

COLECCIÓN CIENCIAS JURÍDICAS
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD



EDITORIAL
CUSCATLECA

LUIZ GUILHERME MARINONI
Profesor titular de derecho procesal civil
Universidad Federal de Paraná, Brasil

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD



EDITORIAL
CUSCATLECA

San Salvador, El Salvador

Directores editoriales:
Henry Alexander Mejía y Héctor Tulio Baires

Consejo científico editorial
Luis Moisset de Espanés (Argentina)

Luiz Guilherme Marinoni (Brasil)

Sergio Cruz Arenhart (Brasil)

Daniel Mitidiero (Brasil)

Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (España)

Jorge Fernández Ruiz (México)

Karlos Navarro Medal (Nicaragua)

El presente libro es la traducción parcial de la obra brasileña titulada “Direito Constitucional”. 1ª edición, publicada por la editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, 1ª edición.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Traductor: HÉCTOR TULIO BAIRE

Compilación de precedentes: LEO BLADIMIR BENAVIDES SALAMANCA

Objetivos de la colección:

La colección ciencias jurídicas de editorial cuscatleca publicará obras científicas que tengan relevancia para desarrollar y fortalecer el sistema jurídico salvadoreño a través de la divulgación de doctrina nacional y extranjera.

Aviso para el amable lector

Estimado lector o lectora: el libro que tienes en tus manos es un esfuerzo del autor y de la editorial por llevar cultura e instrucción a un *precio razonable*. En consecuencia, más que apelar a los derechos de autor, apelamos a tu *solidaridad* y *capacidad de pago*, para evitar que de este libro se saquen fotocopias ilegales.

OBRAS DEL AUTOR

A: EN PORTUGUÊS:

1. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
2. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Editorial Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1995.
3. *Novas linhas do processo civil*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
4. *Antecipação da tutela*, 12ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
5. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
6. *Tutela inibitória*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
7. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*, Juruá, Curitiba, 1999.
8. *Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 5, tomo I*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
9. *Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 5, tomo II*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
10. *Tutela específica*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
11. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
12. *Teoria geral do processo*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
13. *Processo de conhecimento*, 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
14. *Execução*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
15. *Processo cautelar*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
16. *Procedimentos especiais*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
17. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
18. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
19. *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
20. *Cosa julgada inconstitucional*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
21. *Prova*, São Paulo, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
22. *Soluções práticas de direito - direito processual civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
23. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
24. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
25. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
26. *O STJ enquanto Corte de precedentes*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
27. *A ética dos precedentes*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

B: EN ESPAÑOL:

1. *Tutela anticipada*, Ara Editores, Lima, 2006.
2. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Ed. Palestra, Lima, 2007.
3. *Tutela Específica de los Derechos*, Ed. Palestra, Lima, 2007.
4. *Abuso de defensa y parte incontrovertida de la demanda*, Ara Editores, Lima, 2007.
5. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*, Lima, Communitas, 2008.
6. *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Communitas, Lima, 2010.
7. *Fundamentos del Proceso Civil*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2011.
8. *Precedentes obligatorios*, Palestra, Lima, 2013.
9. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, Cuscatleca, 2013.
10. *Derecho procesal constitucional brasileiro*, Porrúa, 2013.
11. *Control de constitucionalidad*, Cuscatleca, 2014.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I.....	21
EL SURGIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD ...	21
1.1. El surgimiento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos.....	21
1.1.1. Primeras consideraciones	21
1.1.2. La superioridad del common law sobre los actos del Parlamento inglés.....	22
1.1.3. La revolución gloriosa, de 1688, y el surgimiento	23
del principio de la supremacy of the english Parliament.....	23
1.1.4. Del control de los actos de la Colonia a partir del derecho inglés al judicial review estadounidense. ¿Mera inversión del principio de la supremacía del Parlamento por el principio de la supremacía del Órgano Judicial?	25
1.1.5. Los significados de “supremacía del Parlamento” en las Revoluciones inglesa y francesa.....	27
1.1.6. El judicial review frente al principio de separación de poderes	30
1.1.7. La matriz iusnaturalista de la Constitución y los Poderes Constituyentes y Constituidos	36
1.1.8. El Caso Marbury v. Madison. La doctrina Marshall	37
1.1.9. Consideración histórica-crítica acerca del surgimiento del sistema americano de control difuso de la constitucionalidad	40
1.2. La evolución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en Europa	43
1.2.1. Primeras consideraciones	43
1.2.2. El sistema austríaco de control de constitucionalidad	44
1.2.3. La supervivencia del control concentrado y la expansión del modo incidental. Los Tribunales Constitucionales italianos y alemán	47
1.2.4. Comprensión del sistema en que el juez, por no poder decidir la cuestión constitucional, la remite para el análisis de la Corte Constitucional	49
CAPÍTULO II.....	53
FORMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	53
2.1. De las formas de control de constitucionalidad	53
2.1.1. Control judicial y control no judicial.....	53
2.1.2. Objeto del control judicial.....	59
2.1.3. Control preventivo y control represivo	59
2.1.4. Control concreto y control abstracto	60

2.1.5. Control incidental y control principal.....	62
2.1.6. Control difuso y control concentrado	64
2.2. Las diversas fases de la inconstitucionalidad	66
2.2.1. Inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material	66
2.2.2. Inconstitucionalidad por acción e inconstitucionalidad por omisión	68
2.2.2.1. Primeras consideraciones	68
2.2.2.2. Inconstitucionalidad por acción.....	69
2.2.2.3. Inconstitucionalidad por omisión.....	69
2.2.2.3.1. Omisión total y omisión parcial	70
2.2.2.3.2. Norma constitucional impositiva de deber de legislar y derecho fundamental carente de tutela normativa.....	71
CAPÍTULO III	77
CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.....	77
3.1. La cuestión constitucional en el proceso común.....	77
3.2. La decisión en el control incidental.....	78
3.3. La naturaleza prejudicial de la cuestión de constitucionalidad	79
3.4. Legitimados para argüir la cuestión de constitucionalidad en el proceso incidental.....	79
3.5. El control de constitucionalidad de oficio	82
3.6. Inexistencia de preclusión	84
3.7. Amparo contra sentencia	85
3.7.1. Repercusión general.....	87
3.7.2. La necesidad que los precedentes de la Corte Constitucional obligue a los jueces inferiores en el sistema en que todo y cualquier juez tenga el poder para controlar la constitucionalidad.....	93
3.7.3. Los precedentes obligatorios y la importancia de la fundamentación de las decisiones	96
3.7.4. Ratio decidendi y obiter dictum.....	98
3.7.5. La individualización de los motivos determinantes o ratio decidendi	101
3.7.6. Atributos de la eficacia vinculante de los motivos determinantes	102
3.7.7. La eficacia temporal de la revocación de los precedentes formados en el control incidental.....	105
3.7.7.1. La cuestión en los Estados Unidos	105
3.7.7.2. Diferentes razones para tutelar la seguridad jurídica: decisión de inconstitucionalidad y revocación del precedente constitucional	110
3.7.7.3. Efectos inter partes y vinculantes de la decisión de inconstitucionalidad (en el control incidental) y de la decisión que revoca el precedente constitucional.....	115

3.7.7.4. Eficacia prospectiva de decisión revocadora de precedente constitucional y de decisión emitida en control incidental.....	116
3.8. El problema del control incidental de la inconstitucionalidad por omisión	121
3.8.1. Primeras consideraciones	121
3.8.2. El poder de control difuso abarca el poder de controlar la omisión inconstitucional	122
3.8.3. Situaciones en que la falta de ley es frecuentemente suplida en la práctica forense.....	123
3.8.4. La eficacia de los derechos fundamentales sobre los particulares y el control incidental de la omisión inconstitucional.....	124
3.8.5. Los límites del juez en la suplencia de la falta de ley necesaria para la tutela del derecho fundamental. El control de la inconstitucionalidad por omisión como control de la insuficiencia de tutela.....	128
3.8.6. Control de constitucionalidad por omisión a la tutela de derecho fundamental de naturaleza procesal	130
3.8.7. Legitimidad del razonamiento decisorio en la suplencia de técnica procesal	135
CAPÍTULO IV	137
EFFECTOS DE LA DECISIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	137
4.1. Eficacia erga omnes	137
4.1.1. Eficacia erga omnes y cosa juzgada material.....	137
4.1.2. Decisión de constitucionalidad y posibilidad de posterior u otra acción directa de inconstitucionalidad.....	139
4.1.3. Decisión de constitucionalidad con efectos erga omnes e impacto de las nuevas circunstancias sobre el control difuso.....	144
4.1.4. Efectos temporales de revocación de la decisión de constitucionalidad	146
4.2. Eficacia vinculante	147
4.2.1. Primeras consideraciones	147
4.2.2. Extensión objetiva.....	152
4.2.3. Extensión subjetiva.....	156
4.2.4. Modulación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad.....	159
4.3. Efectos de la decisión de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada.....	174
4.3.1. Ley inconstitucional y decisión basada en ley inconstitucional: efectos de la ley y efectos de la decisión inconstitucional	174
4.3.2. Incompatibilidad de la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad con el sistema difuso	182
4.3.3. Cosa juzgada y seguridad jurídica.....	187
CAPÍTULO V	191
TÉCNICAS DE DECISIÓN.....	191

5.1. Inconstitucionalidad, nulidad, decisión declaratoria y producción de efectos.....	191
5.2. Declaración de inconstitucionalidad total y declaración de inconstitucionalidad parcial.....	194
5.3. Inconstitucionalidad por conexidad	195
5.4. Pronunciamiento de inconstitucionalidad sin declaración de nulidad	196
5.5. Omisión parcial, pronunciamiento de inconstitucionalidad y aislamiento de determinados efectos.....	198
5.6. Inconstitucionalidad sobrevenida	199
5.7. Interpretación conforme a la Constitución	202
5.8. Declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto	203
CAPÍTULO VI	207
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	207
6.1. Introducción. Jerarquía normativa de los tratados internacionales de los derechos humanos.....	207
6.2. Significado de la supralegalidad los tratados internacionales	209
6.3. Modo de control de la convencionalidad	209
6.4. Control de supraconstitucionalidad	210
6.5. El control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	212
6.6. Objeto y parámetro del control de convencionalidad en la Corte Interamericana ..	218
6.7. Los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ..	219
BIBLIOHEMEROGRAFÍA	223
APÉNDICE	243
PRECEDENTES CONSTITUCIONALES SALVADOREÑOS.....	243
1. Sobre el concepto de Constitución y el fundamento de su supremacía:	243
2. En cuanto a la conexión que existe entre la Jurisdicción Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho:	244
3. Sobre las características que tipifican a la Sala de lo Constitucional como un auténtico Tribunal Constitucional, con autonomía jurisdiccional propia en el seno de la Corte Suprema de Justicia:.....	245
4. Sobre el control de constitucionalidad se ha establecido lo siguiente:	247
5. Sobre los tipos de control de constitucionalidad, se ha sostenido lo siguiente:	249
6. Respecto al control concentrado de constitucionalidad:	249
7. En cuanto al control difuso de constitucionalidad, la Sala de lo Constitucional ha establecido lo siguiente:	249
8. La Sala de lo Constitucional también ha sostenido la posibilidad de ejercer el control difuso sobre actos subjetivos públicos:	251

9. En relación a los elementos que integran la técnica del control difuso, y que han sido regulados en la reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales:	252
10. Sobre los diversos medios de control que comprende la competencia de la Sala de lo Constitucional –control abstracto y control concreto– se ha dicho:	254
11. La Sala de lo Constitucional estableció la posibilidad de efectuar un control previo de constitucionalidad –preventivo– de un acuerdo de reforma constitucional: ..	254
12. Asimismo, ha sostenido la posibilidad de controlar un determinado objeto antes de su entrada en vigencia, es decir, durante su <i>vacatio legis</i> :.....	258
13. Respecto a la legitimación para promover el proceso de inconstitucionalidad:.....	259
14. En cuanto al objeto de control en los procesos de inconstitucionalidad, según el art. 183 de la Constitución:	259
15. La Sala de lo Constitucional también ha admitido la posibilidad de controlar actos concretos:	259
16. Teniendo en cuenta que la lista de objetos controlables establecida en el art. 183 de la Constitución no es taxativa, la Sala de lo Constitucional ha ejercido el control de constitucionalidad sobre otros tipos de objetos, por ejemplo:	260
18. Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, la Sala de lo Constitucional ha dicho:	264
19. En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión y su relación con los derechos fundamentales:.....	266
20. En cuanto a la prohibición de protección deficiente, en relación con las omisiones relativas o parciales:	267
21. Sobre el fraude a la Constitución, la Sala de lo Constitucional ha establecido:	267
22. Respecto a la libertad de configuración del legislador – <i>Gestaltungsfreiheit</i> – se afirmó:	269
23. En cuanto a los márgenes estructurales de acción del legislador se dijo:	270
24. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, la Sala de lo Constitucional se sostuvo:.....	271
25. La Sala de lo Constitucional ha reconocido el amparo contra ley:.....	272
26. Respecto al amparo contra ley autoaplicativa, se dijo:	272
27. En cuanto al amparo contra ley heteroaplicativa, se estableció:.....	273
28. En relación a la modalidad del amparo contra particulares:.....	273
29. En cuanto al agravio como elemento esencial para la configuración de la pretensión de amparo, y con especial énfasis en el agravio de tipo actual, se dijo:.....	274
30. Sobre el agotamiento de la vía previa para la interposición de la demanda de amparo:	276
31. Respecto a la existencia de mecanismos judiciales o administrativos de protección frente a las decisiones de las autoridades demandadas:	277
32. Respecto a la exigencia de la alegación de la vulneración constitucional en sede ordinaria en relación con el presupuesto procesal de agotamiento de los recursos:	278

33. En cuanto a la utilización del recurso de casación para entender que se han agotado los recursos, como presupuesto procesal para la procedencia de la pretensión de amparo:.....	279
34. Respecto al control constitucional de actos definitivos, a través del amparo:	280
35. Respecto a la trascendencia constitucional de los actos reclamados:	281
36. Sobre la justificación o fundamentación de las decisiones:.....	281
37. En relación a la justificación o fundamentación de las resoluciones judiciales, la Sala de lo Constitucional ha distinguido entre la <i>ratio decidendi</i> y el <i>obiter dictum</i> :	282
38. En cuanto al carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, a partir de la distinción entre disposición constitucional y norma constitucional:.....	283
39. Respecto a la dimensión objetiva de los procesos constitucionales de control concreto:.....	285
40. Sobre los cambios jurisprudenciales o de precedentes:	286
41. Sobre los efectos <i>erga omnes</i> de las decisiones pronunciadas en los procesos de inconstitucionalidad:	287
42. Respecto a los efectos que producen tanto las sentencias de inconstitucionalidad sobre las situaciones concretas que resultaron afectadas por una normativa declarada inconstitucional, como las sentencias estimatorias pronunciadas en los amparos contra disposiciones autoaplicativas:	288
43. Sobre el efecto restitutorio en los procesos de amparo:.....	289
44. Respecto a los efectos de una inconstitucionalidad por omisión, en un caso concreto:.....	290
45. En cuanto a la modulación de los efectos de las decisiones de la Sala de lo Constitucional, se ha sostenido lo siguiente, respecto a dos casos concretos relacionados entre sí:.....	291
45. Efectos de algunas decisiones de la Sala de lo Constitucional, en relación al control constitucional de elecciones indirectas de funcionarios públicos:	294
46. Sobre las sentencias prospectivas o de inconstitucionalidad diferida y sus efectos, en relación con un caso concreto:	296
47. En cuanto a la inconstitucionalidad por conexión:.....	297
48. La Sala de lo Constitucional, respecto a la estructura peculiar de las disposiciones constitucionales y sus pautas más adecuadas de interpretación:	298
49. En cuanto a la interpretación conforme, se ha dicho lo siguiente:	300
50. Sobre los cambios jurisprudenciales o de precedentes:	300
51. La Sala de lo Constitucional ha modulado los efectos de los cambios jurisprudenciales en algunos casos concretos, sobre todo aquellos relativos a presupuestos procesales necesarios para el enjuiciamiento constitucional del reclamo incoado:.....	302
52. Respecto a las medidas cautelares en los procesos de amparo e inconstitucionalidades:	302

INTRODUCCIÓN

Nuevamente la ciencia jurídica latinoamericana se enriquece con otro libro del profesor Luiz Guilherme MARINONI. De las bondades de otra publicación se habló en otro lugar¹, corresponde mirar las *riquezas de posibilidades* de esta obra para la doctrina de habla castellana, intitulada, *control de constitucionalidad*.

Podría discurrir este enorme honor diciendo cómo el profesor MARINONI aborda con su acostumbrada sapiencia los aspectos torales del *control de la constitucional de las leyes*. Sin embargo, ello sería mellar el filo dogmático que corre por toda su exposición doctrinal. En efecto, para aproximarnos a los *temas y motivos* que inspiran la dogmática procesal del presente libro, el lector debe tener *conciencia* de la nueva metodología en los estudios de la *teoría del proceso*. Ya no se trata de encarar el proceso desde adentro, donde nuestra visión está nublada por el formalismo, sino desde un ángulo externo, mirando los resultados que el proceso trae para la efectividad del derecho material y el caso concreto². ¡Por supuesto, sin caer en el *nihilismo procesal*!

O como el mismo autor nos dice:

“He insistido en la necesidad de que el proceso civil sea pensando en la perspectiva de la tutela de los derechos, lo que significa contemplar el tejido normativo procesal a partir de los derechos fundamentales procesales, comprendiendo el proceso como el conjunto de técnicas procesales que deben permitir el efectivo alcance de la tutela prometida por el derecho sustancial. Esa forma de ver el proceso civil permea mis libros *Anticipação da tutela, Tutela inibitória, Técnica processual e Tutela dos Direitos*, constituyendo, además de ello, el hilo conductor de los cinco volúmenes del *Curso de processo civil* que escribí junto a Sérgio Cruz Arenhart”³.

Lo anterior ha dado cabida a que se hable de una nueva fase del derecho procesal, la así llamada fase *instrumental material*⁴. ¿Cómo se relaciona esto con el control de constitucionalidad, o lo que es casi lo mismo, con el *Derecho procesal constitucional* y sus principales instituciones? Sin ánimos de adelantarnos a las conclusiones que el propio lector extraerá, acaso la más importante sea la de encontrar una respuesta a la pregunta que la doctrina

¹ Presentación del libro *Bases para un sistema de precedentes*, Cuscatleca, San Salvador, 2013, pág. 11-14.

² MARINONI, L. G., *Anticipação da tutela*, 10ª ed., Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo, pág. 19-22. Existe traducción como *Anticipación de la tutela*, Editorial ARA, Lima.

³ MARINONI, L. G., Prefacio al libro de Daniel MITIDIERO, *Anticipación de tutela*, Marcial Pons, traducción de Renzo CAVANI, Madrid, 2013, pág. 17.

⁴ DINAMARCO, C. R., *A Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009. Existe traducción al español como *La instrumentalidad del proceso*, Communitas, Lima, 2009.

latinoamericana formuló en cuanto a *cuál debe ser la metodología* a adoptar en la novísima ciencia del Derecho procesal constitucional⁵.

Hablar de control de constitucionalidad de las leyes y de las funciones que tiene una Corte Constitucional sin correlacionarlo con los derechos accionables ante dicho tribunal es hablar en las nubes. Decir que la *pretensión constitucional* tiene como contenido los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y normas *asimiladas* a ella, y que la norma procesal debe amoldarse a estas últimas es, al contrario, aproximarnos al objeto de estudio. Lo anterior es lo que realiza el profesor MARINONI en las siguientes páginas. Para muestra un botón.

El nos habla de la *característica de la causa de pedir* en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes. Esta es, a diferencia de la del proceso *inter partes*, de *carácter abierta*. Según esta distinción el Tribunal, Sala o Corte Constitucional no está atado al fundamento jurídico que el actor trae al proceso como *causa de pedir*. Eso lo comprendemos, con el profesor, porque es un *proceso objetivo*, en el cual la función de guardián de la Constitución atribuido a los mentados tribunales debe ser elevada a la quinta potencia.

Es claro que la anterior idea contrasta con esquemas mentales formados bajo una óptica estrictamente de derecho privado. Como aquella según la cual el proceso de inconstitucionalidad es un proceso de estricto derecho, cual si fuera el recurso de casación. Sin embargo, poco a poco las técnicas del proceso civil *inter partes* son abandonadas cuando no respondan a la finalidad del proceso constitucional. Si no, ¿Cómo explicar la inconstitucionalidad por conexidad? ¿Cómo la continuación del proceso cuando se deroga la norma impugnada, pero su contenido aparece de nuevo en otra parte de la ley o en una nueva ley? ¿O aún, la imposibilidad del desistimiento en el control de constitucionalidad? Francamente admitir esas posibilidades y considerar que el Tribunal, Corte o Sala está atado al pedido de la demanda es una contradicción en los términos.

Es evidente que la tendencia del proceso constitucional de control de constitucionalidad, sea abstracto, sea concreto, está en rumbos de evolucionar hacia una visión más pública, más global, donde el sentido de los derechos fundamentales y humanos —en los cuales, por supuesto, hay diferencia—, y la razón de ser de las funciones⁶ de la Constitución se respeten.

Otro aspecto interesante es el tema de la *modulación de los efectos* de la sentencia constitucional.

⁵ FERRER MAC-GREGOR, E., *La ciencia del derecho procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Juan Manuel Alcuña, (directores) Porrúa, México, 2012, págs. 7-12.

⁶ Par el estudio de la estructura, funciones y contenidos de las constituciones, véase, WOLFGANG SARLET, I., MARINONI, L. G., y MITIDIERO, D., *Curso de direito constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, págs. 63-79.

Tradicionalmente se nos ha enseñado desde los salones de clase que los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tienen determinados efectos, sean solo para el pasado, sean solo para el futuro. El profesor MARINONI analiza esta cuestión y nos ponen en alerta sobre los extremos que están detrás de tales posturas. ¿Es que si la sentencia se decide por los *efectos prospectivos*, se salvaguardará la seguridad jurídica? ¡Desde luego! Pero, léase bien, en detrimento de la fuerza normativa de la Constitución, pues como nos dice el autor:

“La tesis sería seductora para aquellos que miran al problema a partir del ángulo de los afectados por la norma declarada inconstitucional o, aún, en la perspectiva de la seguridad jurídica. En no pocos casos, no hay racionalidad en borrar del mapa situaciones derivadas de normas inconstitucionales. Ocurre que no se puede olvidar el otro lado de la moneda, esto es, los efectos perversos que puede ser generados al admitirse, como reglas teóricas, la idea de que la decisión de inconstitucionalidad no puede ser retroactiva, debiéndose preservar todos los efectos producidos por la norma declarada inconstitucional”.

¿Qué significa lo anterior para quien se enfrenta a un proceso constitucional? ¿Sea como actor, defensor de la norma impugnada, *amicus curiæ*, tribunal, o ciudadano? Evidentemente se resuelve en un *postulado de legitimidad*, pues en la medida en que la opción que escoja el Tribunal, Corte o Sala de lo Constitucional sobre el efecto concreto que otorgue a su decisión esté *motivada*, sobre cómo decide sobre el presente, respetando su pasado⁷ o anulándolo, así podrá cumplir la función que el sistema jurídico le tiene asignado como Corte Suprema en un contexto evidentemente *contramayoritario*.

Para que las anteriores afirmaciones no sean etiquetadas como etéreas pasaremos a exponer, tal como *lo hemos asimilado* del profesor MARINONI, las consecuencias para un sistema de control de constitucionalidad determinado.

En efecto, en atención a los efectos de la declaración de (in)constitucionalidad cabe identificar al menos dos sistemas. El primero aplica el sistema de *nulidad* y el segundo el de *invalidéz*. En Brasil, el sistema es de nulidad, lo que implica que en regla en el control concentrado la decisión tiene efectos, esto es, *ex tunc*. Por vía de excepción se pueden otorgar efectos para el futuro, esto es, *ex nunc*. Por el contrario, el sistema de invalidéz pregona que la sentencia tiene efectos hacia el futuro (*ex nunc*), y que solo rige para el futuro y excepcionalmente tiene efectos retroactivos.

⁷ En realidad, el tema del respeto del pasado trasciende al de las ciencias particulares. Como nos alecciona el filósofo Zubiri: “La historicidad es, en efecto, una dimensión de este ente real que se llama hombre. Y esta su historicidad no proviene exclusiva ni primariamente de que el pasado avanza hacia un presente y lo empuja hacia el porvenir. Es ésta una interpretación positivista de la historia, absolutamente insuficiente. ZUBIRI, X., prólogo al libro de Julián Marías, *Historia de la Filosofía*, 14ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1961.

¿Cuáles son los criterios para apartarse de las reglas generales en cada uno de los sistemas? Por lo menos para los sistemas brasileños (artículo 27 de la Ley 9868/1999) y costarricense (artículo 91 inciso segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁸), está claro: solo proceden los efectos prospectivos, para el primero, en nombre de la *seguridad jurídica* y de *excepcional interés social*; y, para el segundo, en nombre de *seguridad*, la *justicia* o la *paz sociales*. Conceptos jurídicos indeterminados que el profesor MARINONI nos alecciona sobre cómo resolverlos.

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha adoptado el sistema de invalidez. Expresamente ha dicho que sus decisiones solo tienen efecto para el futuro. Un caso representativo es del FOVIAL. En esa sentencia se dijo:

“La inconstitucionalidad por tanto, se refiere a la exigencia de invalidez de los actos normativos que se realicen en contradicción con la Constitución y el tipo de pronunciamiento que realiza en el proceso de inconstitucionalidad es en esencia un pronunciamiento estrictamente objetivo sobre la conformidad constitucional de las disposiciones infraconstitucionales, 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.

Por las razones apuntadas, esta Sala dijo que no puede pronunciarse sobre la nulidad de los actos normativos que son objeto de impugnación, pues ello le conduciría a emitir pronunciamientos con efectos retroactivos, es decir, que conlleve a la eliminación de todos los efectos derivados del acto normativo declarado nulo; lo que resulta incompatible con la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, pues el resultado estimatorio de una sentencia, dictada en un proceso de contraste normativo, se circunscribe a la constatación de la disconformidad de la disposición impugnada con la Ley y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico desde tal declaratoria”⁹.

Sin embargo, ¿es cierto que la Sala de lo Constitucional se ha mantenido rígida en la tesis *ex nunc*? Considero que no.

Para demostrar que la Sala de lo Constitucional ha pronunciado una sentencia con efectos retroactivos cítase la sentencia que removió a unos magistrados de la Corte Suprema de Justicia (generación 2012). Fue un caso insólito e inédito en la justicia constitucional no solo salvadoreña sino comparada.

En esa sentencia la Sala estimó la inconstitucionalidad, pero dijo:

⁸ Dice el texto completo de la ley costarricense: “Artículo 91.- La declaración de inconstitucionalidad tendrá *efecto declarativo y retroactivo* a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

La *sentencia constitucional de anulación* podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la *seguridad*, la *justicia* o la *paz sociales*”.

⁹ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las diez horas del día doce de julio de dos mil cinco, Inconstitucionalidad, referencia 59-2003.

“IX. Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

1. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la depuración del ordenamiento jurídico, para lo cual expulsa de este las disposiciones cuya inconstitucionalidad constate. Por ello, con arreglo a lo que prescribe el art. 183 Cn., las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal tienen efectos generales y provocan la eliminación definitiva de la disposición inconstitucional.

Si bien dicho precepto constitucional parece referirse únicamente a uno de los diversos tipos de sentencias constitucionales –las estimatorias, esto es, las que declaran la “inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos”–, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha ampliado sustancialmente el contenido del art. 183 Cn., en relación con una diversidad de modalidades de sentencias y de sus efectos.

Este Tribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque constituye una función inherente de su actividad jurisdiccional. Por lo tanto, esta Sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección a los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, y puede usar los mecanismos que franquean la doctrina y la jurisprudencia constitucional para rechazar las infracciones a la Constitución –Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007–.

2. En vista de que del análisis realizado se ha concluido que los decretos legislativos impugnados son inconstitucionales, y que la Constitución atribuye al Legislativo la competencia para nombrar a Magistrados de la CSJ –art 131 ord. 19° Cn.–, la Asamblea Legislativa deberá proceder a elegir a cinco Magistrados propietarios y cinco Magistrados suplentes, exclusivamente de la lista que el Consejo Nacional de la Judicatura le envió para las elecciones de 2012-2021, quienes deberán estar electos en el momento oportuno en que se venza el período de los Magistrados que fueron electos en 2003; ello a fin de garantizar el normal funcionamiento de la CSJ y del Órgano Judicial. Todo con basamento en lo prescrito por los arts. 174 inc. 2° y 186 inc. 2° Cn.

Por consiguiente, el Legislativo habrá de otorgar las mismas oportunidades de elección a todos los integrantes de la lista que el Consejo Nacional de la Judicatura le remitió para la elección de los Magistrados de la CSJ en 2012”¹⁰.

Lo anterior, en buena dogmática procesal significa efecto anulatorio. ¿Sino, por qué ordenó que se hiciera de nuevo la elección? Lo anterior, también demuestra que en realidad la rigidez de la Corte Constitucional salvadoreña en cuanto a los efectos prospectivos se ha relajado. Todo ello en virtud de los valores que están detrás de cada sistema. Sin embargo, en dicha sentencia se omitió hacer referencia expresa a que se adoptaba la eficacia *ex tunc*.

Dicha omisión no es de *ínfima cuantía*, pues como bien se sabe la fundamentación de cómo se ponderaron todos los derechos constitucionales

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo constitucional de las quince horas del día cinco de junio de dos mil doce, inconstitucionalidad, referencia, 19-2012.