de jueces pronunciándose públicamente, de manera general y a través de los medios de prensa, sobre la inconstitucionalidad de leyes (Ley de protección de testigos y la llamada “Ley antimaras”), cuando la facultad que les otorga la Constitución se refiere a casos concretos. Esto es algo inconcebible en cualquier código de ética judicial, que no existe en nuestro país.

La independencia judicial no significa que un juez tenga la libertad de ejecutar una decisión sin tomar en cuenta la ley o los hechos, pero todavía no hemos visto un

juez procesado por prevaricato o desobediencia a un mandato judicial. Lo ideal sería que nunca lo viéramos, pero las actuaciones de algunos pocos jueces hacen justificadas las críticas al Órgano Judicial.

Si se intenta limitar el control difuso de constitucionalidad, debe reformarse la Constitución. Lo que parece que sucede, es que se intenta tener buenos jueces por decreto legislativo y no tomando las medidas necesarias para ello. En otras ocasiones hemos dicho que el problema resultante de la administración de justicia en el país no es de leyes, sino un problema de personas. Lo que El Salvador necesita es la aplicación de la ley vigente, y esto es algo en que involucra la institucionalidad del país, la fe en un estado de derecho, el deseo y la creencia en que el hecho de vivir bajo la ley y no bajo la arbitrariedad es lo único que va a crear la seguridad jurídica en el país.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366, Fax: (503) 2248-5609

Consultas al correo electrónico:
e.legal@fusades.com.sv
www.fusades.com.sv

