

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012
PLAN DE ESTUDIO 1993



**LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO
DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:
CARMEN YESENIA CANIZALEZ HERNÁNDEZ
BEATRIZ ANTONIA RIVAS ENAMORADO
LENDY INGRID TORRES MOLINA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO 2012

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICE-RECTORA ACADEMICA
DRA. ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LIC. NELSON BOANERGES LOPEZ CARRILLO
FISCAL GENERAL INTERINO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICE-DECANO

LICENCIADO OSCAR RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios padre, por permitirme finalizar mi carrera universitaria y por darme la oportunidad de lograr este triunfo al lado de mis compañeras de tesis, Lendy Ingrid Torres Molina y Beatriz Antonia Rivas Enamorado.

A mis padres por todo el apoyo incondicional que me han brindado en el transcurso de mis estudios, y a quienes dedico este logro. También se lo dedico a mi hermana y familiares que me acompañaron en este camino y que me brindaron sus oraciones.

A mi asesor de tesis Lic. Pedro Rosalío Escobar Castaneda, quien nos facilitó la presente investigación, por su responsabilidad y amabilidad durante todo este proceso.

Carmen Yesenia Canizalez Hernández

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios por ser mi guía a lo largo de mi vida y de mi carrera y por permitirme lograr este triunfo.

A mi madre por todo el apoyo incondicional que me ha brindado siempre en el transcurso de mis estudios y a quien dedico este logro, también lo dedico a mis familiares y amigos que de alguna manera me apoyaron en la carrera.

A mi asesor de tesis Lic. Pedro Rosalío Escobar Castaneda, quien nos facilitó nuestra investigación, por su responsabilidad y amabilidad durante todo el proceso.

Lendy Ingrid Torres Molina.

AGRADECIMIENTOS

A Dios todopoderoso, quien me ha permitido triunfar en este escalón de mi vida, quien en todo momento ha sido mi guía, mi sustento y mi fortaleza; a mamita María por ser mi aliada en los momentos difíciles y su intercesión.

A mis padres, Fidel Rivas y Teresa Enamorado de Rivas, por su incondicional apoyo, en todos los momentos de mi vida, a quienes dedico este triunfo.

A mi querido hermano José Fidel, que en todo momento ha sido mi amigo y me ha animado a seguir adelante.

A mi tía Ángela Enamorado, que ha sido pilar fundamental para poder culminar esta tesis, por su apoyo y cariño.

A mis compañeras y amigas de tesis, Lendy Torres y Carmen Canizalez, por ser parte de este triunfo y por compartir sacrificios juntas.

A mi asesor, Lic. Pedro Rosalío Escobar Castaneda, quien nos facilitó nuestra investigación, por su responsabilidad y amabilidad durante todo el proceso.

A mis hermanos de escoge Don Rúa, por sus oraciones.

A mis amigos y demás familia.

Beatriz Antonia Rivas Enamorado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
--------------------------	----------

CAPITULO I

SINTESIS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del proyecto de investigación.	
1.1.1. Situaciones problemáticas.....	1
1.1.2. Enunciado del problema.....	3
1.2. Justificación.....	3
1.3. Objetivos.	
1.3.1 Objetivo General.....	5
1.3.2. Objetivos Específicos.....	5
1.4. Sistema de Hipótesis.....	6
1.4.1 Hipótesis General.....	7
1.4.2 Operacionalización de Hipótesis.....	7
1.5. Métodos y técnicas de investigación.	
1.5.1. Método.....	9
1.5.2. Técnica.....	11
1.5.2.1. Segmento de muestra.....	11
1.5.3. Instrumentos.....	12

CAPITULO II

EVOLUCIÓN HISTORICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y DEL PROCESO CONSTITUCIONAL.

2.1. Modelo de control constitucional del ordenamiento legal.	
2.1.1. Antecedentes históricos.....	13

2.1.2. Modelo de control difuso.....	17
2.1.3. Modelo de control concentrado.....	21
2.1.4. Modelo adoptado por la legislación Salvadoreña control mixto.....	25
2.2. Antecedentes históricos y evolución del proceso de inconstitucionalidad.	
2.2.1. Antecedentes generales.....	30
2.2.1.1. Evolución mundial.....	31
2.2.1.2. Evolución en El Salvador.....	36

CAPITULO III

CONSIDERACIONES TEORICO DOCTRINARIAS SOBRE EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS CAUTELARES.

3.1. Consideraciones previas del proceso de inconstitucionalidad.	
3.1.1. Definición y naturaleza del proceso de inconstitucionalidad.....	45
3.2.2. Objeto de control del proceso de inconstitucionalidad.....	46
3.1.2.1. Leyes.....	47
3.1.2.2. Tratados Internacionales.....	47
3.1.2.3. Decretos de reforma constitucional.....	47
3.1.2.4. Todo tipo de reglamentos.....	48
3.1.2.4.1. Reglamentos de ejecución.....	49
3.1.2.4.2. Reglamentos autónomos.....	49
3.1.2.4.3. Ordenanzas municipales.....	49
3.1.2.4.4. Decretos que ponen en vigencia el régimen de Excepción.....	50
3.1.2.4.5. Ley formal.....	50
3.1.2.4.6. Omisiones constitucionales.....	50
3.1.3. Parámetro de control.....	51
3.1.4. Finalidad del proceso de inconstitucionalidad.....	51

3.1.5. Características del proceso de inconstitucionalidad.....	51
3.1.6. Principios fundamentales que rigen el proceso de Inconstitucionalidad.....	52
3.1.6.1. Principio de evidencia.....	52
3.1.6.2. Principio de estricto derecho.....	53
3.1.6.3. Principio de pertinencia.....	53
3.1.6.4. Principio de presunción de constitucionalidad.....	54
3.1.7. Competencia del proceso de inconstitucionalidad.....	54
3.1.8. Proceso de Constitucional como proceso.....	54
3.1.9. Legitimación del proceso de inconstitucionalidad.....	57
3.1.9.1. Ciudadanos.....	57
3.1.9.2. Funcionarios.....	57
3.2. Consideraciones previas de las Medidas Cautelares.	
3.2.1. Concepto y naturaleza jurídica de las Medidas Cautelare.....	58
3.2.2. Finalidad de las Medidas Cautelares.....	60
3.2.3. Características de las medidas cautelares.....	61
3.2.3.1. La instrumentalidad.....	61
3.2.3.2. Provisionalidad.....	62
3.2.3.3. Temporalidad.....	62
3.2.3.4. Variabilidad.....	63
3.2.4. Presupuestos.	
3.2.4.1. Periculum in mora.....	64
3.2.4.2. Fomus boni iuris.....	64
3.2.5. Potestad Cautelar.....	65
3.2.5.1. Concepto de potestad cautelar.....	66
3.2.5.2. Características de la potestad cautelar.....	68
3.2.6. Limitaciones a la potestad cautelar.....	71
3.2.6.1. Principio de legalidad.....	72

3.2.6.2. Principio de proporcionalidad.....	74
3.2.7. Fundamentos constitucionales.....	76
3.3. Posturas teóricas de la suspensión de la norma impugnada.	
3.3.1. Posturas que admiten la suspensión de la norma.....	78
3.3.2. Postura que rechaza la suspensión de la norma impugnada.....	82
3.3.3. Ventajas y desventajas de la aplicación de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad.....	85
3.3.4. Obstáculos para la posible adopción de medidas cautelares en el Proceso de inconstitucionalidad.....	89
3.3.5. La potestad cautelar como parte de la jurisdicción Constitucional.....	90

CAPITULO IV

LEGISLACIÓN JURISPRUDENCIA APLICABLE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES.

4.1. Legislación nacional.	
4.1.1. Constitución de El Salvador.....	93
4.1.2. Ley de Procedimientos Constitucionales.....	95
4.1.2.1. Proceso de Inconstitucionalidad.....	95
4.1.3. Anteproyecto de la ley de procedimientos Constitucionales y la regulación de Medidas Cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad.....	103
4.2. Legislación comparada.	
4.2.1. España.....	113
4.2.2. Argentina.....	118
4.2.3. Ecuador.....	122
4.2.4. Guatemala.....	126

4.3. Jurisprudencia nacional	
4.3.1. Consideraciones y análisis de la sentencia, caso de la Ley de Integración Monetaria.....	131
4.3.2. Consideraciones y análisis de la sentencia, caso Ley de Fovial....	143

CAPITULO V

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.

5.1. Resultados de la investigación de campo.	
5.1.1. Segmento de muestra: Abogados en el Libre Ejercicio del derecho.....	151
5.1.2. Segmento de muestra: Colaboradores de la Sala de lo Constitucional.....	156
5.1.3. Segmento de muestra: Docentes en el área de Derecho Constitucional.....	159
5.1.4. Segmento de Muestra: Diputados de la Asamblea Legislativa.....	163

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1 Conclusiones.....	165
6.2. Recomendaciones.....	171

BIBLIOGRAFÍA.....	174
-------------------	-----

ANEXOS.

Anexo N° 1.....	179
Anexo N° 2.....	180
Anexo N° 3.....	181

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación sobre la aplicación de Medidas Cautelares en el proceso de inconstitucionalidad se ha realizado como requisito previo a obtener el título académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

El motivo de nuestra investigación es analizar la falta de aplicación de Medidas Cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño ya que su ausencia afecta las resoluciones que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emite en los procesos de inconstitucionalidad y que conlleva a la del de derechos fundamentales.

Desarrollamos un estudio histórico y comparativo del proceso de inconstitucionalidad de nuestro país respecto al países también analizamos los aspectos doctrinarios de las Medidas Cautelares en la legislación nacional e internacional, además se realiza un estudio crítico de la aplicación de Medidas Cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

La estructura del resultado de la investigación se presenta en seis capítulos el primero de ellos contiene el desarrollo de las situaciones problemáticas, enunciado del problema y los objetivos que nos permitieron establecer metas para el desarrollo de dicha actividad logrando una satisfactoria investigación al final de nuestro seminario de investigación concluyendo con todos los temas relacionados al proceso de inconstitucionalidad en específico con el tema de la Medidas Cautelares en este proceso, para alcanzar dichos objetivos se elaboro una hipótesis general la que comprobamos mediante la investigación de campo y por medio de esta comprobar si la población se ve

afectada jurídicamente con la falta de aplicación de Medidas Cautelares lo cual nos permitió desarrollar una estrategia metodológica la cual comprende dos fases la primera de ellas consiste en una investigación bibliográfica y documental para obtener la doctrina en relación a las Medidas Cautelares y el proceso de Inconstitucionalidad la segunda fase se realizó de manera empírica o de campo para obtener información de personas especialistas del tema en estudio haciendo uso de un muestreo selectivo de informantes claves.

En el segundo capítulo se realiza un análisis teórico doctrinario de los modelos de control constitucional incluyendo sus antecedentes históricos y su influencia en El Salvador así como también los antecedentes históricos y evolución del proceso de inconstitucionalidad a nivel nacional e internacional.

El capítulo tres contiene consideraciones teórico doctrinarias sobre el proceso de inconstitucionalidad y la aplicación de Medidas Cautelares; además un análisis sobre la potestad cautelar y de cómo se considera un fundamento para la adopción de Medidas Cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad.

En el capítulo cuatro presentamos la legislación y jurisprudencia aplicable al proceso de Inconstitucionalidad y Medidas Cautelares en el cual realizamos un estudio de la legislación nacional e internacional así como la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional con el propósito de adecuar a la realidad jurídica Salvadoreña este tema novedoso en cual se desarrolla en el anteproyecto existente de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Capitulo cinco contiene la presentación sistemática y ordenada de la investigación empírica o de campo que se realizó por medio de entrevista a segmentos específicos de la población con conocimientos de este tema.

El capitulo seis contiene las conclusiones pertinentes que se formulan con los resultados de los estudios teóricos y doctrinarios de la investigación además de las recomendaciones que busca la solución de la problemáticas abordadas.

CAPITULO 1

Síntesis del Proyecto de Investigación

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.1. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

A pesar de que el derecho posee una gran diversidad de ramas aplicables a la realidad nacional, el poder decir y definir nuestro tema de investigación fue motivado por el interés en común de querer estudiar a profundidad los procesos constitucionales en El Salvador y con mayor atención el proceso de inconstitucionalidad, también el priorizar en su regulación constitucional y procesal así como determinar la eficacia de su ejecución en nuestro país.

Con la inquietud de conocer qué garantías tiene la población salvadoreña durante la ejecución del proceso de inconstitucionalidad en los casos concretos como lo son el de la suspensión de la entrada en vigencia de una ley o el de la suspensión de la aplicación de una ley vigente en El Salvador, ya que no encontramos ninguna medida o mecanismo que proteja los derechos de la población, que garanticen la eficacia de una eventual sentencia estimatoria.

Se tuvo presente que las medidas cautelares en cualquier tipo de procesos se declaran para evitar la ejecución de cualquier acto que pudiera producir daños de imposible reparación, es por ello que en la mayoría de procesos son aplicables las medidas cautelares y siendo actualmente en el proceso de inconstitucionalidad; ante esto surge otra problemática y es de que si en

El Salvador se podría en algún momento aplicar una medida cautelar con base a la actual Ley de Procedimientos Constitucionales o si es posible aplicarlas por medio de potestad cautelar, o si se podría por la analogía de la medida cautelar del proceso de amparo ó por la jurisprudencia que la Sala de lo Constitucional podría generar.

Considerando también que la aplicación de tales medidas debe de condicionarse a la realidad del país y al ordenamiento jurídico vigente actualmente, es decir de que no solo por el hecho de que la medida se encuentre regulada se aplicara de manera general en otros procesos, sino que solo se deberá interponer sobre el proceso de inconstitucionalidad para la protección de los derechos fundamentales de la población en los casos que se vean vulnerados por una ley, reglamento o decreto que entre en vigencia o a la que se le trate de impugnar de inconstitucionalidad.

También estimamos importante el identificar qué efectos jurídicos ocasionaría la aplicación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, si trasgreden la esfera jurídica de los ciudadanos o si es afectada por la falta de adopción de estas medidas en este tipo de proceso ya que estas medidas son consideradas como instrumentos jurídicos – procesales las cuales son proyectadas en el ordenamiento jurídico como una solución capaz de asegurar la efectividad de la justicia.

Estas problemáticas son encaminadas a resguardar la supremacía de la constitución y en consecuencia a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos salvadoreños; de acuerdo con las problemáticas expuestas consideramos como la más importante los efectos jurídicos que produciría a los derechos fundamentales de los salvadoreños la regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

1.1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

Por tanto el objeto de estudio se formuló de la siguiente manera:

¿Qué relevancia tendría la aplicación de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad para la protección de los derechos de los ciudadanos salvadoreños?

Es a partir de esta problemática que hicimos nuestra delimitación temporal y espacial, haciendo notar que en cuanto a la delimitación espacial el objeto de estudio se enfocó a todo el territorio nacional debido a la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, en el cual se resuelve sobre la inconstitucionalidad de una norma la que a su vez es de aplicación general; y en cuanto a la delimitación temporal se nos hizo imposible delimitar el periodo de la investigación puesto que nos encontramos ante una situación de la posible regulación de las medidas cautelares en la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales.

1.2 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad es un tema importante de abordar, ya que en El Salvador no se ha dado un medio que regule la protección de los derechos fundamentales de las personas a partir de que una ley, decreto o reglamento esté sometida a un proceso de inconstitucionalidad, cuando estos afectan directamente a la población, es decir, que una vez entre en vigencia una ley es de carácter obligatorio para todos los habitantes del país y esta será aplicada en todos sus sentidos independientemente de que en el momento de su aplicación lesione bienes jurídicos de manera irreparable o de difícil reparación para los ciudadanos, este medio son las medidas cautelares que la ley de procedimientos constitucionales no regula para el proceso en específico aquí tratado.

También fue necesario y significativo el aporte que se ha pretendido hacer a la comunidad jurídica con esta investigación, pues ante las nuevas tendencias que enfrenta el derecho constitucional, ante la evolución de la realidad social, jurídica y política de nuestro país y que siendo la constitución la reguladora de derechos, principios y valores es ella misma la que establece los mecanismos necesarios que tiene toda persona que sea objeto de arbitrariedades, injusticias, e irregularidades y convirtiéndose en uno de los mecanismos de defensa, que ella misma establece. En el proceso de inconstitucionalidad, sin embargo no se regulan ni se expresan en la Ley de Procedimientos Constitucionales la aplicación de medidas cautelares, que sería ese mecanismo de protección de los derechos fundamentales de toda persona y ante la ausencia real de medidas cautelares, se vio necesario en la investigación hacer énfasis en la relevancia que causaría la aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en El Salvador, para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Se decidió realizar esta investigación por que en la actualidad las leyes y decretos emitidos por la honorable Asamblea legislativa están siendo objeto de procesos de inconstitucionalidad, como por ejemplo la Ley de Integración Monetaria que al final fue declarada constitucional pero surtió efectos negativos a la población que aún se mantienen.

Se considero que esta sería una investigación novedosa, por el conocimiento que se adquiriría por parte del grupo investigador, por el enfoque en que fue dirigido, el cual es la protección de los derechos fundamentales del ciudadano ante este tipo de proceso, y ante la ausencia expresa de medidas cautelares denotamos la importancia de aplicar estas medidas en el proceso de inconstitucionalidad para garantizar la protección del orden constitucional

en general y de las situaciones jurídicas en concreto, y finalmente se lograría un aporte significativo a la comunidad jurídica en general.

Aunque el tema para nuestro ordenamiento jurídico es novedoso encontramos la ventaja de poder consultar textos doctrinarios, legales y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales, así como el acceso a bibliotecas virtuales y no virtuales y entrevistar a personas con conocimiento en dicha materia para así fundamentar la investigación.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1 OBJETIVO GENERAL:

Analizar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad para la protección de los derechos de los ciudadanos salvadoreños.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- ✍ Investigar en el contexto histórico, si la Ley de Procedimientos Constitucionales da la opción de aplicar medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad.

- ✍ Determinar los parámetros que deben tomarse en cuenta para la aplicación de una medida cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad.

- ✍ Realizar un estudio de la legislación y jurisprudencia constitucional sobre la regulación de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad.
- ✍ Identificar los derechos fundamentales de los ciudadanos que se ven vulnerados en la ausencia de las medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad.
- ✍ Reconocer las ventajas, desventajas y efectos jurídicos que tendría la aplicación de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1.4 SISTEMA DE HIPÓTESIS

La hipótesis se constituyó en una respuesta tentativa o provisional del problema de investigación, y que en este caso se formuló al comienzo de la investigación mediante una suposición o conjetura verosímil que estuviera sujeta a comprobación mediante la ejecución de la investigación.

La hipótesis es uno de los principales instrumentos intelectuales de la investigación, sirviendo de guía para la obtención de datos y también nos indica la forma en que deben ser organizados los datos de acuerdo al tipo de estudio que realizamos.

La investigación que en este caso desarrollamos, la realizamos con una hipótesis de trabajo simple, general o fundamental que es la que sirvió como base de la investigación, es la que trata de proporcionar una explicación provisionalmente al problema. Esta hipótesis contiene conceptos formulados en términos de variables relevantes que sirvieron oportunamente para

explicar y ofrecer una respuesta al tema o problema objeto de investigación, estableciendo un nexo entre la causa y efecto.

La hipótesis de trabajo se formuló y operacionalizó de la siguiente manera:

1.4.1 HIPÓTESIS GENERAL
La falta de regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad es una de las causas que vulnera los derechos de los ciudadanos salvadoreños.

1.4.2 OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS		
VARIABLE INDEPENDIENTE	VINCULO LOGICO	VARIABLE DEPENDIENTE
La falta de regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad	es una de las causas que	vulnera los derechos de los ciudadanos salvadoreños

INDICADOR DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE (1)	INDICADOR DE LA VARIABLE DEPENDIENTE (1)
Inexistencia de la regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.	Falta de regulación constitucional y procesal.

ÍNDICES	INDICES
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Vacío legal de la norma procesal constitucional. ✓ Protección y trasgresión de los derechos fundamentales. ✓ Necesidad de aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. ✓ Garantía del debido proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Constitución de la República de El Salvador. ✓ Ley de procedimientos constitucionales. ✓ Interpretación de la ley procesal constitucional. ✓ Legislación y jurisprudencia comparada.
I.V.I. (2)	I.V.D. (2)
Potestad jurisdiccional de los jueces.	Inaplicabilidad de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.
ÍNDICES	INDICES
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Sala de lo constitucional. ✓ Efectividad de las sentencias. ✓ Aplicación de la ley secundaria. ✓ Interpretación e integración del derecho constitucional. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Potestad cautelar. ✓ Presupuestos de las medidas cautelares. ✓ Obstáculos para adoptar medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico. ✓ Ventajas y desventajas de aplicar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.
I.V.I. (3)	I.V.D. (3)
Anteproyecto de la ley de procedimientos constitucionales.	Posible aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

ÍNDICES	INDICES
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Reforma a la actual ley de procedimientos constitucional. ✓ Regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Aplicación por analogía de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. ✓ Aplicación de medidas cautelares en el caso de suspensión de una norma vigente. ✓ Aplicación de medidas cautelares en el caso de suspensión de la entrada en vigencia de una ley.

1.5 METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.5.1 METODO

Para el desarrollo de la investigación el método que se utilizó en general es el método científico, el cual consiste en un instrumento de la actividad científica que nos sirve para obtener el conocimiento tanto de la naturaleza como de la sociedad¹, para el caso en concreto será el conocimiento de la sociedad y las repercusiones de los procesos de inconstitucionalidad en ella, así como, distinguir las fases de su desarrollo, ventajas , desventajas y obstáculos internos y externos para esclarecer sus interacciones con la realidad jurídica y así generalizar en los conocimientos adquiridos.

Para lograr estas expectativas se adoptó el método como un arreglo ordenado a seguir durante la investigación convirtiéndose en un plan general y una manera de emprender sistemáticamente el estudio del problema que íbamos investigar, es así que el trabajo intelectual realizado de manera

¹ Iglesias Mejía, Salvador, Guía para la Elaboración de Trabajo de Investigación Monográfico o Tesis, Tercera Edición , Pág.50

reiterada nos condujo a tener presente los distintos tipos de investigación, derivados de criterios o rasgos que le caracterizan como lo fue, “ por su finalidad, por su fuente de datos, por los enfoques o periodos que abarca la investigación entre otros” ²; de acuerdo a lo expuesto el tipo de investigación que se realizó fue conforme a la fuente de datos, ya que este sirvió para sustentarla mediante el método “bibliográfico ó documental” y “ empírica ó de campo”, para el caso se ha utilizado ambas convirtiéndola así en una investigación mixta, ya que en la primera fase nos enfocamos en la investigación bibliográfica ó documental, por que se basa en fuentes secundarias, es decir en información ya procesada como libros de texto, leyes, tesis, periódicos, revistas y la web, convirtiéndose así en el método a utilizado en esta fuente, la sistematización bibliográfica, la sistematización hemerográfica y la sistematización de documentos electrónicos, mientras que la segunda fase se desarrolló utilizando la fuente de datos empírica ó de campo, que tiene su fuente de información de primera mano³, proveniente del experimento, por lo que se pudo apreciar la diferencia entre ambos tipos de fuente de investigación y tubo suficiente en la clase de datos que se han obtenido de ellas, pues ambas utilizaban material teórico e instrumentos de recolección de información.

Para el tratamiento de la información obtenida en la fuente de datos empírica fue necesario seleccionar la muestra en específico, y por el tiempo de duración que tuvo la investigación utilizamos el “muestreo selectivo de informantes claves, el cual consistió en poder identificar a aquellas personas claves que tuvieran el conocimiento de la problemática a investigar.

² Ibídem, pág. 63

³ Ibídem, pág. 64

1.5.2 TECNICA

Siendo esta la aplicación específica del método mediante el procedimiento o conjunto de procedimientos para el empleo de un instrumento, permitiendo la obtención de información del problema objeto de investigación, y utilizando para el caso del procesamiento de redacción de la información, el análisis y la síntesis bibliográfica.⁴

Entendiendo por análisis, la descomposición de un todo en sus partes, para identificar y estudiar cada uno de sus elementos, sus relaciones entre sí y con el todo y siendo la síntesis reunir las partes en el todo conduciendo este proceso a la generalización y a la visión integral del todo como una unidad de diferentes elementos

En cuanto a la técnica que se aplicó a la investigación de campo, esta fue la entrevista, la cual es la comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas, sobre el tema propuesto dirigidos a los segmentos de muestra determinados, para ello nuestro diseño de la muestra que se utilizó se hizo, mediante el procedimiento de muestreo aleatorio simple para su empleo fue indispensable disponer de un marco de muestra, es decir, un listado con personas claves que conozcan sobre el problema que se investiga.

1.5.2.1 SEGMENTOS DE MUESTRA

Las unidades de análisis que se consideraron para la investigación fueron las siguientes:

⁴ Ibídem, Pág. 51

Unidades de análisis	Muestra
✓ Colaboradores Judiciales de la sala de lo constitucional de Corte Suprema de Justicia.	10
✓ Docentes en Derecho Constitucional.	10
✓ Abogados en el ejercicio libre y especialistas en materia constitucional.	10
✓ Diputados.	10

La ventaja del muestreo aleatorio simple como parte del muestreo probalístico, consiste básicamente, en que las unidades de análisis o de observación son seleccionadas en forma aleatoria, es decir, al azar, cada elemento tiene la misma probabilidad de ser elegido y es posible conocer el error de muestreo, o sea, la diferencia entre las medidas de la muestra y los valores poblacionales.

1.5.3 INSTRUMENTOS

Los instrumentos deben proporcionar información que pueda ser procesada y analizada sin mayores dificultades. Los Instrumentos utilizados en el método bibliográfico ó documental, fue la ficha y resúmenes, y para el método empírico ó de campo se utilizó como instrumento el cuestionario o cédula de entrevista, el cual permitió sistematizar preguntas relevantes sobre el problema de estudio.

CAPITULO 2

**Evolución Histórica del Control
Constitucional y del Proceso de
Inconstitucionalidad.**

2.1 MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO LEGAL

2.1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

La expresión “control constitucional”, ó más exactamente, control de constitucionalidad de las leyes se encuentra adoptada sin dificultad, a fin de designar el modo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la Constitución, aunque también podría ser esta: la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado.⁵

El control de la constitucionalidad de las leyes atribuido a órganos políticos, tiene su origen, por excelencia, en el modelo francés, ya que Francia, en virtud de su vieja tradición parlamentaria y su elaborada doctrina sobre la soberanía popular, se ha manifestado siempre y especialmente receloso sobre cualquier control que escape al canal por el que se manifiesta la voluntad popular.⁶

Los sistemas de protección política, son esencialmente objetivos, pues tienen como fin lograr la aplicación de los preceptos constitucionales, concretamente, mediante la división de poderes, la cual surge en respuesta al absolutismo, con el objetivo de dividir los poderes del monarca mediante la asignación del mismo a diversas personas u órganos, a los que correspondieron diferentes funciones, de lo cual resultó el sistema de

⁵Cruz Villalón, Pedro. La Formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Págs. 25 y 26

⁶Núñez Rivero, Cayetano y otros, El Estado y la Constitución, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000, Pág. 69.

contrapesos y balances; la idea era que el poder frenase al poder. El enfoque original no estaba animado por el criterio técnico de la distinción de funciones para dividir el trabajo, sino por el político de evitar la concentración del poder que históricamente había conducido al despotismo.

Así, el control podía ser ejercido por una de las Cámaras Parlamentarias. De esta forma, la Constitución Francesa del año 1799, estableció un Parlamento Plurilateral, compuesto por cuatro cámaras, las cuales son el Consejo de Estado, el Cuerpo Legislativo, el Tribunado y Senado, y se entregaba a una de ellas el control de la constitucionalidad de las leyes,⁷ en otras ocasiones los textos constitucionales entregaban el control de la constitucionalidad de las leyes a órganos creados a tal efecto. Así, por ejemplo, en Francia dicho control se atribuyó al llamado Consejo Constitucional, recogido en el título VII de la Constitución de 1958.

Similar situación ocurre en Portugal, ya que el texto constitucional de 1976 establecía el llamado Consejo de la Revolución, el cual era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes, este Consejo no sólo era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes sino que también se alzaba como el garante de la fidelidad al espíritu de la Revolución de los Claveles.⁸

Los argumentos a favor de que el control de la constitucionalidad de las leyes se le encarguen a un órgano político y no a un órgano jurisdiccional, estriba en el principio, de que quien juzga las leyes, se encuentra en una posición de cierta superioridad sobre las leyes, y esto no puede recaer en los jueces, que están preparados para juzgar de acuerdo con las leyes, pero no a las leyes

⁷Ibídem, Pág. 69-70.

⁸Ibídem, Pág. 70.

mismas. Por otra parte, este órgano debe responder a un principio de legitimidad popular, consecuencia del ejercicio del principio de la soberanía nacional y la participación política y no a un poder.⁹

Una postura muy radical, pero similar, sostuvo Carl Schmitt, en su tesis “La Defensa de la Constitución”, ya que para él, la interpretación de la Constitución no era una actividad de carácter jurisdiccional como sostenía Kelsen, sino que por el contrario se trataba de una función netamente política, motivo por el cual debía ser atribuida a un poder con responsabilidad política directa como lo era el Presidente del Reich.

En la concepción de Schmitt era esencial para la democracia, entendida esta como la unidad e independencia de un pueblo, es decir, el defender la homogeneidad “que le es propia y aniquilar las diferencias que la amenazan”. Por ello, afirmaba que el Órgano Legislativo no sólo resulta un imposible defensor de la Constitución, sino que es el propio generador de esa necesidad de su defensa.

Por ello, planteó la importancia de recrear la forma de gobierno y resuelve que debe relegarse al Parlamento y hacer del Presidente del Reich el defensor de la Constitución¹⁰

De este modo, el Presidente del Reich es considerado por Schmitt como el punto de referencia que sirve para canalizar la expresión de la voluntad popular en un sentido plebiscitario, es decir, que como manifestación de aprobación o repulsa frente a una determinada propuesta que el presidente

⁹Ibídem, Pág. 71.

¹⁰Vid, Viturro, Paula, Sobre el origen y el fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad, primera edición, Editorial Honrad-Adenauer-Shiftug, AD-HOC, Buenos Aires, 2002, Pág. 91.

es el encargado de formular. Así, al ser el Presidente el órgano que, para él, puede establecer una comunicación más directa con el titular del poder constituyente, la cual ve materializada en la aclamación del pueblo y lo convierte en el verdadero “Guardián de la Constitución”.

Sin embargo, su defensa de la Constitución no consiste en controlar la constitucionalidad de las leyes, sino en que el presidente sea una instancia “protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich”. La defensa de la Constitución consiste, entonces, en la preservación de la unidad política, y ello implica mantener la unidad del Estado frente a la disgregación partidista e impedir que los enemigos instrumentalicen la Constitución para sus propósitos.

Bajo las anteriores circunstanciasse originan los sistemas de control de constitucionalidad. Puesto que una vez que a la Constitución se le otorga un lugar, se le reconoce como norma, surge la pregunta de quién debe de atribuírsele ese poder de vigilar la congruencia de la Constitución con el resto del ordenamiento, cómo garantizar su efectividad, cómo hacer real su contenido jurídico.

Según Bidart Campos, el modelo jurisdiccional sitúa al control en el área de la administración de justicia o jurisdicción propiamente dicha, y se subdivide en jurisdiccional difuso, si está a cargo de todos y de cualquiera de los tribunales, y en jurisdiccional concentrado, si está a cargo exclusivo de un

organismo judicial único que monopoliza y concentra la competencia del control.¹¹

2.1.2 MODELO DE CONTROL DIFUSO.

El sistema de control difuso conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera manifestación histórica de la justicia constitucional, el cual trata de un sistema de control judicial de constitucionalidad en sentido estricto, ya que es ejercido por órganos situados en el ámbito del Poder Judicial. Se caracteriza por ser difuso, desconcentrado o descentralizado, es decir que puede ser ejercido por cualquier juez, ya sea local o federal, y sin distinción de grados; por ser a posteriori en casos concretos; y por tener carácter vinculante a través de la regla del *staredecisis*.¹²

Con la Declaration of Rights de Virginia de 1776, la idea según la cual los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, sean estas de origen externo, como el Parlamento Inglés, o interno, como un legislador omnipotente.

¹¹Bidart Campos, German J., La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional; EDIAR S.A. Editora comercial industrial y financiera, Buenos Aires, 1987, Pág. 125.

¹²Se entiende por regla del *staredecisis*, a aquella que le da valor de fuente normativa general a una sentencia. El trato igualitario es el fundamento de la misma. La generalización de una sentencia se da a través de un proceso por el cual se elimina una serie de hechos del caso que los motiva, por carácter operativo. Así el deber jurídico de aplicar los principios que emanan de la sentencia solo es tal en la medida en que respecto de casos futuros se presenten los mismos hechos operativos. Para determinar que principios o norma general resultan obligatorias, debe distinguirse entre los fundamentos expresados en la sentencia, del *obiterdictum*. El primero es el principio esencial y necesario para la resolución del caso, el segundo representa lo superabundante, por referirse a hechos hipotéticos que aun siendo pertinentes resultan superfluos. Por lo tanto solo resulta obligatoria la parte de la sentencia constituida por el principio sobre la base del cual se ha resuelto el conflicto en cuestión.

El poder que los jueces tendrían dentro de este sistema se atribuye a ciertos presupuestos que se tomaron en cuenta desde el mismo momento en que se organizó el Poder Judicial dentro de una raíz Republicana. Estos presupuestos tendrían tanto orígenes conservadores como elitistas. En virtud de los primeros se afirmaba que no era necesario consultar a la ciudadanía de un modo efectivo, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas, y en función de los segundos, que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que por lo tanto solo algunos tenían las virtudes necesarias como para tomar decisiones justas.¹³

Este sistema de control de constitucionalidad de tipo judicial fue anticipado a finales del siglo XVIII, en un trabajo parecido en lo que hoy conocemos como el libro “El Federalista”. También el control difuso se remonta al antecedente de 1610 en Inglaterra con el juez Coke, el cual estableció que todo juez al momento de resolver debe examinar que la ley a aplicar debe estar acorde al “CommonLaw” o Derecho común, dicha posición no prosperó porque en 1688 se viene a reafirmar la Soberanía del Parlamento, ya que en el sistema Inglés del Derecho Anglosajón se mantenía la idea de la Soberanía Parlamentaria, debido a que las decisiones de ellos no eran objeto de control por parte de los jueces porque consideraban que lo acordado por la mayoría era una expresión de la voluntad soberana, pero el acontecimiento que marco huella fundamental en el control difuso fue con la pronunciación de la sentencia del juez Jonh Marshall del 24 de febrero de 1803 en Estados Unidos de Norteamérica, y en el cual se retomo la idea del juez Coke, el juez Marshall en el caso Marbury vs. Madison, manifestó que todo juez es un juez de la Constitución y por lo tanto está obligado a resolver con normas que no vayan en contra de la

¹³Vid, Viturro Paula: Sobre el origen y el fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad, primera edición, Editorial Honrad-Adenauer-Shiftug, AD-HOC, Buenos Aires, 2002, Pág. 46-47.

Constitución y de inaplicar las leyes y actos del poder contrarios a ésta,¹⁴ es lo que se conoce como Judicial Review.¹⁵

El juez John Marshall llevó el sistema de defensa constitucional hasta extender el control de constitucionalidad ejercido por los jueces a las leyes aprobadas por el Congreso. El constituyente estadounidense no se pronuncia expresamente por la facultad del poder judicial en la defensa constitucional, pero ella se desarrolló por los mismos jueces y así logro imponerse. En todo caso, la decisión de Marshall, la amplía, y la hace valer frente a las normas del Congreso.

Tomando en consideración las decisiones que ese caso pudo presentar encontramos: a) la propia tradición jurídica estadounidense, que existía en la época de la supremacía Inglesa una figura del Privy Council que era el órgano encargado de “fiscalizar la legislación colonial, las ordenanzas y la administración, asegurando así su conformidad a las estipulaciones de la constitución otorgada por el Imperio o la carta de la colonia en cuestión”; y la doctrina de Coke. b) ya que el juez Marshall contaba con el apoyo de un cierto sector de los miembros de la Convención que se expresaron públicamente a favor de conceder a los tribunales la facultad de controlar al Poder Legislativo. Pero se encontraban en minoría por lo que no fue expresamente consignada en la Convención que reformó la Constitución.¹⁶

¹⁴Gascon Abellán, M., La Interpretación Constitucional, Publicación de CNJ y ECJ, 2004, Pág. 149 y sig.

¹⁵La Judicial Review se configura como un sistema de control de constitucionalidad orientado prevalentemente a la protección de los derechos constitucionales. Se trata de un control difuso y concentrado. Difuso porque los derechos pueden ser invocados ante cualquier juez o magistrado que pueda protegerlo frente a cualquier poder: incluido el Legislativo. y concreto porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular la parte agraviada que debe de acreditar que la ley que estime inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos, por lo tanto solo tiene eficacia inter partes.

De esta forma podemos resumir la sentencia estrictamente en su contenido: Primero, que la Constitución es una ley superior, y por consiguiente, un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley. Segundo, es siempre deber del Tribunal decidir entre dos leyes en conflicto. Tercero, si un acto legislativo esta en conflicto con una ley superior, en todo caso la Constitución, es claro deber del Tribunal rehusar aplicar el acto legislativo. Y cuarto, si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, se destruye el fundamento de todas las constituciones escritas.

Como consecuencia lógica de la mencionada sentencia, se debe entender que todos los jueces tienen la obligación de aplicar la ley, en caso de conflicto de leyes se deberá aplicar la ley de mayor rango. Y cuando el conflicto se dé entre una norma inferior y la norma constitucional los jueces estarán en la obligación de dar primacía a esta última, por ser precisamente la norma de más alto rango.¹⁷

No obstante, hay que matizar que la decisión que tomen los jueces, si deciden la no aplicación de la ley ordinaria, no implica la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley, ya que los efectos de tal declaración se circunscriben solo al caso concreto que se está juzgando, y a través de la jurisprudencia a aquellos otros que planten iguales características y planteamientos.

El modelo de control difuso es aplicado también en Canadá, en su constitución de 1867, Australia, constitución de 1900, Brasil, constitución de

¹⁶Corwin, Edward S., Voz Judicial Review, en Encyclopedia of the Social Sciences, Volume Eight, The Macmillan Company, New York, 1959, pág. 457-464.

¹⁷Núñez Rivero, Cayetano, Estado y la Constitución, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000, Pág. 73

1946 y en El Salvador a partir de las constituciones de 1939, hasta la de 1962.

2.1.3 MODELO DE CONTROL CONCENTRADO

Por su parte, el control concentrado y abstracto conoce su fundamento en el modelo de justicia Kelseniano, en el que Hans Kelsen, realiza un estudio acerca del Control Norteamericano y el Defensor de la Constitución, planteando dicho autor: que el defensor debía ser un Tribunal especial único, conceptualizándolo no como un Órgano Jurisdiccional sino, como Órgano Legislativo, y más específicamente como un “Legislador Negativo”, en tanto su función se limitaba a declarar si una Ley era o no compatible con la Constitución, eliminando las no compatibles.¹⁸

La posibilidad de acudir ante el mismo por vía de acción, aunque limitando la legitimación para acudir ante el Tribunal y evitando el establecimiento de una especie de acción popular que abriese el camino a acciones numerosas y arbitrarias. La nulidad absoluta de la ley declarada inconstitucional y la eficacia erga omnes que tiene la declaración de inconstitucionalidad.¹⁹

En el modelo de Kelsen se sitúa en el vértice de su pirámide normativa de la representación de la estructura del ordenamiento, a la Constitución. La jurisdicción constitucional se concibe precisamente como “garantía jurisdiccional de la Constitución”. Él mismo señala que la “regularidad” de los demás escalones normativos está asegurada, pero no así la garantía del escalón más alto, es decir, la Constitución, entendida como aquella que

¹⁸Serra, María Mercedes, “Procesos y recursos constitucionales”, Ediciones Depalma, 1992 Buenos Aires, Argentina, p. 29.

¹⁹Núñez Rivero, Cayetano, Estado y la Constitución, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000, Pág. 74

dictamina la forma de producirse las otras normas. Dice Kelsen: “el problema de la regularidad de la ejecución, de su conformidad a la ley y, por consiguiente, el problema de las garantías de esta regularidad, son temas frecuentemente abordados. Por el contrario, la cuestión de la regularidad de la legislación, es decir, de la creación del derecho y la idea de las garantías de esta regularidad choca con ciertas dificultades teóricas”.²⁰

Por tanto, la justicia constitucional es concebida por Kelsen como un elemento que asegura la solidez del ordenamiento, entendido éste como estructura piramidal, jerárquica, cerrada y plena.

La doctrina americana del control judicial de las Leyes fue adoptada en Europa en la primera posguerra (1919-1920), por medio de la obra de Kelsen que introduce la llamada “Jurisdicción Concentrada” para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes, en oposición al sistema de “Jurisdicción Difusa” norteamericana.

Luego surgió en la Constitución Austriaca de 1920, perfeccionada en 1929. En cuanto a la evolución del modelo austriaco se dan tres sistemas evolutivos diversos: En primer lugar, debe mencionarse la Ley Austriaca del 25 de enero de 1919; en los trabajos preparatorios, Kelsen tuvo un papel decisivo, implantando en Austria un Tribunal Constitucional. La importancia de esta ley es que por primera vez se crea un tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional, pero no se contempla su función de control de la constitucionalidad de las leyes, sino más bien se trata de un tribunal “al servicio de la Constitución en todas direcciones”.

²⁰Pérez Tremps, Pablo, Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 49.

En segundo lugar, se refiere a “La Ley Constitucional de Representación Nacional”, promulgada el 14 de marzo de 1919, la cual introduce un control previo de la constitucionalidad de las leyes de los Lander por razón de la competencia, a instancias del Gobierno Federal, correspondiendo al Tribunal constitucional conocer de la impugnación.²¹

El tercer momento, está constituido por la consagración formal de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal, que tiene la función de controlar, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes.

Pero también tuvo aplicación en otros países durante el período de entreguerras, entre los cuales merece ser citado el caso de la Constitución Checa y la Española de 1931. En Europa, antes de 1920, no se había dado un sistema de control concentrado por Órganos Jurisdiccionales especializados. Pero tras la segunda guerra mundial se adoptaría en toda Europa, ya que el control se encuentra en un solo Órgano y en algunos casos se encuentra separado de la jurisdicción ordinaria y de otros dentro de las Supremas Cortes.

En la actualidad la mayoría de Estados ha configurado en sus sistemas modelos combinados y son pocos los que podríamos clasificar como sistemas puros de uno y otro. Alguna parte de la doctrina distingue entre sistema Concentrado, Difuso y Mixto. Por este último se entiende aquel en el cual el juez inicia el control pero la decisión le corresponde a otro juez. Los modelos alemanes y español son modelos de este sistema.²²

²¹Cruz Villalón, Pedro, La Formación del sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, Pág. 249-250.

²² Bertrand Galindo, Francisco y otros: “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo I, segunda edición, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996, pág. 470.

En Latinoamérica, Guatemala es el primer país que creó un Tribunal Constitucional según el modelo Europeo; paralelamente al sistema difuso, la Constitución de 1965 instauró un Sistema Concentrado de Control Judicial que lo atribuyó a una Corte de Constitucionalidad. Según su Constitución de 1985 solo puede ser planteado el Recurso de Inconstitucionalidad por determinados funcionarios y autoridades, contra Leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la Corte efecto general.

La particularidad del procedimiento de la Corte Constitucional de Guatemala esta dado por la aplicación de la medida cautelar de la suspensión provisoria de los efectos de la Ley o del acto ejecutivo impugnado, durante el curso del proceso, si la inconstitucionalidad es notoria y puede causar gravamen irreparable.

En Ecuador a partir de la reforma constitucional de 1995, se rige por el Método Concentrado de Control Constitucional desempeñado por el Tribunal Constitucional que funciona paralelamente con el método difuso. Tiene competencia para resolver sobre demandas de inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos, Ordenanzas y Actos Administrativos de toda autoridad pública y en los que se suspende total o parcialmente los efectos de la Ley, tomada dicha suspensión como medida cautelar aplicable a las demandas de inconstitucionalidad.

Otras constituciones, por el contrario, y sin establecer órganos jurisdiccionales especiales de control constitucional, establecen la intervención de un órgano jurisdiccional ordinario, por lo general al Tribunal Supremo de Justicia. Tal es el caso de la Constitución chilena de 1925, art.

86, de la constitución irlandesa de 1937, art. 26, o la constitución de Colombia de 1866, art. 90 y 214.²³

2.1.4 MODELO ADOPTADO POR LA LEGISLACION SALVADOREÑA, CONTROL MIXTO.

Luego de las anteriores consideraciones es menester determinar cómo se ha configurado el control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. El Salvador cuenta con un modelo de control de constitucionalidad que une rasgos del sistema Difuso y del Concentrado.

Ya cuenta con el fundamento de la Supremacía Constitucional y por ende de los mecanismos de control, que se encuentran regulados en los siguientes artículos: el inciso tercero del artículo 172 Cn. los jueces y magistrados están sometidos a la Constitución y a las leyes, éstas, según el artículo 246 Cn., no pueden alterar los principios, derechos y obligaciones establecidos por la primera. Reafirmandose tal sometimiento en el artículo 235 Cn., que establece que todo funcionario, al tomar posesión del cargo debe protestar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen. Además se encuentra la parte final del artículo 249 Cn. que declara derogadas las disposiciones que estuvieran en contra de cualquier precepto de la Constitución. La jurisdicción ordinaria 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, en virtud de los artículos 185 y 149.

²³Núñez Rivero, Cayetano, Estado y la Constitución, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000, Pág. 75

La parte del Sistema que corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, es decir sobre el Control Difuso, se ejerce en el curso de un proceso, cuando de la disposición considerada inconstitucional dependa la tramitación del mismo o el fundamento de las resoluciones, siendo esta la facultad que puede ser ejercida de oficio o a petición de parte, según el artículo 185 de nuestra Constitución.

Según Bertrand Galindo²⁴ aparece éste control por primera vez en la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1921, y en las de la República de El Salvador de 1939, 1944, 1945, 1950 y 1962; sin tener definido en ese momento ningún trámite especial, ni control superior, lo cual según se argumenta pugna contra la seguridad jurídica y contra el principio de igualdad.²⁵

No fue hasta en el año 2006, que hubo más referencia, a nivel secundario, que el límite establecido en el art. 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que establecía que cuando la sentencia sea desestimatoria, ningún tribunal o juez ordinario podrá inaplicar la disposición impugnada.

El hecho que la inaplicabilidad no estuviera desarrollada en ninguna otra ley pudo ser utilizado, en algún momento, como razón para evitar su uso por parte de los jueces; pero así como en el modelo Difuso Estadounidense no existe disposición expresa en la Constitución, no se duda del uso de la inaplicabilidad por parte de los jueces, ya que aquel momento dependía del grado de conciencia que en ellos existiera.

²⁴Ibídem, pág. 524 y sigs.

²⁵Tinetti, José Albino: La Justicia constitucional en El Salvador, Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano, Centro de Estudios Constitucionales, San Salvador, 1997, pág. 179.

Actualmente, luego de las reformas a la Ley de Procedimientos Constitucionales, en donde se agregó el Título V, Inaplicabilidad, conformado por los artículos del 77-A hasta el 77-G, se regula el procedimiento a seguir en caso que, luego del examen de constitucionalidad que el juzgador hace de la norma a utilizar en el proceso, se deba inaplicar la norma por ser contraria a la Constitución.

Dichas disposiciones dieron una regulación expresa al control difuso, que siempre había estado en manos de los jueces ordinarios, pero también hicieron surgir una pugna entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción especial. Esto se debe a que, a diferencia del proceso que se seguía hasta ese momento por la jurisdicción ordinaria, que luego de resolver un caso concreto por medio del control difuso de constitucionalidad, se notificaba la sentencia a la parte interesada, pero sin mayor consecuencia que su aplicación al caso concreto, cambiando esta situación con las reformas a la legislación especial, en las que no solamente se intenta unificar las resoluciones dadas por los jueces ordinarios, sino que además se inicie, de una manera poco usual y casi rayando en lo inconstitucional, a través de la resolución final, un requerimiento a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que inicie un proceso de inconstitucionalidad y posteriormente resuelva, en un plazo de 15 días, sobre la inconstitucionalidad de la norma inaplicada (art. 77-E y 77-F LPrCn); y de la resolución que emita no existe recurso alguno, por lo que esta resolución será de obligatorio cumplimiento para los jueces, so pena de suspensión y desobediencia al juez que no acate lo resuelto por la jurisdicción especial (art. 77-F y 77-G LPrCn).

En la Constitución de 1983 se confiere la jurisdicción especializada a la Sala de lo Constitucional, es decir lo referente al Control Concentrado, que está

dentro del Órgano Judicial, tanto que su presidente lo es al mismo tiempo de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial, la competencia para el conocimiento y solución de todos los procesos de naturaleza constitucional, esta jurisdicción fue complementada con las reformas a la Constitución de 1991, como parte de los Acuerdos de Paz para asegurar un Órgano Judicial independiente y fortalecido, en el cual se sustituyó la conformación de la Corte, nombramiento, remoción y período de los magistrados.

El control abstracto se concretiza en el proceso de Inconstitucionalidad, en el art. 183 de la Constitución y la competencia corresponde a la Sala de lo Constitucional, su regulación en la vigente Constitución es en la misma forma que en la Constitución de 1950. Según Bertrand Galindo, el surgimiento de este proceso se encuentra en la Constitución Federal de Centroamérica de 1921, en las Constituciones de El Salvador de 1939, 1944, 1945, haciéndose la aclaración que se regulaba como un amparo contra ley.²⁶

La legitimación activa esta conferida a cualquier ciudadano, reconociéndosele también esta legitimación a la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. En los procesos de inconstitucionalidad con sentencia estimatoria sus efectos erga omnes expulsan del ordenamiento jurídico la disposición declarada inconstitucional. Y en caso de ser una sentencia desestimatoria no procede la inaplicación de la norma.

No existe en el sistema un control previo obligatorio para examinar los proyectos de ley. Únicamente se prevé en el artículo 138 Cn. que, en caso que el proyecto sea vetado por el Presidente de la República por razones de

²⁶Vid, Bertrand Galindo, Francisco y otros, op. Cit., pág. 471 y sigs.

inconstitucionalidad, si es ratificado por la Asamblea Legislativa, se suscita ante la Sala de lo Constitucional, según el ordinal 2º Art. 53 de la Ley Orgánica Judicial, la controversia para que decida sobre la misma. Si la Sala desestima el veto, el Presidente de la República está en obligación desancionarlo y publicarlo como ley. Si declara que alguna disposición es contraria a la Constitución, ésta debe ser desechada.

En El Salvador las normas susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad son las leyes formales y todo tipo de actos normativos públicos establecidos. Pero es de advertir que en nuestro país no existe la institución de legislación delegada.

En cuanto al control constitucional en nuestro país la doctrina ha sido hasta ahora pacífica, en el sentido de admitir el “doble control”, es decir que se ha reconocido competencia a la Sala de Constitucional para ejercer el control abstracto de la normativa preconstitucional, teniendo la facultad de la declaratoria de la inconstitucionalidad de los tratados, leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones de carácter general que se enumeran en supra, por lo que podríamos decir que es a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la que le corresponde el “monopolio del rechazo” a las normas contraria a la Constitución, también como a los jueces ordinarios que poseen facultad para inaplicar una norma cuando la consideren derogada, por ser contraria a la constitución.

En consecuencia, nos lleva a que nuestro modelo de justicia constitucional se convierte en un sistema mixto, tal como ocurre en el sistema español, ya que las resoluciones de los jueces ordinarios serán revisadas por el tribunal constitucional. Sin embargo, en el sistema español, tiene asidero

constitucional en el art. 164 de la Constitución española, y en el nuestro es regulado por medio de una ley secundaria.

2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

2.2.1 ANTECEDENTES GENERALES

Dentro de los antecedentes históricos del proceso de inconstitucionalidad, el primer Tribunal Constitucional conocido es el de Checoslovaquia establecido por la Constitución del 29 de febrero de 1920. En el mismo año, se concreta el Alto Tribunal Constitucional de Austria. En el período de entreguerras se creó en la Constitución española de 1931, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual desaparece con el advenimiento al poder del régimen de Franco.

Según la doctrina de Kelsen, el Tribunal Constitucional, es considerado como un legislador negativo; ya que tiene poder de anular una ley, que es equivalente a dictar una norma general, lo que es el acto contrario a la producción de normas legislativas que concreta el Parlamento. La tesis de Kelsen, es cuestionada en el sentido que, cuando un Tribunal Constitucional resuelve anular una ley no lo hace discrecionalmente, no tiene libre iniciativa creadora de normas generales como el Parlamento, sino se ajusta a criterios jurídicos teniendo como único parámetro la Constitución, ejerce una función jurisdiccional como los jueces, dentro del marco de un procedimiento, con la única diferencia que resuelve sobre la supremacía constitucional; lo cual implica decisiones con consecuencias políticas. Se considera además, que por regla general, el Tribunal Constitucional actúa a requerimiento de otros órganos, autoridades o personas.

El modelo kelseniano de Tribunal Constitucional; sufre diversas modificaciones en el desarrollo de los Tribunales Constitucionales de la post segunda guerra mundial, permaneciendo como características esenciales la acción directa ante el Tribunal y los efectos generales de las sentencias, ya que, algunas jurisdicciones constitucionales, adoptan junto con el control de carácter abstracto el control concreto por vía incidental, como ocurre en diversos Tribunales Constitucionales Europeos y Latinoamericanos (Austria, Alemania, Italia, España, Bolivia, entre otros).

Las principales razones del desarrollo de los Tribunales Constitucionales son: Primero, la constatación de que los tribunales ordinarios tienden a sacralizar las leyes, producto de su cultura continental de aplicadores de la ley, más que juzgadores de la ley a partir de la Constitución. Segundo, se considera que los magistrados ordinarios no están preparados para realizar interpretación constitucional y juzgar las leyes y demás normas internas desde los valores, principios y reglas constitucionales. Tercero, se debe tomar en cuenta, que en diversos países de América y Europa se ha constatado el fracaso de la jurisdicción constitucional en manos de los jueces ordinarios.

2.2.1.1 EVOLUCION MUNDIAL

La legitimidad de los Tribunales Constitucionales se justifica por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque son los protectores de los derechos humanos o fundamentales de las minorías frente a las eventuales embestidas de la mayoría que suele controlar el Gobierno y el Parlamento. En segundo lugar, porque son órganos de garantía del respeto de la distribución de competencias hecha por el constituyente entre los órganos constituidos. La tendencia al establecimiento de Tribunales Constitucionales; se ha acrecentado después de la Segunda Guerra Mundial con fuerza en

Europa, América Latina, Asia y África, a través de sucesivas olas como señala Favoreu.

La primera ola ocurre en el período entre las dos guerras mundiales, en que se desarrollan los tribunales de: Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Liechtenstein (1921) y España (1931), a los cuales puede agregarse el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940).²⁷

La segunda ola se desarrolla al término de la Segunda Guerra Mundial y hasta la década del sesenta; se reconstruye el Tribunal Constitucional de Austria (1945) y se generan los tribunales constitucionales de: Italia (1948), Alemania Federal (1949), Francia (1959), Turquía (1961) y Yugoslavia (1963).

La tercera ola se produce en las décadas de los setenta y principio de los ochenta, en que se crean los Tribunales Constitucionales de: Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1983), Polonia (1985). Son parte de esta tercera ola en América Latina los tribunales constitucionales de Guatemala (1965-1985); Chile (1970), el cual fue restablecido en 1981 y el Tribunal de Perú (1979-1993).

Una cuarta ola se produce a la caída del muro de Berlín en 1989, y se desarrolla hasta la década de los noventa en los países de Europa Central y Oriental, asimismo, en algunos países de América del Sur; entre los primeros se encuentran: Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Macedonia, Moldavia, Rusia, Rumania; entre los segundos: Colombia (1991), Bolivia (1994) y Ecuador (1995-1999).

²⁷ Dr. Rodríguez, Juan José, Boletín Mexicano de Derecho, México, 2000, Pág. 25.

En América Latina se ha desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austriaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales.

De esta manera puede mencionarse la evolución histórica del proceso de inconstitucionalidad, y siguiendo el antecedente Español, en la Constitución de 1940, Cuba crea un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, el cual integraba el Poder Judicial y Sala de la Corte Suprema, ejerciendo un control concentrado de constitucionalidad sobre todo tipo de normas jurídicas.

En Guatemala en el año 1927, surgió otra reforma constitucional mediante la cual se estableció que “era potestad de la Corte Suprema de Justicia declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera fuera su forma no era aplicable por ser contraria a la constitución” estas reformas introdujeron una novedad, que consistió en atribuir esta facultad a los tribunales de segunda instancia y jueces letrados de primera instancia que, según la Carta Magna, sólo podían declarar la inaplicación de una ley o disposición de otros poderes cuando contradijeran las disposiciones constitucionales y, además, se tratase de casos concretos y en las resoluciones que dictaran.

Es en el año de 1965 cuando se emitió una nueva Constitución en la que se estableció un Tribunal Concentrado para ejercer el control constitucional de las leyes. De esta manera se creó la Corte de Constitucionalidad es mediante esta constitución que se adoptó un sistema de control constitucional mixto. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes se

mantenía.²⁸ Según su Constitución de 1985 solo puede ser planteado el Recurso de Inconstitucionalidad por determinados funcionarios y autoridades, contra Leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la Corte efecto general.

En Argentina en los años de 1959, en la República Federal de Argentina, existía una negativa persistente a la aceptación de la pretensión de inconstitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema debido a diversos factores de carácter político-formalistas.

En el año de 1968, se da la incorporación de la "acción meramente declarativa", pero, aún con ello la Corte Suprema continuó rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad que se pretendían interponer mediante esta nueva acción. en el año de 1985, cuando en la República Federal Argentina, surge la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad como es conocida hasta la fecha, este surgimiento se dió vía jurisprudencial a través del caso "Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales - Acción de Amparo", por medio de la cual se sancionó la ley 5.464, creando el Departamento de Control de Combustibles, que de acuerdo al citado texto legal, tendría a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos, ante tales circunstancias, surgió la oposición de la Divisional Salta de Yacimiento Petrolíferos Fiscales; Esto motivó la demanda de inconstitucionalidad por la Provincia citada, La Corte Suprema consideró que en este caso aparece adecuada la acción declarativa de inconstitucionalidad que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva, no requiriendo la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de

²⁸Ibídem. Pág. 245

certeza. En este caso, la Corte Suprema en una jurisprudencia realmente constituyente, logra dar vida a la acción declarativa de inconstitucionalidad reiteradamente negada por sus antecesores.

En la República de Ecuador con el objetivo de evitar la politización del sistema ecuatoriano, entregando el control al principal órgano controlador, en virtud de la reformas de 1992, la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales ya no se somete a la Legislatura, sino a la creada Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, instituyendo un sistema de control híbrido. “Lo que es innegable es que el modelo debe ser perfeccionado, y a ello se conduce este Tribunal, lo que ha comenzado a realizar a través del envío al Congreso Nacional del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el estudio de proyectos de reglamentos al interior del Tribunal, entre los que resaltan los relativos al aspecto orgánico funcional del Tribunal y el de trámite de expedientes”.²⁹

A partir de la reforma constitucional de 1995, se rige por el control concentrado de Control Constitucional desempeñado por el Tribunal Constitucional que funciona paralelamente con el método difuso. Tiene competencia para resolver sobre demandas de inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos, Ordenanzas y Actos Administrativos de toda autoridad pública y en los que se suspende total o parcialmente los efectos de la Ley, tomada dicha suspensión como medida cautelar aplicable a las demandas de inconstitucionalidad.

²⁹Morales Tobar, Marco A., “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, puede consultarse en Internet en <http://www.csj.com.ec>.

2.2.1.2 EVOLUCION EN EL SALVADOR.

Como anteriormente se menciona, el Control Jurisdiccional de la legitimidad constitucional, tiene su positivación en El Salvador, por primera vez, en la Constitución de la República Federal de Centroamérica, decretada el 9 de septiembre de 1921 que en su artículo 130 disponía: “podrán también entablarse ante la Corte Suprema de Justicia Federal el Recurso de Inconstitucionalidad de una Ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los tribunales, por toda persona a quien se perjudique en sus legítimos derechos, por su aplicación en un caso concreto. La Ley reglamentará el uso de este recurso”.³⁰

En 1939 se promulga la constitución que retomara el contenido de la constitución de 1886, y con la novedad, que se regulaba por primera vez la inaplicabilidad de las leyes que fueran contrarias a la constitución, esta responsabilidad recaía en los tribunales al momento de sentenciar. Posteriormente, en el año de 1945, se promulga una nueva constitución, que como innovación también regulaba lo referente a la inaplicabilidad de las leyes y al igual que la de 1939, pero, por la vía del amparo.

En el año de 1950, “durante el período del Consejo de Gobierno Revolucionario, se proclama una nueva constitución la cual, significa un hito de progreso en la vida constitucional de nuestro país ya que se separan el amparo y el Habeas Corpus de la acción de inconstitucionalidad”.³¹ Creando la acción directa y objetiva de inconstitucionalidad y se crea el proceso específico para esta acción. Los constituyentes de ese momento, en su exposición de motivos, adoptan una postura puramente constitucionalista

³⁰Op. cit., Bertrand Galindo, etc., Pag.471.

³¹Tenorio, Jorge Eduardo, Justicia y Constitución en El Salvador, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004, Pág. 66-67.

alestablecer que: “desde el punto de vista de los principios jurídicos, queda implícita dentro de la potestad de administrar justicia, la declaratoria de inaplicabilidad de las leyes, ya que, los jueces y magistrados tienen que dar preferencia a la constitución, en los casos que se tenga que pronunciar sentencia”.³²

Esta Ley Suprema establecía que el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos de un modo general y obligatorio era la Corte Suprema de Justicia a petición de cualquier ciudadano. “Es entonces que con la constitución de 1950 aparece la acción popular de inconstitucionalidad, cualquier ciudadano puede hacer uso de ella, aún cuando los efectos de la ley no le atañen directamente ni tenga un interés jurídico manifiesto”.³³

La constitución promulgada en 1962, contenía el mismo texto que la de 1950; con la excepción de tres reformas que no alteraban los preceptos relativos a los medios procedimentales específicos de la defensa de las garantías constitucionales. En el texto de la misma se manifiesta expresamente el principio de supremacía constitucional al establecer que “dicha ley primaria prevalecerá sobre todas las leyes, decretos, reglamentos e igualmente, deroga las constituciones y leyes constitutivas que han regido en El Salvador antes de su vigencia”.³⁴ Otro aspecto importante de esta constitución es que se regula de manera expresa la inconstitucionalidad de las leyes tanto por su contenido como por su forma, dando de esta manera, la potestad de declarar

³² Aguilar Pocasangre, Margarita y otros, El Proceso de inconstitucionalidad en la legislación salvadoreña, tesis Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 1990, Pág. 26.

³³ Hernández Reyes, Ricardo Alberto y otros; Eficacia del proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador, Tesis Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, 1995, Pág.24.

³⁴ *Ibíd.* Pág. 29

inconstitucional una ley que haya sido promulgada contrariando los trámites establecidos por la constitución.

En 1983, entra en vigencia la actual constitución, siendo una de sus grandes innovaciones, en el ámbito jurisdiccional, la creación de la Sala de lo Constitucional, como un ente subordinado en el Órgano Judicial, concretamente en la Corte Suprema de Justicia, con la atribución exclusiva de conocer de los procesos de inconstitucionalidad, amparo y Habeas Corpus o exhibición personal. La declaratoria genérica aparece en el Art. 183; el agregado de este artículo en relación con los anteriores es la frase “por medio de la Sala de lo Constitucional”, por ser esta quien tiene la competencia en esta materia.³⁵

La Sala de lo Constitucional sustituyó a la Sala de Amparos “pero dicha sustitución no se quedó en el ámbito nominal, sino que, implicó la creación de un tribunal con características singulares, tanto desde una perspectiva orgánica como competencial, pues es un ente jurisdiccional con unas características estructurales propias y con unas competencias limitadas tanto materialmente como funcionalmente”.³⁶

En lo que se refiere a la evolución histórica del proceso de inconstitucionalidad en El Salvador, Podemos mencionar además otras leyes secundarias que se desarrollaron o pretendieron desarrollar en su momento al proceso de inconstitucionalidad, dentro de estas pueden mencionarse:

³⁵Núñez Rivero, Cayetano, Estado y la Constitución, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000, Pág. 127

³⁶Ibídem. Pág. 128

- ✓ Ley de Amparo de 1950: En esta ley no se contemplan las cuestiones relativas a la demanda de inconstitucionalidad como: requisitos, trámite, forma de la sentencia, etc. Debido a que no era este su objetivo y tampoco se encontraba regulado aún el proceso de inconstitucionalidad, a pesar de que a nivel constitucional existía por primera vez una regulación expresa del proceso de inconstitucionalidad.

- ✓ Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960: La Corte Suprema de Justicia haciendo uso de la facultad de iniciativa de Ley que la constitución le confería, en la que se dispuso en el Art. 2, que: “cualquier ciudadano puede pedir a 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. Corresponde la tramitación del proceso a la Sala de Amparo y la sentencia definitiva a la Corte en Pleno”; aunque en el año 1959, sometió a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley de Garantías Constitucionales; que se fundamentó en la constitución de 1950, por lo que, con la promulgación de la constitución de 1962, no requirió de modificaciones en su contenido, debido a que en dicha constitución fue reproducida íntegramente la disposición relativa a la inaplicabilidad de las leyes. La nueva ley de Procedimientos Constitucionales deroga la ley de Amparos de 1950 e incorpora lo relativo a la tramitación del recurso de inconstitucionalidad. En el anteproyecto de la ley en comento; los legisladores plasmaron en la exposición de motivos, la necesidad y conveniencia de reunir en un solo cuerpo legal todos los preceptos constitucionales que contenían el recurso de inconstitucionalidad, el derecho al Habeas Corpus y de Amparo, los cuales garantizan la pureza de la constitucionalidad.

En esta etapa la acción de la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio se ejercía por los ciudadanos pero se encontraba regulada en la Ley Orgánica del poder judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público, pero, esta regulación, poseía inconsistencias, al considerarse, por parte de los legisladores que, dicha acción, no había sido especialmente reglamentada. El proyecto de ley, además incorpora el trámite que se utilizaba en la Ley Orgánica Judicial y del Ministerio Público, adicionando, que “antes de oírse al Fiscal General de la República, se pedirá informe por diez días a la autoridad de donde emane la ley, el decreto o reglamento que se estimen inconstitucionales. Para la audiencia del Fiscal, se deja a juicio de la Sala encargada de la substanciación del proceso, la facultad de fijarle un plazo que no podrá exceder de noventa días. Esto es así porque habrá casos en que el estudio del asunto cuestionado necesite cierto tiempo mayor o menor, según la naturaleza o complejidad”.³⁷

En cuanto al órgano encargado de conocer el recurso; la ley establecía dicha competencia a la sala de Amparos, la cual tramitaría el proceso hasta elaborarse el proyecto de sentencia, y para resolver en definitiva la Corte en Pleno “siguiendo exactamente el mismo criterio que inspira las disposiciones vigentes de ley Orgánica del poder Judicial”.³⁸ En relación al procedimiento, es de carácter oficioso, iniciando la actividad del Tribunal, por medio de acción del Ministerio Público o de cualquier ciudadano, y solamente por sentencia definitiva se podría poner término al proceso.

Con la vigencia de la constitución de 1983, la Ley de Procedimientos Constitucionales sufre una modificación, en el sentido que el trámite de los

³⁷ Vid, Aguilar Pocasangre, Margarita y otros, op. cit. Pág. 32.

³⁸ Ibídem, Pág. 32

procesos de inconstitucionalidad que le correspondía a la Sala de Amparo, desaparece, y pasa a ser competencia de la Sala de lo Constitucional creada por la nueva ley suprema. Con la vigencia de la Ley de procedimientos constitucionales, nace plenamente a la vida jurídica el recurso de inconstitucionalidad en nuestro sistema jurídico, aunque, este nacimiento puede ser calificado como tardío, ya que en otras legislaciones latinoamericanas existía desde el siglo pasado. Esta ley se encuentra vigente en la actualidad, ha sufrido algunas modificaciones que no alteran substancialmente su contenido.

El Anteproyecto de Ley de Justicia Constitucional de 1989, se elaboró un anteproyecto de Ley de Justicia Constitucional, la cual tenía como objetivo derogar la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960 e incorporar algunas innovaciones en el proceso de inconstitucionalidad, entre estas innovaciones pueden mencionarse: que la sentencia firme de inaplicabilidad, ponga en marcha el proceso de declaratoria genérica de inconstitucionalidad; que la competencia de la Sala de lo Constitucional se modifica para suplir errores u omisiones de la demanda siempre y cuando sean de derecho; y, si la demanda es declarada inadmisibile por no haberse probado la ciudadanía del impetrante, se le notifique al Fiscal General de la República para que éste inicie el proceso si lo considera procedente. Este anteproyecto no fue aprobado por la Asamblea Legislativa.

El Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional de 1995, este anteproyecto no aportaba mayores innovaciones a la ley de procedimientos constitucionales de 1960, sino que, más bien buscaba modernizar la redacción de la vigente ley, sin embargo, hasta la actualidad no ha sido aprobada por la asamblea legislativa, sino, que se han presentado modificaciones consistentes sobre su contenido.

Las Modificaciones al Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional de 1995 en el año 2001. Entre las novedades y modificaciones que contiene este anteproyecto, se encuentran: El inicio del proceso de inconstitucionalidad por la declaratoria de inaplicabilidad de la ley hecha por un funcionario judicial; la obligación de audiencia a la entidad emisora del cuerpo legal impugnado, en caso de que éste fuera reformado en el desarrollo del proceso; la inconstitucionalidad por conexión de manera expresa; el establecimiento de un capítulo sobre medidas cautelares, además de establecer un plazo para la notificación de las resoluciones, esto, con el objetivo de tramitar el proceso con celeridad y así evitar la mora judicial. Este anteproyecto debe ser sometido a discusión y, en su caso a la posterior aprobación de la Asamblea Legislativa.

La Sala de lo Constitucional, fue una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1983, dentro del ámbito jurisdiccional, como ente comprendido en la estructura del Órgano Judicial, específicamente en la Corte Suprema de Justicia, con la atribución de conocer en forma exclusiva de los procesos de inconstitucionalidad, amparo y habeas corpus o exhibición personal en el caso de que el demandado sea de San Salvador así como también de las controversias entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo en el procedimiento de formación de la ley y de las causas de pérdida y rehabilitación de los derechos del ciudadano.

Antes de la Sala de lo Constitucional, fue creada la Sala de Amparos de la Corte Suprema de Justicia mediante reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobadas en 1959, a ésta Sala “se le atribuyó principalmente, conocer de los procesos de amparo, la substanciación de los procesos de inconstitucionalidad y la elaboración del proyecto de sentencia respectivo, para que la Corte Suprema de Justicia pronunciase la resolución definitiva”;

la sustitución de esta Sala por la Sala de lo Constitucional implicó la creación de un tribunal con características singulares, tanto desde una perspectiva orgánica como competencial por ser un ente jurisdiccional con características estructurales propias y con unas competencias limitadas materialmente y funcionalmente; es decir, que por una parte a la competencia que por razón de la materia tiene el tribunal como lo es la constitucional; y por otra, a la concreta función de conocer de unos determinados procesos y procedimientos.³⁹

“Lo que caracteriza a la Sala de lo Constitucional en el aspecto competencial es el énfasis de esta en los aspectos funcionales, ya que los materiales no la singularizan en su totalidad, porque todos los juzgados y tribunales tienen la potestad tanto de controlar la constitucionalidad de las leyes o disposiciones de los otros Órganos en que se fundan sus decisiones como de inaplicarlas en caso no aprueben el examen de constitucionalidad”.⁴⁰

El control de constitucionalidad realizado por la Sala de lo Constitucional se desarrolla de manera dinámica en forma de un proceso cuya finalidad es decidir sobre la protección de inconstitucionalidad planteada por un ciudadano, para emitir consecuentemente un pronunciamiento de invalidación, de un modo general y obligatorio de las disposiciones infraconstitucionales que resulten incompatibles con la ley suprema. En tal sentido, el proceso de inconstitucionalidad versa sobre la compatibilidad lógico-jurídico entre el objeto de control y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control, a fin de que la primera se expulse del ordenamiento jurídico de resultar contraria a la segunda.

³⁹ Vid, Anaya Barra, Salvador Enrique y otros, Teoría de la Constitución Salvadoreña, primera edición, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador; 2000. Pág. 315

⁴⁰ Ibídem, Pág. 315.

En ese sentido, es necesario recalcar que en nuestro ordenamiento jurídico los procesos constitucionales persiguen en esencia un pronunciamiento estrictamente objetivo sobre la legitimidad constitucional de las disposiciones infraconstitucionales que efectivamente surten efectos jurídicos.⁴¹

De lo antes expuesto podemos denotar de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño en ningún momento se ha regulado la posibilidad de aplicar una medida cautelar en este tipo de proceso, a diferencia del proceso de Amparo en el que desde su incorporación en el ordenamiento jurídico y hasta la fecha se ha regulado la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado y a nivel de jurisprudencia se han creado otras medidas que ya no consisten en suspender el acto reclamado sino en una orden de proveer el acto reclamado que dicta la Sala a la parte demandada.

⁴¹Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, 2003, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Control de Constitucionalidad, Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 30-2003 de fecha 04/09/2003.

CAPITULO 3

**Consideraciones Teórico-Doctrinarias
sobre el Proceso de Inconstitucionalidad y
la Aplicación de Medidas Cautelares.**

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

3.1.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El Proceso de inconstitucionalidad es un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional justo y necesario en un Estado de Derecho, con el objeto de dar certeza constitucional a las normas sometidas al control de legitimidad, siendo así que a grandes rasgos se desarrolla la jurisdicción constitucional salvadoreña a la cual tiene acceso cualquier ciudadano de la República.

Cuando el contenido de una Ley, Decreto o Reglamento resulte contrario o incompatible con las disposiciones de la Constitución, cualquier ciudadano puede presentar por escrito, demanda de Inconstitucionalidad contra el mismo, ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Con este proceso se trata de impedir la aplicación de aquellas leyes que contraríen a la Ley Suprema del país.⁴²

El proceso de constitucionalidad salvadoreño, dada su especial naturaleza de control abstracto de normas jurídicas cuyo fundamento de la pretensión que nos ayuda a esclarecer su razón de ser dentro del ámbito jurídico y poder determinar su alcance, límite de estudio y aplicación dentro del mismo campo, destacándose que constituye un control legitimador del contraste constitucional de disposiciones generales; así se refleja que es una garantía

⁴²Puede ser consultada en <http://www.csj.gob.sv/constitu/sabia.htm>, fue consultada 01:32 pm 15-08-11

constitucional materializada mediante un proceso, requirente de una pretensión procesal para que la entidad jurisdiccional actúe en determinado sentido ya que el proceso se inicia, depura y fenece para satisfacer la pretensión planteada sobre la compatibilidad o no de la norma con la Constitución.

El proceso de inconstitucionalidad no exige la existencia concreta de hechos que afectan una esfera jurídica, siendo nada más necesario la exposición de los motivos de inconstitucionalidad alegada (Art. 6 Ord. 3º L.Pr.Cn.). y Reunidos los elementos citados nace a la vida jurídica lo que se denomina “pretensión” a la cual la Sala de lo Constitucional se ha referido como “el medio de concreción o realización del derecho de acción, esto se refiere, a la petición dirigida a un tribunal y frente a un sujeto distinto de quien pretende, sobre un determinado bien jurídico, reclamando con fundamento en unos específicos hechos,” asimismo, la configuración de la pretensión constitucional no puede ser planteada más que por el demandante o peticionario.⁴³

3.1.2 OBJETO DE CONTROL DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El proceso de inconstitucionalidad se ve forzosamente precedido de una pretensión, la cual posee intrínsecamente elementos objetivos y subjetivos que le dan viabilidad, siendo indispensable también que ésta contenga la invocación del derecho y la narración fáctica que la fundamenta.

El objeto del proceso de inconstitucionalidad en cuanto a contenido se refiere a que está constituido por la pretensión de que la Sala de lo Constitucional

⁴³ Sentencia de Inconstitucionalidad del 14 de enero de 2000. Ref. 10-94

invalide una determinada disposición por ser ésta incompatible o contradictoria con la Constitución, en virtud de mantener un mandato que, considerado en abstracto, posee un sentido opuesto al mandato de la norma Constitucional propuesta como parámetro de control.⁴⁴

El objeto de control es la norma que se está impugnando de inconstitucional, es decir, es la que está siendo objeto del control, así como lo estipulan los Art. 183 y 149 CN.

Y los actos de objeto de control son los siguientes:

3.1.2.1. Leyes,La ley es definida en el Art. 1 Código Civil como: “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada por la constitución, manda prohíbe o permite”. Por tanto, no todas las actuaciones provenientes del Órgano Legislativo, son leyes, en sentido estricto; ya que muchas de ellas son actuaciones meramente administrativas; En cuanto a actos normativos podemos mencionar la Ley de Procedimientos Constitucionales, es decir que en cuanto a ley, puede ser objeto de control.⁴⁵.

3.1.2.2. Tratados Internacionales; de acuerdo con el art. 149 Cn. deriva la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de tratados, lo cual vale tanto para los tratados, en general, como para los de la integración centroamericana.

3.1.2.3. Decretos de reforma constitucional;el control por la vía de la inconstitucionalidad, incluye tanto los decretos previstos en la

⁴⁴Sentencia de inconstitucionalidad del 15 de febrero de 2000. Ref. 3-2000

⁴⁵Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Información Jurídica, ministerio de Justicia, San Salvador, 1998, pág. 485.

constitución, como los decretos ley o de facto, es decir aquellos actos normativos que tienen valor de ley, emanados de gobiernos de facto ó denominados también gobiernos de transición, instituidos luego de un golpe de Estado, que constituyen decretos en su forma y en su contenido. Por regla general se entiende que el control solo puede darse aquí por vicios de forma, pero se estima que habida cuenta que el artículo 248 Cn. ha declarado irreformables algunos contenidos constitucionales, también habría control por vicios de fondo cometidos mediante las reformas constitucionales, a fin de establecer si tales contenidos pétreos no han resultado afectados, ya que de no existir tal control la declaratoria de irreformabilidad carecería de sentido.

Son también objeto de este control los decretos con fuerza de ley, el ejemplo más representativo de esta clase de decreto es, el emitido por el consejo de Ministros, cuando se establece el régimen de excepción, en caso que la Asamblea Legislativa no estuviere reunida⁴⁶

3.1.2.4. Todo tipo de reglamentos: como los que dicta el Órgano Ejecutivo, los reglamentos internos, interiores u orgánicos de la Asamblea Legislativa, del Órgano Ejecutivo, del Consejo de Ministros, de la Corte de Cuentas de la República; los locales dictados por los municipios, (igualmente las ordenanzas que tiene una naturaleza jurídica reglamentaria) y los emitidos por las instituciones Oficiales Autónomas como los reglamentos de la Universidad de El Salvador.

⁴⁶Ibidem, pág. 487.

3.1.2.4.1. Reglamentos de Ejecución: Consiste en el decreto emitido por el Presidente de la República para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde. Este responde al principio de *secundum legem*, desarrollando y ejecutando la ley dentro de ciertos límites, que son determinados por la misma, fijando su contenido, esto, para cumplir su finalidad, que consiste en aclarar, precisar y complementar la ley, o bien prever aquellos detalles que fueron omitidos por ella.

3.1.2.4.2. Reglamentos Autónomos: Son aquellos emitidos por un órgano estatal o ente público investido de la potestad reglamentaria sin relación directa con alguna ley. Se encuentra regido por el principio *praeter legem*, es decir, no depende de una ley específica, sino de facultades propias que otorga la constitución.

3.1.2.4.3. Las Ordenanzas Municipales. En el caso de los Reglamentos y las Ordenanzas, se controla su legalidad, competencia, irretroactividad y la existencia de la Reserva de Ley. De acuerdo a la doctrina, las ordenanzas municipales, “son una especie de decretos emanados de las municipalidades que regulan materias relativas al funcionamiento y organización municipal” siempre y cuando tuvieren un contenido normativo de carácter general y obligatorio,⁴⁷ y que además posea una naturaleza jurídica reglamentaria.

⁴⁷Ibidem, pág. 490.

3.1.2.4.4. El Decreto que pone en vigencia el régimen de excepción, ya sea que lo apruebe el Órgano Legislativo o ya sea el Ejecutivo, en las circunstancias excepcionales en que este último puede hacerlo; el control usualmente es con relación a vicios procedimentales o de competencia, pero existe jurisprudencia en la cual se ha declarado inconstitucional un decreto de esta naturaleza, por ser falsos los motivos que se adujeron para decretar dicho régimen y suspender el ejercicio de derechos fundamentales.

3.1.2.4.5. Ley Formal. Actuaciones concretas que se realizan en aplicación directa de disposiciones de la Constitución, en forma de leyes (ej. Elecciones de segundo grado, designación de comisiones legislativas).

3.1.2.4.6. Omisiones Constitucionales. Incumplimiento del mandato constitucional de legislar. Se debe cumplir 3 requisitos:

- ✓ Primero: La existencia del mismo como mandato explícito o implícito en el texto constitucional.
- ✓ Segundo: La razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infra constitucionales.
- ✓ Tercero: La forma en que se dará cumplimiento al mismo. (No sujeto a control ya que se engloba dentro de la libertad de configuración de los órganos investidos de potestades normativas).

La Constitución no puede ser objeto de control, en virtud de los Principios de Coherencia, Plenitud y Democrático que esta posee. En términos generales puede decirse que los actos impugnables por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad o el objeto de este control, son o están constituidos por

las normas y actos de carácter general, jerárquicamente subordinadas a las normas constitucionales.

3.1.3 PARAMETRO DE CONTROL.

Es la disposición constitucional que se considera transgredida o vulnerada; el parámetro del juicio de constitucionalidad es entonces la norma constitucional, en base a la cual se confronta la legitimidad constitucional de los diversos actos y normas del ordenamiento inferiores a la norma primaria.

3.1.4 FINALIDAD DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONAL.

Tiene por finalidad verificar y dilucidar la confrontación inter-normativa que se plantea entre el objeto y el parámetro de control, decir de la normativa impugnada con el texto constitucional y en el caso de verificarse tal contradicción expulsar del ordenamiento jurídico al primero de ellos⁴⁸. En ese sentido, la imputación de inconstitucionalidad debe, necesariamente, ser congruente con la normativa constitucional propuesta como parámetro de control; además se debe evidenciar la contradicción advertida por el actor; pues de lo contrario, el fundamento material no constituye suficiente para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión⁴⁹

3.1.5 CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

- Trata de la conformidad o disconformidad de una norma de carácter general y abstracta (pre o post constitucional) con la normativa constitucional.

⁴⁸Lineas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2007, Corte Suprema de Justicia, centro de Documentacion Judicial, San Salvador; sección de publicaciones 2009, pag.365.

⁴⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad, ref. 39-2003 de fecha 19/11/2003, relaciones con sentencia de Inconstitucionalidad ref. 10-2000 de fecha 11/11/2003.

- El parámetro del examen o control de constitucionalidad es la norma o normas de la Ley Fundamental en base a la cual se confronta la legitimidad constitucional de la disposición cuestionada.
- El examen de constitucionalidad debe realizarse teniendo en cuenta el régimen o sistema político adoptado por la Constitución.
- Ubicación del órgano encargado del control en la estructura estatal (Órgano Político- Tribunal- Especial).
- La competencia de la Sala está restringida a conocer y resolver dentro de los extremos de lo pedido, y en cuanto fuere razonable y pertinente.
- La declaratoria de inconstitucionalidad, se circunscribe a las disposiciones contrarias a la Carta Magna, subsistiendo la vigencia de los artículos o partes de los mismos conformes con el Estatuto Fundamental.

3.1.6. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

3.1.5.1 PRINCIPIO DE EVIDENCIA.

La Sala de lo Constitucional ha señalado, en relación a este principio que “siendo el recurso de inconstitucionalidad de una naturaleza jurídica tan especial de trascendencia general, es necesario para que proceda una declaratoria de Inconstitucionalidad de una ley, que este quebrante o viole las normas constitucionales de una manera clara, manifiesta, indudable,

que la violación surja o emerja de una manera precisa e indiscutible, ajena a toda duda razonable”⁵⁰

3.1.6.2. PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO.

En razón de este principio, el máximo tribunal, se encuentra limitado a conocer el asunto de inconstitucionalidad dentro de lo planteado por el peticionario en la demanda, analizando, los motivos, razones y fundamentos de la inconstitucionalidad invocada, no pudiendo bajo ninguna circunstancia cumplir las omisiones de la queja, ni sustituir las razones o las violaciones alegadas. Sin embargo, este planteamiento no debe, bajo ninguna circunstancia, ser irrazonable; ya que, su aplicación no limita a la Sala al grado de no poder hacer consideraciones o análisis de disposiciones constitucionales que son complementarias para los argumentos presentados por el peticionario. Art. 80 L.Pr.Cn.

3.1.6.3. PRINCIPIO DE PERTINENCIA.

Relacionado con el de Estricto derecho, hace referencia, a que la Sala, no está obligada a valorar todos los argumentos, razones o conceptos de violación alegados por el peticionario en la demanda, ni tampoco todo lo manifestado por el Fiscal General de la República al contestar el traslado, el Artículo 80L. Pr. Cn. establece que: “en los procesos de amparo de exhibición de la persona, el tribunal suplirá de oficio los errores u omisiones pertenecientes al derecho en que incurrieren las partes”. Es así que en el mismo artículo no se menciona el proceso de Inconstitucionalidad, sino que, puede considerar sólo los argumentos, razones o conceptos más trascendentales y pertinentes al problema planteado, limitándose al estudio y resolución de los mismos.

⁵⁰ Vid. Bertrand Galindo, Francisco y otros, Manual de Derecho Constitucional, Op. Cit. Pág.480.

3.1.6.4. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.

Según la jurisprudencia, este principio, se refiere a que “toda ley se presume constitucional mientras el tribunal competente no falle lo contrario de conformidad con lo demostrado en el proceso correspondiente.”⁵¹

Gutiérrez Castro (1989) en su catalogo de jurisprudencia enuncia otros principios como el de competencia y el de legalidad, pero en opinión de otros autores, estos principios básicamente se encuentran englobados en los principios fundamentales antes descritos

3.1.7 COMPETENCIA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aunque el art. 183. Cn. Prescribe que la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional es quien emite el pronunciamiento de inconstitucionalidad, la sala se ha caracterizado a sí misma como un tribunal jurisdiccionalmente independiente de la Corte Suprema, con competencia incluso para declarar inconstitucionales actos normativos provenientes de esta.

3.1.8 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO PROCESO.

Otra definición de Proceso de Inconstitucionalidad muy aceptada es la que presenta Manuel Osorio, lo denomina como el Recurso, por medio del cual se acude ante el Superior Tribunal de Justicia, Suprema Corte o Tribunal de Garantías Constitucional u otro Organismo, competente, cuando por una Ley,

⁵¹ Vid. Bertrand Galindo, Francisco y otros: Manual de Derecho Constitucional, Op. Cit. Pág.482.

Decreto, resolución o autoridad se ha atacado alguna de las garantías establecidas en la Constitución.

Aunque en esta definición no se presenta el control abstracto de constitucionalidad configurado, en nuestro ordenamiento jurídico, como un verdadero proceso: el de inconstitucionalidad. Tal control constituye un proceso porque el mismo posee, en su esencia, un contenido que coincide con el que tiene todo proceso jurisdiccional, entendido como la herramienta de que se vale el Estado para proteger los derechos de los gobernados, así el de inconstitucionalidad constituye específicamente la herramienta que persigue la protección constitucional de los derechos y los principios constitucionales. El cual es la pretensión pero no considerada como un medio de concreción o realización del derecho de acción, petición dirigida a un tribunal frente a un sujeto distinto de quien pretende, sobre un determinado bien jurídico fundamental en hechos específicos; sino mas bien considerada como una pretensión constitucional consistente en la contradicción del acto cuestionado con las disposiciones constitucionales. El pretensor estima que se ha infringido la norma constitucional y por tanto se solicita: “Análisis de constitucionalidad.”

Dentro de los Elementos Objetivos se tiene que la pretensión constitucional, ha de estar planteada por un ciudadano ante la omisión o mandato expreso o bien ante un acto en concreto ya materializado con efectos generales por parte de algún Órgano de Estado basado en la ley suprema; por otro lado el Elemento Subjetivo, la pretensión tiene que fundarse en motivos estrictamente constitucionales desechando cualquier otro tipo de fuente formal del derecho existente; mientras que al respecto de los Elementos

Jurídicos y Fácticos se⁵² hace referencia que la pretensión debe de contener según el primero la señalización concreta de la o las disposiciones lesivas a la Constitución al igual que la especificación de las disposiciones constitucionales que se transgreden y dentro del elemento fáctico se configuran las argumentaciones del actor expuestas para evitar la aplicación de esa disposición, siendo las razones alegadas por el impetrante lo que constituyen el elemento fáctico que a su vez configuran su causa y a la cual la Sala de lo Constitucional hará referencia en su resolución.

Al no citar el demandante las disposiciones que estima inconstitucionales, y sí las de la Constitución que estima violentadas, se genera una imposibilidad para la Sala de lo Constitucional de realizar la labor confrontativa de ambas; suplir o intentar suplir esta deficiencia generaría sin lugar a dudas la configuración de la pretensión constitucional a instancia de esta Sala, cuestión que no pertenece a su ámbito de competencia.⁵³

De esta forma se asegura la ejecución absoluta de las disposiciones contenidas en la Ley Fundamental de la Nación y se impide que sea desconocida, adulterada su letra o espíritu, o atacada en su contenido por ninguna autoridad en sus resoluciones o fallos.

El proceso de inconstitucionalidad esta obligadamente precedido por la pretensión, la cual posee inherentemente elementos objetivos y subjetivos que le brindan viabilidad, convirtiéndose indispensable que ésta contenga la invocación del derecho y la narración fáctica que la fundamenta en los diferentes casos.

⁵²Burgos de Olivares, Karina; y otros. Ley de Procedimientos Constitucionales. Pág.. 2

⁵³ Sentencia de Inconstitucionalidad del 11 de enero de 2000. Ref. 5-96

El Proceso de Inconstitucionalidad es un verdadero “proceso” y no un recurso. La “pretensión”, es típica de los procesos.

3.1.9 LEGITIMACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Al ser el proceso de inconstitucionalidad un mecanismo de defensa de la Constitución, el tema de la legitimidad para presentar la demanda que inicie este proceso tiene una importancia primordial. Al establecerse quiénes son los sujetos facultados para presentar una demanda de inconstitucionalidad, se está al mismo tiempo determinando el grado de protección de la Constitución. Y estos sujetos son:

3.1.9.1 Ciudadanos: Está legitimado para promover esta clase de proceso cualquier ciudadano en su carácter personal y cualquier Ciudadano como Representante Legal de una Persona Jurídica.

3.1.9.2 Funcionarios: También admite la legitimación del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, en dicha calidad, el Procurador General de la República, en defensa del interés de personas de escasos recursos económicos y en ciertas materias específicas (Libertad individual y derechos laborales), y el Fiscal General de la República.

3.2 CONSIDERACIONES PREVIAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

3.2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Etimológicamente, la palabra “medida”, significa prevención, disposición; la prevención a su vez, equivale a un conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo.

Las medidas cautelares pueden definirse como actos procesales tendientes a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su eficacia durante el tiempo que dure el proceso hasta dictarse sentencia,⁵⁴ asegurando bienes o manteniendo situaciones de hecho existentes al tiempo de deducida la demanda con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso.

En tal sentido, las medidas cautelares permiten al proceso principal funcionar con calma y a su vez generan la existencia de una actuación formal del juez y las partes con el objetivo de obtener mediante el órgano jurisdiccional, la satisfacción jurídica de la pretensión deducida; y en cuanto a la función preventiva aseguran los medios para hacer que la resolución definitiva pueda tener, cuando sea emanada, la misma eficacia y el mismo rendimiento practico que tendría si fuese emanada inmediatamente.⁵⁵

⁵⁴Martínez Botos, Raúl, Medidas cautelares, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, pág. 65.

⁵⁵Vecina Cifuentes, Javier, Las Medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional, Editorial COLEX, Madrid, España, 1993, pág. 28.

La aplicación de medidas cautelares en cualquier tipo de proceso, van encaminadas a evitar que la ejecución de cualquier acto pudiese producir daños de imposible reparación.

Es importante considerar que las medidas cautelares tienen su base en la existencia del proceso mismo, dado que se toman dichas medidas como una respuesta a una necesidad creada dentro del mismo proceso, como una función dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional, partiendo de la idea de que la justicia cautelar forma parte del debido proceso.⁵⁶

En cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares es necesario establecer ciertas teorías que determinan la naturaleza de estas, como por ejemplo tenemos la teoría que considera que las medidas cautelares se ve “como un complemento de los procesos de declaración y de ejecución; técnicamente un incidente del primero y un medio de aseguramiento del segundo”⁵⁷ mientras que otra postura considera a la actividad jurisdiccional cautelar como proceso, diferente del proceso de declaración y del de ejecución aunque se halle en esa situación de instrumentalidad y entre otras razones porque la pretensión procesal objeto cautelar es distinta a la del proceso principal⁵⁸; al final la postura más moderna establece que estas se promueven como accesorias de un proceso principal ya sea para salvaguardar la cosa peticionada o para impedir transformaciones en la misma o prevenir daños no teniendo así un fin en sí mismas sino que sirven a un proceso principal⁵⁹, es decir, que sin la existencia de este no tendrían razón de ser.

⁵⁶Ortells Ramos; citado por Vecina Cifuentes, op. cit. pág. 25.

⁵⁷ Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1993,pag.15

⁵⁸ Ibídem, pág. 16

⁵⁹Botos, Raúl, Medidas cautelares,Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. Pag.28

Ante tal situación se manifiesta que la actividad jurisdiccional cautelar no puede verse como un proceso cautelar en el que objeto de la pretensión siempre será el de resolver sobre la aplicación o no de una medida cautelar distinto al proceso principal en el cual la pretensión cautelar es accesoria con respecto de la pretensión principal.

3.2.2 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CATELARES.

Doctrinariamente encontramos diferentes visiones de lo que se cree es el fin inmediato de las medidas cautelares, para Carnelutti el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva.⁶⁰

Para Calamandrei este sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad.

Podetti indica que "las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces".

La doctrina moderna se indica por establecer el objeto en clara relación con el relieve principio publicístico, Kisch, citado por Brenberg, dice el objeto es

⁶⁰Olechea V., Natascha, Las Medidas Cautelares. Puede ser consultada en Internet en:<http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>

“impedir que la soberanía del Estado, en su más alto significado, que es el de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal”.

Es decir que el proceso de inconstitucionalidad, entendido como mecanismo de tutela de los derechos y libertades fundamentales y aquellos referentes al control de constitucionalidad, requieren de una agilidad y garantía procesal idónea para hacer exactamente eso mismo; el resguardo, atención, tutela, y eficaz cumplimiento de los derechos fundamentales de la población que en un momento determinado se vea afectado por leyes o decretos que se emitan.⁶¹

3.2.3 CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Es diversa la gama de características que se han planteado para dar propiedad a las medidas cautelares no obstante son las siguientes a enunciar las más apegadas a la naturaleza de estas: son entonces.

3.2.3.1. La instrumentalidad; radica en afirmar que las medidas cautelares son dependientes a una resolución definitiva, es decir que una depende de la otra, cuya eficacia viene asegurada por aquellas preventivamente.⁶² En otro sentido esta idea de la instrumentalidad responde al hecho de que las medidas cautelares no tiene sustantividad propia y se justifican en razón de la existencia de un proceso principal en tal sentido las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas.

⁶¹ Arias Grillo, Rodrigo, La Actividad Cautelar en los Procesos Constitucionales de Protección de Derechos Fundamentales, Control de Constitucionalidad y Conflictos de Competencia, Costa Rica, Pag.81, Puede ser Consultado en :<http://www.latindex.ucr.ac.cr/juridicas-116/juridicas-116-3.pdf>

⁶² Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 19

3.2.3.2. Provisionalidad; Las medidas cautelares se mantendrán en tanto y en cuanto cumplan con su función de aseguramiento, de este modo desaparecerán las mismas cuando en el proceso principal se haya logrado una situación tal que haga verdaderamente inútil el mantenimiento de aquellas.⁶³

En otro orden de ideas, el carácter provisorio de las medidas cautelares se traduce en que estas no son definitivas pues fenecen perdiendo toda su eficacia cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción.

3.2.3.3. Temporalidad: según Serra Domínguez “la medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, tiene una duración temporal supeditada a la dependencia del proceso principal.⁶⁴ Nace ya con una duración limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho”; de tal modo que la misma perderá ipso iure toda su eficacia, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque, cuando tenga la conclusión del proceso principal por sentencia firme o por cualquier otro medio anormal, como el desistimiento o la caducidad.

⁶³ Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1993, pag 20

⁶⁴Ibidem, pag. 20

3.2.3.4. Variabilidad; esta característica parte del principio de rebús sic stantibus las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto y en cuanto se produzca algún tipo de variación de los presupuestos o motivos que hayan llevado a la adopción de las mismas, de tal manera que pueden ser modificadas, sustituidas por otras, alzadas si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas,⁶⁵ es decir, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, sea por aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo, o disminución del fumusboni iuris.

La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas). La variabilidad radica en cuanto que las medidas cautelares no son inmutables, no producen cosa juzgada, ni formal, ni material, y por tanto pueden ser modificadas o suspendidas cuando cambian las condiciones que le dieron origen.

3.2.4 PRESUPUESTOS

Para la adopción de medidas cautelares es necesario que se manifiesten dos grandes elementos a los cuales la doctrina les ha llamado presupuestos y que se consideran sustanciales para poder dar vida a toda medida cautelar, estos presupuestos son:

⁶⁵ Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1993,pag 21.

3.2.4.1. Periculum in mora; el periculum in mora o peligro de mora procesal amenaza la efectividad de la sentencia es decir amenaza con la duración del proceso principal de modo que existe peligro de inejecución de la sentencia; estos hechos pueden derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro, el retraso y el daño que se puede producir por la demora; en tal sentido, existe un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue, y que de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer en sentencia definitiva favorable esta permanezca incumplida.⁶⁶ Una de las finalidades del periculum in mora es evitar, mediante la adopción de una medida cautelar, que la parte que cree tener la razón, obtenga un daño o lesión mayor durante la tramitación del proceso, es decir, lo que se trata de impedir es que, ante la existencia de un posible daño dentro de la esfera jurídica de una parte, por medio de la medida, este peligro o daño se pueda conjurar o prevenir.

3.2.4.2. Fumusboni iuris; o apariencia de buen derecho, consiste en la probable existencia de un derecho amenazado, para ello no es necesario la prueba plena de la existencia de dicho derecho sino su verosimilitud, la cual hace alusión a la apariencia fundada del derecho; Este fundamento responde así al justo término medio entre la certeza

⁶⁶Botos, Raúl, Medidas cautelares, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, pág., 52

que comporta la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre base de la iniciación de ese proceso. A ese término medio es a lo que se denomina verosimilitud, el *fumusboni iuris* debe ser alegado y justificado mediante los medios oportunos y permitidos en derecho, como lo son los datos, argumentos y justificaciones documentales, sin excluirse otros medios no documentales, en lógica coherencia con aquellos supuestos en los que la presentación del principio de prueba por escrito impediría el acceso a la tutela cautelar.

3.2.5 POTESTAD CAUTELAR.

La legislación procesal confiere al juez o tribunal, cualquiera que sea su orden jurisdiccional al que pertenezca, la facultad de adoptar durante el curso del proceso, determinadas medidas cautelares, esta facultad es dada bajo ciertos presupuestos que permiten al juez la facultad de poderlas ordenar, no se hallan obligados, sino sometidos independientemente de su voluntad, es decir una sujeción jurídica, que conlleva a la inexcusabilidad para éstos de soportar los efectos que el ejercicio de la potestad siempre comporta.

Esta visión conlleva a una noción autónoma de la figura jurídica de la potestad que considera a las medidas cautelares como “actuaciones procesales realizadas en el ejercicio de una autentica potestad, o lo que es lo mismo, en el ejercicio de ese tipo de poder jurídico en que dicha potestad consiste, y que se caracteriza a diferencia del derecho subjetivo, por tener siempre un origen normativo, estar atribuido a su titular para la tutela de un interés ajeno, ser su ejercicio necesario

cuando concurren las circunstancias fijadas por la norma, y desplegar sus efectos sobre terceros con total independencia de su voluntad".⁶⁷

3.2.5.1. Concepto: la Potestad Cautelar debe entenderse como el poder-deber que el ordenamiento jurídico-procesal confiere a los órganos jurisdiccionales a fin de prevenir el riesgo de ineficacia provocado por la necesaria temporalidad del proceso, y cuyo ejercicio durante el proceso implica para cuantos se ven sometidos directamente a él una sujeción jurídica desventajosa.⁶⁸

Puede decirse también que la potestad cautelar debe considerarse inherente a la función jurisdiccional ejercida por todo juzgador competente de aplicar una medida cautelar, debido a que el fin del acceso a la justicia de los tribunales, es el de obtener una respuesta que dilucide la determinación de un derecho el largo tiempo a que se ve sometido el proceso y así evitar cualquier vulneración de un derecho perseguido y que se esté tratando de proteger. Y específicamente en el proceso de inconstitucionalidad en el que se determina si una norma es o no inconstitucional, el fin sería que, de determinar la inconstitucionalidad de dicha norma, sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Ahora bien una vez determinado el concepto es oportuno conocer la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y para determinarlas es preciso atender a ciertos parámetros o criterios que ayuden a su determinación, y es

⁶⁷ Vecina Cifuentes, Javier, La potestad cautelar contenido y límites, Pág.5299-5300. Puede consultarse en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD32.pdf.

⁶⁸ Ibídem, pág. 5306. puede consultarse en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD32.pdf.

que son tres los criterios que se deben tomar en cuenta para determinar la naturaleza de la potestad cautelar, los cuales son:

- Primero: atienden al origen o fuente de la potestad de que procede. Por razón del sector del ordenamiento jurídico que le da origen el Derecho procesal, la adopción de medidas cautelares deriva a las claras de una potestad de derecho público, y debe considerarse parte integrante, en consecuencia, de las denominadas por tal motivo potestades públicas.
- Segundo: al sujeto a quien se atribuye. Dicha potestad pública pertenece a la conocida legal y doctrinariamente con el nombre de potestad jurisdiccional (art. 172 inc. 1º Cn), habida cuenta su ostentación exclusiva por parte de los órganos que integran el Poder Judicial, entendido éste en un sentido amplio.
- Tercero: Atendiendo a su función o finalidad, en el cual suelen distinguirse tres momentos o manifestaciones de la potestad jurisdiccional:
 1. La potestad de cognición o declaración: se otorga a la jurisdicción para que pueda ésta conocer y sentenciar o decidir- los litigios que se le sean suscritos, o lo que es lo mismo, por utilizar la tradicional fórmula legal, para que pueda desempeñar legítimamente la función de “juzgar” (art. 172 inc. 1º Cn).
 2. La potestad de ejecución: es la que le viene encomendada a la Jurisdicción en función de una finalidad determinada que, sintéticamente y siguiendo la tradición, puede decirse que consiste en hacer “ejecutar o juzgado” (art. 172 inc. 1º Cn).

3.La potestad cautelar: pese al silencio normativo, la doctrina científica reconoce casi en su totalidad a la potestad cautelar como la tercera manifestación de la potestad jurisdiccional, y le asigna una función instrumental, aunque autónoma, al servicio de las otras dos y de los procesos en que aquellas se ejecutan. No se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, el cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto que el juzgar implica, como las actuaciones materiales en que la ejecución consiste y podrán tener en la practica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y la otra realizada, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno.⁶⁹

3.2.5.2 CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD CAUTELAR.

De la definición de Potestad Cautelar se infiere con claridad cinco aspectos a desarrollar y se configuran como las características principales de la potestad jurisdiccional:

- ✍ Su carácter de poder-deber; la potestad cautelar no solamente se debe observar como un conjunto de poderes, sino que además, como lo advierte Couture, como un conjunto de deberes de los órganos del poder público, es decir que no se debe solo decir que la potestad cautelar es referida a la jurisdiccionalidad sino también a la función de los órganos o funcionarios competentes, en tal sentido la potestad- función o el poder deber, deberán concurrir necesariamente

⁶⁹ Ibídem, pag.5301.puede consultarse en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD32.pdf.

para su ejercicio ciertos requisitos previstos legalmente como lo son el *fumusboni iuris* y *periculum in mora*, así como, las exigencias derivadas de los principios de legalidad y proporcionalidad.

- ✍ Su origen legal; es su fuente de origen exclusivamente normativa y es del derecho objetivo y dentro de este el derecho procesal su origen, si bien es cierto que esta aseveración encierra aun mas hechos que comentar como lo es sus límites a partir de los principios de legalidad y proporcionalidad, estos serán abordados en su momento en otro apartado.
- ✍ Titularidad de la jurisdicción; El artículo 172 inciso 1º de la Constitución atribuye la potestad jurisdiccional en régimen de monopolio a los órganos unipersonales o colegiados, que integran el Poder Judicial en sentido amplio-, y si bien, en su dicción literal, dicho precepto solo se refiere a las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la mejor doctrina procesalista viene entendiendo, incluso antes de su promulgación, que junto a las anteriores la potestad jurisdiccional sirve también a una tercera función, autónoma, pero instrumental a los dos anteriores, a la que denomina cautelar, preventiva o de aseguramiento cuyo ejercicio entra también a “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.
- ✍ La sujeción gravosa de terceros; mientras el ejercicio de otro tipo de potestades publicas afecta positivamente a quienes a ellas se encuentra sometidas ampliando sus posibilidades de actuación, por ejemplo los actos procesales de gravamen en que la potestad cautelar se expresa puede consistir en una persona, cuando se esté ante la figura de la detención, prisión, etc., o cuando recaigan en objetos o

cosa por ejemplo el embargo, el depósito, etc., o bien sobre una actividad, como lo puede ser la suspensión cautelar del acto o disposición impugnada, para entender mejor los dos primeros casos recae sobre la esfera jurídica personal o patrimonial del sujeto pasivo, mientras que el tercer caso por tratarse de órganos del poder público, que es el supuesto más frecuente, la intromisión se produce en el campo de las facultades que dichos órganos ostentan, perjudicando más que todo el interés público que se persigue con su actuación.

Su finalidad; se desglosa en dos sentidos, el primero atendiendo al sometimiento de la potestad cautelar a los fines que la justifican y el segundo atendiendo a la función preventiva o de aseguramiento.

La dependencia o subordinación de las medidas cautelares se hace recaer, por algunos autores, en la resolución judicial que pone fin al proceso principal; pero un amplio sector doctrinal sostiene un criterio mucho más estricto y restringido, según el cual las medidas cautelares no serían un instrumento para garantizar la eficacia práctica de la sentencia sino exclusivamente para asegurar su ejecución. Se establece así, según éste último criterio, una vinculación estricta de las medidas cautelares con la ejecución forzosa de manera tal que solo se considera medida cautelar en sentido procesal la que se preordena a asegurar la ejecución de la futura sentencia.

”La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la futura actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho la misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la garantía cautelar es variable, debiéndose el mismo a anticipar de un modo provisorio a los

efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, es necesario que se ajuste, caso por caso, al diverso contenido de esta; para que precisamente su carácter distintivo sea el anuncio y la anticipación de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que esta pueda llegar a tiempo, la garantía de la garantía”.⁷⁰

Tampoco es cierto, que en alguna forma las medidas cautelares conservativas no afecten negativamente la esfera particular del sujeto pasivo contra quien se adoptan, pues este gravamen es una nota consustancial a cualquier modalidad de tutela cautelar; la diferencia entre las medidas conservativas y las innovativas es únicamente una diferencia de grado.

3.2.6. LIMITACIONES A LA POTESTAD CAUTELAR.

El ejercicio de la potestad cautelar viene condicionado en especial por dos principios de importante relevancia: el principio de legalidad y el de proporcionalidad.

El primero actúa como presupuesto del segundo, pues solo cuando la medida cautelar esta prevista por la ley cabe entrar a comprobar su adecuación al principio de proporcionalidad.

La potestad cautelar no debe restringirse a priori en función del tipo de proceso, porque las medidas cautelares se hallan al servicio del proceso de ejecución como del proceso de declaración, y las medidas cautelares que en su ejercicio se adopten se encuentran dirigidas por ello a asegurar la eficacia práctica de la sentencia, esto es, algo más que su mera ejecución. En definitiva, aunque la razón de ser de la

⁷⁰Calamandrei, Piero, Derecho procesal civil, 1ª edición, Colección Biblioteca, Clásicos del derecho, Oxford University Press, Editorial Harla, México D.F. 1999, Pág. 17.

existencia de medidas cautelares capaces de asegurar la eficacia práctica de las sentencias constitutivas y meramente declarativas (peligro de retraso) difiere del que es propio de las sentencias declarativas de condena (peligro de infructuosidad), ambos forman parte del más amplio *periculum in mora* y, por lo tanto, ambos fundamentan la posible adopción de medidas cautelares. Siendo única la finalidad cautelar (asegurar la efectividad práctica de la sentencia) y variados los riesgos que pueden hacerla peligrar (peligro de infructuosidad y de retraso), no debe extrañar que también sean diversas las medidas cautelares capaces de eliminarlos (medidas conservativas y medidas anticipatorias) y diversas las relaciones de instrumentalidad que liguen dichas medidas con la sentencia que se dicte en el proceso principal, cuyo rendimiento práctico aseguran preventivamente.

3.2.6.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Visto en sentido negativo, como un auténtico límite al ejercicio de la potestad cautelar. Así, el Principio de Legalidad en el sentido negativo consiste en la imposibilidad de la potestad cautelar de actuar en casos y formas distintos a los previstos en la ley. Los únicos actos procesales que resultan admisibles, de conformidad con el principio de legalidad procesal son los legales. Si ello es así, como lo es, una vez que se comprueba la naturaleza procesal de la actividad cautelar en que dicha potestad se manifiesta, la conclusión surge de forma inmediata: no hay actuación cautelar sin ley procesal;⁷¹ entendida en sentido amplio- que la determine previamente; o formulada de otro modo la misma máxima: todas

⁷¹ Vecina Cifuentes, Javier, La potestad cautelar contenido y límites, Pág. 5314

las medidas cautelares que no estén permitidas legalmente con carácter previo están prohibidas (nulla coactio sine lege).⁷²

El principio de legalidad procesal, en su vertiente negativa, se opone en efecto, no solo a la adopción pretoriana de una medida cautelar atípica en el sentido de no determinada ni siquiera genéricamente por la ley procesal, sino también a la realización en tales casos de una actividad procesal, sea de declaración o de ejecución de la medida, que incurriría en la misma falta de tipicidad.

Por otra parte, se debe notar cómo la reserva de ley, a que se hizo referencia en un apartado anterior, se vería eludida si se llegase a aceptar que una potestad como la cautelar, que no es de fomento, sino de gravamen, y además restrictiva de derechos constitucionales, pudiera ser ejercida sin una cobertura legal expresa.

Lo anterior no impide que Jueces y Magistrados puedan utilizar adecuadamente en el ejercicio de la potestad cautelar, y de la jurisdiccional en general, todos los instrumentos y métodos jurídicos que el ordenamiento pone a su disposición para salvar los defectos interpretativos o lógicos en que pudiera incurrir el sistema jurídico en materia cautelar; salvedad hecha únicamente del recurso a la interpretación extensiva o analógica, pues, como quedo dicho en su momento, debe entenderse excluida cuando de medidas restrictivas de derechos constitucionales se trata, es decir, casi siempre en materia cautelar.⁷³

⁷² *Ibidem*, pág. 5314.

⁷³ Vecina Cifuentes, Javier, *La potestad cautelar contenido y límites*, Pág. 5315

Además, el rechazo de principio a una potestad cautelar implícita o inherente a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no obstaculiza en modo alguno la labor interpretativa propia de la labor judicial; antes al contrario, la presupone, pues lo que en realidad viene a impedir el principio de legalidad procesal es que el juez o tribunal lleve a cabo una actuación cautelar de la cual no pueda predicarse su legalidad, ni siquiera una vez agotadas las posibilidades que ofrecen los métodos hermenéuticos al uso.⁷⁴

3.2.6.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las medidas cautelares “ son proporcionales, en cuanto a que no pueden adoptarse las mismas de forma desproporcionada para conseguir el fin perseguido, que es únicamente el aseguramiento de la efectividad de la probable sentencia estimativa”.⁷⁵

El principio de proporcionalidad exige que la necesaria armonización entre los distintos derechos, valores y bienes constitucionales que entren en conflicto en un determinado supuesto se resuelva mediante una necesaria y casuística ponderación entre aquel a cuya preservación tienda la medida restrictiva, y aquel otro sacrificado con la misma, a fin de decidir cuál de ellos resulta preponderante en el supuesto planteado y determinar si la medida adoptada resulta proporcionada o desproporcionada en el supuesto en cuestión.⁷⁶

Antes de abordar los requisitos propios del principio de proporcionalidad, es necesario mencionar los dos presupuestos de dicho principio:

⁷⁴Ibidem, Pág. 5315

⁷⁵ <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

⁷⁶ Vecina Cifuentes, Javier, La potestad cautelar contenido y límites, pág. 5319

- ✍ El de legalidad.
- ✍ Justificación teleológica.

Así, suponiendo, que el poder y la medida en concreto que se pretende ejercitar en un proceso determinado ha sido atribuido expresamente por la ley, y que es cautelar, es decir, que dicho poder se justifica en la necesidad de salvaguardar la eficacia práctica de la ulterior sentencia ante la existencia de un *periculum in mora*, por lo tanto, el principio de proporcionalidad exige que su ejercicio respete varios requisitos. Tales requisitos pueden ser clasificados, según González-Cuellar Serrano en aquellos extrínsecos a las medidas: el subjetivo de judicialidad y el formal de motivación; y los intrínsecos que estarían constituidos por los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁷⁷

El primer grupo de requisitos trata sobre la manifestación externa de la medida restrictiva y no sobre su contenido. Por ende, la medida será constitucionalmente ilegítima ab initio si en su adopción no interviene decisivamente una autoridad judicial o lo hace pero sin dar a conocer las razones que le han llevado a adoptar su decisión.⁷⁸

En el segundo de los grupos tienen cabida tres requisitos intrínsecos: en primer lugar, idónea, es decir, que sea apta para conseguir la finalidad asegurativa que con ella se pretende, para lo cual deberá adaptarse en cada caso, tanto cualitativa, como cuantitativamente, a la situación cautelada.⁷⁹

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 5319.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 5320.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 5320.

En segundo término, el principio exige que la medida cautelar sea necesaria, en un doble sentido: como medida que responde a una previa necesidad de cautela, y como medida estrictamente necesaria para el fin que se pretende conseguir con su adopción. Así, en el primer sentido una determinada medida cautelar es innecesaria cuando la eficacia de la ulterior sentencia se encuentra en ese momento asegurada y, a pesar de ello, dicha medida se adopta.⁸⁰

En tercer lugar, proporcionada, en sentido estricto, y lo ha de ser en modo tal que pueda salir airosa de un juicio de ponderación en el que de forma explícita, el juez Tribunal, habrá de poner en la balanza los derechos, valores o bienes constitucionales en litigio.

3.2.7 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

Se considera, en un primer momento, que el fundamento o razón de ser de las medidas cautelares, y obviamente de su fuerza motriz que es la potestad cautelar, radica en la existencia misma del proceso y, mas concretamente, en su consustancial temporalidad. Con unas u otras se trataría de poner remedio al denominado periculum in mora, esto es, al riesgo de la falta de justicia, por ineficacia de la misma, que pudiera surgir como consecuencia de la necesidad de emplear un cierto periodo de tiempo en su otorgamiento. Dos pueden ser las causas por las que dicho peligro se origine: bien porque durante el transcurso del proceso pueda colocarse aquel frente a quien la tutela jurídica se solicita en una situación patrimonial tal que haga imposible o dificulte gravemente la posterior ejecución forzosa de la sentencia por falta de “objeto” sobre la que recaer; o bien porque, aun no faltando éste, la sentencia,

⁸⁰ Ibídem, pág. 5320.

fructuosa pero tardía, carezca ya de utilidad por la simple mora del proceso principal, o por llegar en estos casos demasiado tarde.⁸¹

Ahora bien, si se quiere evitar que la jurisdicción, cuya función según el art. 172 inc 1º Cn, no se agota en el juzgar sino que se extiende a la de hacer ejecutar lo juzgado, se convierta en un ilusorio Poder del Estado, es necesario que el ordenamiento jurídico cuente con los medios idóneos para prevenir las causas que originan el periculum, asumiendo la jurisdicción esa tercera función cautelar o de aseguramiento.

Con el propósito de cumplir con tal función cautelar, el ordenamiento jurídico otorga, en la práctica, a los jueces y tribunales un conjunto de poderes jurídicos, más o menos amplio, según el ámbito procesal del que se trate, e impone a las partes procesales la sujeción jurídica a los mismos, es decir, que los sitúa en un estado jurídico de sometimiento que no requiere el concurso de la voluntad del sujeto, ni ninguna actitud suya. Por lo tanto, las medidas cautelares, y lógicamente la potestad cautelar de la que emanan, más que en el interés de los sujetos privados está prevista en el interés de la Administración de Justicia, de la que garantizan su buen funcionamiento, o porque no decirlo, su buen nombre.

En consecuencia, la potestad cautelar halla su justificación en la preservación de un interés o un bien constitucionalmente relevante, cual es el asegurar el adecuado ejercicio de las funciones jurisdiccionales que expresamente se mencionan en el art. 172 inc. 1º Cn la declarativa y la de ejecución. Pero es más, en dicho precepto encuentra también la potestad cautelar su propia habilitación.

⁸¹ Vecina Cifuentes, Javier, La potestad cautelar contenido y límites, pág. 5302.

3.3 POSTURAS TEÓRICAS DE LA SUSPENSIÓN DE NORMA IMPUGNADA

3.3.1 POSTURA QUE ADMITEN LA SUSPENSIÓN DE LA NORMA

Esta postura parece estar inspirada en el instituto de la suspensión provisional del acto reclamado en el proceso de amparo, y tiene por objeto defender mas enérgicamente la supremacía de la Constitución y prevenir posibles perjuicios que puedan derivarse de la aplicación de la norma cuestionada aun durante el curso del proceso de inconstitucionalidad, el cual puede sufrir demoras injustificadas o de conveniencia o “prudencia” políticas.⁸²

Exponentes de esta línea de pensamiento son Ecuador y Guatemala, ya que el primero de ellos regula de manera expresa la suspensión de la norma, tanto en el art. 276.1 de su constitución como en el art. 12 de la Ley del Control constitucional.

Asimismo, como sucede con Guatemala, ya que de conformidad con el art. 138 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad deberá decretar de oficio, y sin formar articulo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general, si a su juicio la inconstitucionalidad fuera notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión provisional se publicara en el Diario Oficial.

⁸² Vid, Bertrand Galindo, Francisco y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I; Centro de Información Jurídica; segunda edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996, Pág. 502 y sigs.

En nuestro país, el tema de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad se planteo de manera amplia en la demanda que inicio proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de Integración Monetaria, ya que mediante escrito presentado el once de enero del 2001, los ciudadanos María Silvia Guillén de Parada, Abraham Atilio Ábrego Hasbún y Carlos Rafael Urquilla Bonilla, presentaron a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, una "solicitud de acción urgente requiriendo la adopción de la medida cautelar de suspensión de aplicación de la Ley de Integración Monetaria, mientras se obtenía una sentencia definitiva.

Para fundamentar la mencionada petición, los solicitantes dijeron que las medidas cautelares en dicho proceso "son de la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional. Son, por lo tanto, potestades propias, inherentes, consustanciales, inmanentes a la función jurisdiccional. Son, en definitiva, función jurisdiccional por antonomasia". Citando a Eduardo García de Enterría "La batalla por las medidas cautelares", sostuvieron que las medidas cautelares no son nada distintas a las actuaciones jurisdiccionales, pues "la competencia para acordar medidas cautelares no es en sí misma (...), una competencia distinta de la de enjuiciar y decidir. Es, propiamente una competencia ancilar de esta última y no pretende más que asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, evitando su frustración práctica cuando ésta es previsible si el auxilio cautelar no se presta".⁸³

Continuaron manifestando, que "las medidas cautelares forman parte del arsenal" con el que cuenta el poder judicial para dar cumplimiento a sus

⁸³ Sentencia Ley de Integración Monetaria, ref. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001, puede ser consultada en Internet en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nItem=25323&nDoc=23675&nModo=3>.

funciones y atribuciones. Cuando la Constitución determina que corresponde al Órgano Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 172), lo impone junto a cada uno de los tribunales que lo integran- de la potestad inherente de ejercer medidas cautelares para el logro de sus fines, para poder juzgar, y para poder hacer ejecutar lo juzgado. La función jurisdiccional es algo más que simplemente declarar el derecho, también implica realizar el derecho declarado, y es por tal razón que la aplicación de medidas cautelares se vuelve en algo más que una prerrogativa de los poderes de los Jueces y Magistrados, y se convierte en una exigencia de garantía para el cumplimiento de su propio deber y mandato constitucional. Sólo mediante la aplicación de medidas cautelares, es posible convertir en realidad la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Estas dos dimensiones del poder o función jurisdiccional se encuentran *vis á vis* y entre ellas media la potestad inherente de adopción de medidas cautelares. De no ser así, tales dimensiones se encontrarían irreconciliablemente separadas y divorciadas, y los jueces, en el mejor de los casos, sólo podrían emitir juicios declarativos, desprovistos de cualquier efectividad".

Consecuencia de lo anterior, seguidamente plantearon, es que "los tribunales no necesitan habilitación legal para poder emitir medidas cautelares específicas. En puridad de derecho, la determinación de las medidas cautelares depende de cada una de las circunstancias del caso bajo juzgamiento, y no de la determinación *a priori* realizada por el legislador. En todo caso, debido a que el poder jurisdiccional se configura legalmente, y siendo que por antonomasia en la función jurisdiccional se encuentra la determinación de medidas cautelares, el legislador lo único que puede realizar respecto de la aplicación de medidas cautelares es prohibirlas, pero no habilitarlas".

El Proceso de Inconstitucionalidad salvadoreño si bien, no establece dentro de su procedimiento la adopción de medidas cautelares, ello no significa que en un caso en concreto y de manera excepcional puedan decretarse; partiendo del supuesto de que se apliquen medidas cautelares en este proceso a una norma que sea objeto de control, solo cabría como única medida la Suspensión de la Norma, ya que no es posible en el marco de este proceso constitucional la adopción de una medida cautelar distinta de la suspensión de la norma, pues solo esta podrá asegurar la eficacia de la ejecución de la sentencia estimatoria.

La suspensión será procedente y deberá decretarse cuando exista una necesidad y razonabilidad, ya que no basta que la ley mande, prohíba, o permita sino que es necesario que su mandato sea conforme a la razón, es decir que sea justo. La razonabilidad es la adecuación de los medios utilizados para la obtención de los fines que determina la medida, de forma tal que los instrumentos utilizados no parezcan arbitrarios o exagerados. La necesidad debe entenderse que se da cuando existe una urgencia notoria para decretarla, ya que al mantenerse en vigencia la norma, podría producir consecuencias irreparables para la población.

La suspensión como medida cautelar tiene por objeto mantener viva la materia propia del proceso, e impedir que se consume la violación por parte de la norma que se presume o se sospecha que es inconstitucional.

Para Ignacio Soto Gordo,⁸⁴ la suspensión tiene por objeto paralizar o impedir la actividad que desarrolla o está por desarrollar la autoridad responsable, y precisamente viene a ser una medida precautoria que la parte

⁸⁴La suspensión del acto reclamado en el juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México 1959.

quejosa solicita, con el objeto de que el daño o los perjuicios que pudiera causarle la ejecución del acto que reclama, no se realicen. Así, el objeto de toda medida precautoria es obtener una protección jurídica contra un daño o perjuicio inminente, y la cual opera cuando el que la pide pone en conocimiento del juez determinados hechos que si se realizan forzosamente tienen que generar un daño o un perjuicio para el que solicita la medida.

En consecuencia, la medida cautelar de la suspensión, busca dotar de seguridad la pretensión invocada por el actor, por el tiempo que pueda transcurrir desde el inicio hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, por tal motivo es que surge la similitud de rasgos característicos de las medidas cautelares en general.

3.3.2 POSTURA QUE RECHAZA LA SUSPENSION DE LA NORMA IMPUGNADA

Esta postura critica a la anterior y se pronuncia por el rechazo de la suspensión referida, por ser muy subjetivo e incluso peligroso, el requisito para la procedencia de la suspensión, es decir, la “inconstitucionalidad notoria”. Contrariamente se opina, que el Tribunal constitucional, al examinar la norma impugnada debe tener presente, entre otras, las siguientes reglas básicas:⁸⁵

- La inconstitucionalidad debe estar fuera de toda duda;
- En caso de duda sobre la inconstitucionalidad alegada, esta debe desestimarse;
- Debe partirse de la premisa de que la ley es constitucional.

⁸⁵Vid, Bertrand Galindo, Francisco y otros, Op. Cit., Pág. 503.

Está solución parece enteramente razonable cómo línea de principio, en cuanto que bien fundada en una “presunción de constitucionalidad de la ley”,⁸⁶ que debe llevar a que el grave efecto de suspender la vigencia de una ley democráticamente aprobada, por tanto, de la voluntad popular, sólo tenga lugar en principio, cuando el órgano de la constitucionalidad determine de modo fehaciente que la ley en cuestión vulnera algún precepto constitucional, es decir, que mientras no haya una resolución estimatoria sobre el fondo del asunto, la ley debe reputarse constitucional y, por consiguiente, no debe aceptarse su pérdida de vigencia, siquiera provisional.⁸⁷

Por tanto la postura teórica en que el efecto no suspensivo de la admisión de la acción es propia de los sistemas austriaco, italiano y español,⁸⁸ si bien en estos dos últimos casos no puede pasarse por alto el importante dato de la eficacia retroactiva en el tiempo de las resoluciones del Tribunal Constitucional ni tampoco que el primero de ellos, en Austria, el Tribunal Constitucional puede también, excepcionalmente, dar eficacia retroactiva a sus decisiones. Además tenemos que en México, la admisión de la acción de inconstitucionalidad no tiene nunca efectos suspensivos sobre la vigencia de la ley, que sólo podrá quedar afectada por una eventual sentencia sobre el fondo y estimatoria de la inconstitucionalidad de la ley, pero no por la mera admisión de la procedencia de la acción. Así lo proclama, rotundamente, el

⁸⁶BrageCamazano, Joaquín, *la Acción de inconstitucionalidad*, Mexico, 2000, puede consultarse en Internet en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/128/9.pdf>, así, la presunción de constitucionalidad de la ley implica, en palabras de García Belaúnde, “que la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordado con la máxima de las cautelas, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema”.

⁸⁷Ibidem.

⁸⁸La única excepción en España es la relativa a los supuestos en que el gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución Española para impugnar, por medio de su presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, debiendo en tal caso el Tribunal, en un plazo nunca superior a cinco meses, ratificar o levantar la suspensión producida.

art. 64 LR105: “La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”.

Asimismo, en nuestro país la Sala de lo Constitucional ha negado la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad por no haber regulación legal expresa al respecto, limitándose únicamente a establecer mediante la jurisprudencia de los dos casos enigmáticos, lo siguiente:

En el año 2001, fue presentado ante la Sala de lo Constitucional un recurso de inconstitucionalidad impugnando la Ley de Integración Monetaria,⁸⁹ la cual, entró en Vigencia en enero de ese mismo año, y era la que permitiría la circulación del dólar en nuestro país. En esta petición, se argumentó, como se ha hecho mención en párrafos anteriores, que las medidas cautelares son de la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional, y por lo tanto, son propias, inherentes, circunstanciales, e inmanentes a la función jurisdiccional; a lo que la Sala de lo Constitucional declaró no ha lugar a la petición hecha por los demandantes, al igual que declaró no ha lugar a la inconstitucionalidad alegada, porque “advirtió” que la potestad de decretar medidas cautelares en la substanciación del proceso de inconstitucionalidad no se encuentra actualmente prevista; que en cuanto a la apariencia fundada del derecho, indispensable para decretar medidas cautelares, no aparecía debidamente configurada; que los argumentos vertidos por la parte demandante no resultaban convincentes para instituir un juicio de probabilidad efectiva sobre la trasgresión de los principios constitucionales a que hacían referencia, durante la discusión y aprobación del proyecto de la LIM, circunstancia adicional que “inhibía evidentemente” a dicho tribunal para

⁸⁹ Proceso de inconstitucionalidad 2-2001; 3-2001; 4-2001, sentencia pronunciada el 13 de Noviembre de 2001.

establecer o adoptar la referida medida cautelar, por lo que, esta resolución no tuvo la influencia deseada en la realidad jurídico material de nuestro país.

Asimismo, en el año 2003 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 26 inc. 2º de la ley del FOVIAL,⁹⁰ en el cual, se solicitó bajo los argumentos planteados en el recurso de la Ley de Integración Monetaria, la medida cautelar de la suspensión de la vigencia y aplicación de dicha disposición ya que violentaba el derecho de igualdad al no encontrarse dentro de las exenciones a dicho impuesto pero si formar parte, de otras actividades que no utilizan la red vial. En este caso la Sala de lo Constitucional se pronunció sobre la Teoría de las medidas cautelares, declarando sin lugar a la medida cautelar solicitada “por no haber sido verificado el presupuesto de *periculum in mora* y por no considerar necesario establecer por jurisprudencia la adopción de esa medida cautelar”. Esta resolución tuvo una trascendencia negativa en la realidad jurídico material en el sector lancharo, ya que fue declarada como inconstitucional la norma impugnada, sin posibilidades de resarcir el daño patrimonial causado al sector.

3.3.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La falta de regulación de las medidas cautelares en la Ley de Procedimientos Constitucionales, no significa una prohibición para que la Sala de lo Constitucional decrete la suspensión como medida cautelar, debido a que ese silencio puede subsanarse por medio de tres figuras jurídicas, las cuales son: la potestad jurisdiccional, que desarrollaremos más adelante, la

⁹⁰ Sentencia Ley FOVIAL, ref. 59/2003, puede ser consultada en Internet en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nItem=40199&nModo=3>.

analogía de la suspensión del “acto reclamado” del Proceso de Amparo y la Jurisprudencia Constitucional.

En el proceso de amparo se regula en el artículo 19 de la Ley de Procedimientos Constitucionales la figura de la suspensión del acto reclamado como medida cautelar para resguardar la esfera Jurídica del peticionario, procediendo a decretar dicha medida en los actos que produzcan o puedan producir efectos positivos, entendiendo por efectos positivos la paralización del acto violatorio para que no se ejecute, o en su caso no siga produciendo un agravio.

Entonces, que la Sala de lo Constitucional en un momento determinado y en un caso concreto, podría decretar por analogía, al proceso de inconstitucionalidad la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado, que en este caso se traduciría como la suspensión de la aplicación de la norma, con la diferencia de que no solo se estaría protegiendo los derechos del peticionario, dado que en este proceso no se conoce de situaciones concretas en donde un determinado grupo de personas son los afectados, sino que se trata de proteger también a toda la colectividad, ya que la Ley es de aplicación general por lo que la medida deberá tener iguales efectos que la norma misma es decir generales y abstractos.

En cuanto a la Jurisprudencia Constitucional, la Sala de lo Constitucional en sentencia interlocutoria puede decidir sobre la procedencia o no de adoptar la medida cautelar de la suspensión de la norma, si a su criterio concurren los presupuestos procesales para decretarla, la Sala de lo Constitucional en la jurisprudencia ha establecido que el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, dada su especial naturaleza de control abstracto sobre la legitimidad constitucional de disposiciones generales, no requiere para el

planteamiento de la pretensión de una impugnación contra actos concretos a los cuales el demandante atribuya efectos de vulneración a derechos constitucionales o a principios constitucionales,⁹¹ por ello se consideran las ventajas y desventajas de la posible adopción de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño.

Las ventajas que se encuentran con la adopción de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad son:

- A)** Evita que se produzcan o se sigan produciendo violaciones a bienes jurídicos tutelados por la Constitución, porque de lo contrario la norma se seguiría aplicando, y en consecuencia causando gravámenes irreparables a determinados bienes jurídicos de la sociedad.

- B)** Asegura la eficacia de la sentencia definitiva, es decir, que no resulte inocua, ya que la honorable Sala de lo Constitucional ha señalado que sus sentencias surten efectos hacia el futuro, y por lo tanto no son “reparadoras” de la inconstitucionalidad que dictaminan, haciéndose difícil, en muchos casos, poder hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la existencia de la disposición inconstitucional.⁹²

⁹¹ La Sala de lo Constitucional ha determinado que “ante la inexistencia de “hechos” concretos, el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión en este proceso está constituido por las argumentaciones expuestas por el actor, tendentes a evidenciar las confrontaciones internormativas por el percibidas, entre la disposición o cuerpo normativo sujeto a control de constitucionalidad y de las disposiciones de la Ley Suprema propuestas como parámetro de dicho control. A este sustrato fáctico es al que se refiere el Art. 6 Ord. 3 Pr. Cn., cuando prescribe que la demanda debe contener los “motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad expresada”; proceso de Inconstitucionalidad de referencia N° 8-99 dictada a las once horas con veinte minutos del día tres de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁹² Sala de lo Constitucional, sentencia dictada a las quince horas del día catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete de los Procesos de Inconstitucionalidad acumulados, de

- C)** Existiría una mayor seguridad jurídica para la población, de que las normas que integran el ordenamiento jurídico no causen violaciones irreparables a derechos fundamentales mínimos contemplados en la Norma Constitucional, y el Órgano Legislativo se vería más comprometido a realizar un mayor análisis de las normas que pretenda emitir.

Las desventajas que existen de la aplicación de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad son las siguientes:

- A)** Se podría ocasionar una mayor afectación al conglomerado social, si la Sala de lo Constitucional hiciera uso indiscriminado de la medida cautelar de la suspensión, al no realizar una correcta valoración de los presupuestos procesales, ya que los resultados de la suspensión serían efectos lesivos mayores que la misma entrada en vigencia de la norma o su aplicación, y por lo tanto se produciría una inseguridad jurídica en la población.
- B)** La aplicación antojadiza sin fundamento lógico jurídico de la medida cautelar, puede acarrear una falta de producción de normas legales, en cuanto a que la Asamblea Legislativa por el mismo hecho de que no sabe los criterios ha tomar por la Sala de lo Constitucional; sería

referencia 15-96 promovido por los ciudadanos Carlos Rafael Urquilla Bonilla, Salvador Sánchez Cerén, y otros, todos ellos actuando en su calidad de ciudadanos-, y por la Dra. Victoria Marina Velásquez de Avilés-actuando en su calidad de Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos para declarar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 668, de fecha diecinueve de marzo del año próximo pasado, publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, correspondiente al veintidós del mismo mes y año, por medio del cual se decretó la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. En dicha sentencia, la Sala manifestó que según reiterada jurisprudencia de los anteriores tribunales encargados del control constitucional, los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad son “ex nunc”, esto es, hacia el futuro.

mas dilatorio el proceso de creación de leyes, para evitar ser sujetas al estudio constitucional de la Sala.

- C) Dejar al libre albedrío el activismo judicial de la Sala de lo Constitucional en materia cautelar no es muy conveniente por la manera en que esta diseñado el Proceso de Inconstitucionalidad, debido a que esta puede crear razonamientos que se salgan del marco jurídico constitucional, para justificar la aplicación de la medida por satisfacer intereses individuales.

3.3.4 OBSTACULOS PARA LA POSIBLE ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La posible regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, es un tema de gran controversia para los estudiosos del Derecho Constitucional, en el sentido de que un grupo considera que es posible hablar de medidas cautelares en este proceso, pero otro sector considera que es imposible adoptarlas, dado que manifiestan la existencia de obstáculos reales que impiden su aplicación.

De los argumentos presentados por parte de la Sala de lo Constitucional en sus resoluciones para no adoptar medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad se han determinado los siguientes obstáculos:

- A) Procesales el argumento sobre este obstáculo radica en la inexistencia de un acto procesal referente a la aplicación de medidas cautelares dentro del procedimiento a seguir en las inconstitucionalidades; es decir, la Sala de lo Constitucional considera, que la falta de regulación en la Ley de Procedimientos Constitucionales de la adopción de medidas cautelares en el Proceso

de Inconstitucionalidad no da lugar a que se decreten, pero esto solo es en apariencia, ya que esto puede verse solventado por medio de la potestad jurisdiccional, la analogía y la jurisprudencia constitucional, no debe entenderse de que la Sala va aplicar la medida cautelar de la suspensión de la norma de una forma simultanea en un mismo caso, sino que estas posibilidades podrán adoptarse de forma individual las que se verán reflejadas en la fundamentación que haga la misma Sala en la sentencia interlocutoria.

B) Políticos en relación a este obstáculo se puede decir, que la Sala de lo Constitucional no ha adoptado el instrumento procesal de la suspensión como medida cautelar, debido a que existen intereses económicos y políticos de por medio, que no permiten a la Sala ser objetiva en sus resoluciones. Es decir, que a pesar de que la Sala de lo Constitucional goce de la independencia judicial, esta se encuentra influenciada por grupos minoritarios que no permiten el verdadero ejercicio del principio de imparcialidad en ciertos casos sometidos a su jurisdicción.

3.3.5 LA POTESTAD CAUTELAR COMO PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La función jurisdiccional, se entiende como la potestad que tienen los jueces de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,⁹³ es decir de que los poderes de la jurisdicción se ejercen durante todo el desarrollo del proceso, ello con el fin de garantizar la eficacia de la resolución final.

⁹³ Vid. Art.172 CN.

El contenido de la mencionada potestad jurisdiccional viene determinado por una fuerza de mando jurídicamente vinculante a terceros, lo que garantiza la supremacía o superioridad del Órgano Jurisdiccional frente a las partes y la que hace eficaz en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones.⁹⁴

Los jueces además de dirimir los conflictos entre las partes cumplen con la importante misión de resguardar la supremacía de la Constitución. En tal sentido tienen que auxiliarse de la función cautelar, la cual es una manifestación de la misma jurisdicción ya que juega un papel determinante, a efecto de asegurar el cumplimiento de las sentencias; por lo que puede decirse que las medidas cautelares están íntimamente vinculadas al ejercicio de la potestad jurisdiccional en toda clase de procesos.⁹⁵

Como es sabido, la función de juzgar y ejecutar el resultado de la sentencia no es instantáneo, sino que se requiere de un periodo de tiempo para su tramitación, lo que puede llevar a convertir en inútil la resolución que se dicte, por lo que se hace necesario decretar medidas cautelares que vayan orientadas a garantizar o asegurar la eficacia de la sentencia final, y mas específicamente en el proceso de inconstitucionalidad, en donde los efectos de cualquier norma pueden conllevar repercusiones irreparables para la sociedad en general .

⁹⁴ Di Iorio, Alfredo, "Lineamiento de la teoría general del derecho procesal", ediciones depalma, 1997, Buenos Aires, Pag.36.

⁹⁵ Sobre este punto Javier Vecina Cifuentes, en su escrito "las medidas cautelares en los procesos ante el tribunal constitucional", parafraseando a Calamandrei, manifiesta que: las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad practica de la sentencia que, decidiendo sobre el fondo del litigio, ponga fin al proceso; por lo tanto, mas que en el interés de los sujetos privados, las medidas cautelares están previstas en el interés de la administración de justicia, lo cual esta orientado a salvaguardar el "Imperiumludicis", es decir, impedir que la soberanía del Estado en su mas alta expresión que es aquella de la justicia, se reduzca hacer una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como la guardia de la opera bufa, a llegar siempre demasiado tarde".

Por lo que puede decirse, que las medidas cautelares surgen a la esfera jurídica del derecho como el medio jurídico procesal que tiene como objetivo evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de las pretensiones.

CAPITULO 4

**Legislación y Jurisprudencia Aplicable al Proceso de
Inconstitucionalidad y Medidas Cautelares.**

4.1 LEGISLACION NACIONAL.

4.1.1 CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR.

Vigente desde el 20 de diciembre de 1983, teniendo por objeto a la persona humana desde el momento de la concepción; y como origen y fin de la actividad del Estado, lo que conlleva a la búsqueda efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona, de esta forma se convierte así en la garante de derechos, principios y valores, para la protección y respeto cuando estos sean objeto de arbitrariedades e injusticias.

En El Salvador la justicia constitucional se encuentra regulada por dos fuentes normativas: la Constitución y la Ley de Procedimientos Constitucionales.

En el **art. 174 Inc. 1º Cn.** Se ha señalado que la Sala de lo Constitucional es el principal órgano que ejerce la jurisdicción constitucional, la cual tiene la competencia para conocer y resolver el proceso de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y reglamentos, también establecida la competencia en el art. 183 Cn y en la ley secundaria en el art. 53 de la Ley Orgánica Judicial.

También tiene competencia cuando se encuentre ante tratados internacionales y algunas de sus facultades las establece el art. 149 Cn inc. 2º: “La declaratoria de Inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por ésta constitución para las leyes, decretos y reglamentos.”

Esta disposición es una innovación, ya que se establece expresamente como objeto de control abstracto de constitucionalidad, a los tratados

internacionales, los cuales adquieren el rango de leyes de la República cuando son ratificados por la Asamblea Legislativa o cuando se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.”

La Inconstitucionalidad por conexión o por omisión no son mencionadas en el texto constitucional, sino que han sido establecidas y desarrolladas por la jurisprudencia. Art. 145 y Art.146 Inc. 1 Cns

El art. 172 Inc. 2º Cn. contiene la Potestad Jurisdiccional y el Principio de Exclusividad, el cual consiste en la facultad que tiene la Sala de lo Constitucional de actuar libremente a la hora de aplicar pronta y cumplida justicia, es decir que ningún otro órgano del gobierno ni ente público posee la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, en casos concretos.

Art. 172 inc.3º Cn. En este inciso se manifiesta el Principio de Independencia Judicial; El cual consiste en que los aplicadores de la ley no se encuentran subordinados a otro poder político o social que no sea la ley, su finalidad es asegurar la pureza de los criterios técnicos que van a incidir en la elaboración de la norma.

En el **art. 174 Inc. 2º Cn.** La Sala de lo Constitucional estará compuesta de cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa, en virtud del proceso establecido en la constitución, uno de los cuales será el Presidente, así como también lo es de la Corte Suprema de Justicia, quien también la presidirá.

De acuerdo al artículo 14 de la Ley Orgánica Judicial para pronunciar sentencia interlocutoria o definitiva se necesitaba de cuatro votos conformes, sin embargo durante el desarrollo de este apartado surge el decreto transitorio a la ley orgánica judicial, mejor conocido como decreto 743 de fecha dos de junio de dos mil once en el cual se estableció una reforma al citado artículo decretando que serían cinco votos conformes para dictar sentencia sea esta interlocutoria o definitiva.

4.1.2 LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES.

La Ley de Procedimientos Constitucionales, fue promulgada el 14 de Enero de 1960, La presente ley tiene por finalidad garantizar la pureza de la normativa Constitucional, el ejercicio pleno de los derechos consagrados en ésta y el funcionamiento de los órganos del gobierno y entidades públicas, además dar una mayor protección a los derechos que la constitución otorga a la persona, es decir a los derechos fundamentales⁹⁶ mediante la regulación de los procesos constitucionales los cuales son:

- 1) El de Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos;
- 2) El de Amparo; y
- 3) El de Exhibición de la Persona.

4.1.2.1 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

Art. 2 L.Pr.Cn. Es básicamente la facultad que esta disposición da a cualquier ciudadano de promover la acción de inconstitucionalidad en leyes

⁹⁶ Tenorio, Jorge Eduardo, Los Procesos Constitucionales en El Salvador Exposición del doctor Jorge Eduardo Tenorio, en el Día del Abogado, Corte de Cuentas de la República, 29 de junio de 2001. Puede ser consultada en <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/0b854d7889b1882806256d48005f7a34/62add1277137b09e06256a7a005f1620?OpenDocument>. Hora de consulta: 10:00 am. Día: 08 de Agosto de 2011.

decretos y reglamentos para así velar por el debido cumplimiento de la supremacía constitucional, pero no solo se limita a las leyes y reglamentos sino también a toda aquella norma legal que este en desarmonía con la constitución.

Es aquí donde interviene la legitimación activa y pasiva de los ciudadanos y de los funcionarios públicos que intervienen en el proceso, siendo así, que serán sujetos activos aquellos que promuevan el proceso de inconstitucionalidad, estos son cualquier ciudadano en su carácter personal o en su carácter de representante legal de una persona jurídica, así como también los funcionarios como por ejemplo el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos en dicha calidad, el Procurador General de la República y el Fiscal General de La República; siendo sujetos de legitimación pasiva aquellos contra quien se interpondrá la demanda de inconstitucionalidad, la recae sobre la autoridad emisora del cuerpo normativo impugnado, como por ejemplo: la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República, los Ministros de las diferentes carteras de Estado, los miembros del órgano Judicial, las municipalidades y los titulares de las Instituciones Oficiales Autónomas.

Requisitos para la presentación de la demanda de Inconstitucionalidad. En el art. 6 L. Pr. Cn. la demanda de Inconstitucionalidad deberá presentarse por escrito ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y contendrá:

- El nombre, profesión u oficio y domicilio del peticionario;
- 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;

- Los motivos en que se haga descansar la Inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la Constitución;
- La petición de la declaratoria de Inconstitucionalidad de la Ley, decreto o reglamento; y
- El lugar y fecha de la demanda, y firma del peticionario o de quien lo hiciere a su ruego.

Con la demanda deberán presentarse los documentos que justifiquen la ciudadanía del peticionario; en cuanto a este punto cabe aclarar que el documento de identidad personal no es el que determina la ciudadanía del peticionario ya que este solo es un medio para identificar a la persona que lo solicita. Estos son los requisitos mínimos que debe contener toda demanda de Inconstitucionalidad.

ADMISION DE LA DEMANDA

La Sala admitirá la demanda si esta cumple con los requisitos ya establecidos en el artículo 6 de L.P.C sino, se encontrara ante otra situación, esta será la prevención al peticionario y si éste no la subsana, lo hace de manera errónea o extemporáneamente, la demanda será declarada inadmisibile.

INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Esta es declarada cuando la demanda adolece de requisitos de fondo o de forma (errores de hecho o errores de derecho). Por ejemplo es necesaria, la identificación del peticionario mismo como partícipe activo del proceso, también es importante que se mencione en forma clara la ley, decreto o

reglamento que se impugna inconstitucional, y además se citen de los motivos en que se fundamenta la inconstitucionalidad alegada, así como los artículos de la Constitución que se consideran violentados.

La esencia de estos requisitos radica en el Principio de Estricto Derecho, como por ejemplo la necesidad de citar el número y fecha del Diario Oficial en que se hubiere publicado la ley, decreto o reglamento impugnado, estriba en que la finalidad del proceso de inconstitucionalidad es resolver eficazmente sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, “ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación”.

En la ley no menciona nada sobre el plazo para demandar, sin embargo debe entenderse que el plazo deberá ser a partir de su vigencia, en cualquier tiempo, es decir sin establecer un plazo de perención, tampoco debe estar sujeto a la figura de la caducidad, así como tampoco el vicio de inconstitucionalidad puede ser susceptible de sanearse con el transcurso del tiempo.

SOLICITUD DE INFORME DETALLADO.

Cuando se da por admitida la demanda se solicita informe detallado de la autoridad que emitió la misma con las aclaraciones necesarias en el proceso, de acuerdo al art. 7 L.Pr.Cn. se deberá rendir en el término de diez días, acompañando a su informe, cuando lo crea necesario, las certificaciones de actas, discusiones, antecedentes y demás comprobantes que fundamenten su actuación.

Cuando la demanda ha sido admitida se solicita informe a la autoridad demandada, esta autoridad debe poseer potestad normativa que la Constitución le otorga a ciertos funcionarios. Así, la autoridad

demandada puede ser en el caso de la Ley, la Asamblea legislativa, ya que tiene la facultad de decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias , en el caso de los tratados internacionales por ser ratificados por la Asamblea Legislativa y por tener el mismo proceso de formación que la ley, se manda a oír a esta, y además al Presidente de la República, por estar facultado para “celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento Art. 131 Ord. 5o Cn y Art.131 Ord. 7º Cn.

En el caso de los decretos y reglamentos, debe demandarse a las autoridad que los emitió, que puede ser el órgano Ejecutivo, al decretar un reglamento o decreto, como también la Asamblea Legislativa cuando se trata de su propio reglamento o de decretos.Si la autoridad lo considera necesario puede anexar actas, certificaciones, discusiones, antecedentes, con el propósito que fundamenten su actuación, ya que debe justificar la constitucionalidad de la norma que se impugna, ejemplo de estos anexos pueden ser las actas sobre las discusiones del proyecto de ley que se realicen dentro de la comisión política asignada a la materia de la que se trate la ley.

CONSTESTACION DE LA DEMANDA.

Una vez presentado el informe a la CSJ, el cual tiene un término de 90 días mínimo, se corre traslado a la Fiscalía General de la República.

INTERVENCION DE LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Uno de los principales intervinientes en el proceso de Inconstitucionalidad es el Fiscal General de la República,de acuerdo al Art. 8 de la L. Pr. Cn, únicamente esta facultado para proporcionar una opinión técnico- jurídica que se limita a los motivos aducidos en la demanda y en el informe de la

autoridad demandada (también puede actuar como sujeto activo del proceso, interponiendo demandas de inconstitucionalidad según art. 193 Ord. 2º Cn.), en defensa de la constitucionalidad.

El término para que el Fiscal proporcione su opinión no debe exceder de noventa días, pero éste plazo representa una dificultad para el desarrollo del proceso de Inconstitucionalidad, ya que en éste proceso los términos se contabilizan en días hábiles, dicho plazo equivale a cuatro meses calendario, sin embargo este es un atentado al principio de celeridad economía procesal, y atenta contra la garantía de pronta y cumplida justicia.

DILIGENCIAS PARA PRONUNCIAR SENTENCIA

En el art. 9 L.Pr.Cn. Una vez se haya evacuado por el Fiscal General de la República el traslado y realizadas las diligencias necesarias se pronunciara sentencia; es necesario observar que para la realización de estas diligencias no se ha establecido plazo, generándose con ello, no solamente la violación de los principios de celeridad y de economía procesal, sino que además, la Sala, máximo tribunal que vela por la supremacía constitucional, se convierte en trasgresor de la misma, al violentar la garantía fundamental de pronta y cumplida justicia, constituida, con el objetivo que todo ciudadano reciba justicia de manera pronta y eficaz.

EFECTOS DE LA SENTENCIA

De acuerdo al art.10 L.Pr.Cn. Esta disposición establece el carácter no impugnabile de la sentencia definitiva en el proceso de Inconstitucionalidad (sea estimatoria, desestimatoria o se declare el sobreseimiento), es obligatoria de un modo general tanto para autoridades, como para personas naturales y jurídicas. Esta sentencia

no admite recurso alguno en razón de ser emitida por el máximo tribunal, no existiendo una instancia superior.

PUBLICACIÓN

En el art. 11 L.Pr.Cn. La sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad posee, materialmente, los efectos de una ley, como son la generalidad y obligatoriedad; sin embargo, formalmente no puede ser vista como una ley, ya que no es emitida por la Asamblea Legislativa, ni cumple con el procedimiento de formación de ley, establecido por la Constitución, el único requisito formal que se realiza es la publicación de la misma en el Diario Oficial.

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA PRONUNCIADA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La Sala de lo constitucional, al analizar los argumentos, traslados e informes, procede al pronunciamiento de sentencia definitiva. Esta sentencia puede ser:

- Estimatoria.
- Desestimatoria.

La sentencia estimatoria, es aquella que declara la inconstitucionalidad del ordenamiento jurídico o disposiciones jurídicas del cuerpo normativo impugnado, esta sentencia produce: efectos generales y obligatorio, efectos Erga Omnes o hacia el futuro y la expulsión del cuerpo o disposiciones normativas declaradas inconstitucionales del ordenamiento jurídico nacional. Esta declaratoria tiene plenos efectos frente a funcionarios y particulares.

Las sentencias estimatorias se subdividen a la vez en:

- a) Sentencia estimatoria simple: la cual se limita a declarar la Inconstitucionalidad de la normativa impugnada.
- b) Sentencia estimatoria exhortativa: es la que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pero que a la vez exhorta a la Asamblea Legislativa para que en el futuro solvete las omisiones que existan en la ley objeto de control.
- c) Sentencia Estimatoria Normativa: a través de esta sentencia, la Sala declara la inconstitucionalidad, y además, dispone que se sustituya, se modifique o se adicione lo que se ha omitido en la normativa sometida a impugnación.
- d) Sentencia estimatoria desaplicativa: este tipo de sentencia se emite, cuando la normativa impugnada es pre constitucional, y no ha dejado de ser aplicada en el momento de la impugnación, y por lo tanto es la Sala el ente que debe emitir un fallo en el cual se confirma la derogatoria tácita de la norma pre constitucional la cual es establecida en la ley suprema.⁹⁷

Al emitir esta sentencia, la Sala, declara no ha lugar a la inconstitucionalidad alegada por el peticionario. Los efectos que esta sentencia produce son: la imposibilidad de plantear nuevamente la acción de inconstitucionalidad respecto a la misma disposición, por el mismo motivo ó los mismos vicios de la misma naturaleza planteados en el primer proceso; y además; ningún funcionario puede negarse a acatar esta sentencia, amparándose en la figura de la inaplicabilidad de las leyes contrarias a la constitución.

⁹⁷ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Información Jurídica, ministerio de Justicia, San Salvador, 1998, pág. 513

Esta clase de sentencia tiene como base constitucional el Art. 249 Cn. ya que establece que todas las normas emitidas antes de la constitución de 1983 que se oponen a la misma deben ser derogadas, la misma sala ha establecido que para derogar estas normas, es necesario que se declare previamente su inconstitucionalidad. Excepcionalmente, es admitido que se pueda volver a plantear la demanda de inconstitucionalidad, cuando el fallo ha sido desestimatorio, la sala de lo constitucional conforme a los argumentos presentados por el demandante manifiesta que no existe la inconstitucionalidad alegada, así mismo impide que los demandantes aleguen motivos distintos a los desestimados en el proceso anterior.

Los Efectos del Sobreseimiento, puede decretarse por tres motivos:

- 1) porque la norma impugnada pierde vigencia;
- 2) porque existe vicio en la pretensión planteada y
- 3) porque la pretensión ya fue conocida por la Sala.

4.1.3 ANTEPROYECTO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES Y LA REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El anteproyecto de Ley procesal constitucional fue presentado a la Asamblea Legislativa en el año de 1995, y fue modificada posteriormente en el año 2001, teniendo por finalidad garantizar la supremacía de la constitución, así como también el ejercicio pleno de los derechos consagrados en ésta y el funcionamiento regular de los órganos estatales y entidades públicas, pero al no darse la aprobación del anteproyecto se ha modificado su redacción para lograr su aprobación, y sustituir así la actual Ley de Procedimientos Constitucionales, como norma pre-constitucional, lo cual se reafirma en los considerandos de dicho anteproyecto, siendo pertinente aclarar que el

presente proyecto incorporan novedades que la vigente ley no regula en su ámbito de aplicación, estas son las siguientes:

- Las controversias que se susciten entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, en el proceso de formación de la ley; y
- Los conflictos entre órganos constitucionales.

Además en esta ley se regula, la inaplicabilidad, por parte de tribunales y jueces, de tratados, leyes, disposiciones o actos jurídicos subjetivos, públicos o privados contrarios a la normativa constitucional, esto regulado en el artículo 1 del citado proyecto.

Al no contrariar esta con el ente encargado de la competencia y los sujetos procesales consideramos que no es necesario ahondar en estas disposiciones y dirigir nuestra atención al proceso de Inconstitucionalidad que se encuentra en el Título IV del Capítulo III y a la regulación expresa de las medidas cautelares en el Título II del Capítulo IV, son las siguientes:

En el **art. 85**: Procede la pretensión de Inconstitucionalidad contra disposiciones infraconstitucionales lesivas a la normativa constitucional o contra comportamientos omisivos de los entes investidos de potestad normativa que incumplan mandatos constitucionales.

Esta disposición establece la procedencia de la pretensión de Inconstitucionalidad, la cual, procederá de manera exclusiva contra normativas secundarias que violenten la supremacía constitucional, o los

derechos consagrados en la misma. La Inconstitucionalidad por omisión, en virtud de la evolución jurídica, si se encuentra regulada en el Anteproyecto.⁹⁸

Art. 86: La Sala, al admitir la demanda, ordenará que la autoridad que haya emitido la disposición o cuerpo normativo considerado inconstitucional, rinda informe dentro de un plazo que no exceda de quince días.

Se modifica el plazo para que la autoridad emisora de la normativa, considerada inconstitucional, rinda su informe en el cual justifique la constitucionalidad de la norma. Sin embargo, éste precepto no establece, como la vigente ley, la presentación de actas, antecedentes y discusiones que acompañen el informe y compruebe su opinión.

Art. 87: 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 constitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo impugnado. Esta audiencia no se concederá cuando sea el propio Fiscal quien haya planteado lapretensión.

Actualmente, el plazo establecido por la Ley de Procedimientos Constitucionales para correr traslado al Fiscal General de la República, no debe exceder de un período de noventa días, y el plazo específico es determinado por la Sala de lo Constitucional, considerando sus propios criterios; mientras que en el anteproyecto de Ley Procesal Constitucional, no excede de quince días. Al comparar ambos cuerpos normativos, se observa que existe una reducción favorable del plazo en el Anteproyecto, lo cual permitiría que el proceso de Inconstitucionalidad se desarrolle con celeridad.

⁹⁸ Figura que, actualmente, ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

Art. 88: 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.

Esta disposición prevé una de las situaciones que se manifiestan en la tramitación de los procesos de Inconstitucionalidad, con el propósito de dilatar el proceso o lograr un sobreseimiento en la sentencia. Esta situación no se encuentra desarrollada por la ley ni por la jurisprudencia, se resuelve utilizando la técnica jurisdiccional; pero en el anteproyecto se da solución a la situación al mandar oír al Fiscal y a la autoridad emisora del ordenamiento jurídico, quienes deben justificar dicha reforma, y se establece un plazo que no debe exceder de quince días, el cual es un plazo común.

Art. 89: La sentencia estimatoria deberá declarar también, si es procedente, la inconstitucionalidad de aquellas otras disposiciones de carácter general a las que debe extenderse por conexión o sean su consecuencia.

Se actualiza la regulación de los tipos de Inconstitucionalidad, ya que se establece la Inconstitucionalidad por conexión, la cual debe ser declarada en la sentencia estimatoria, cuando sea procedente. Por ejemplo: existe una ley principal, la cual para su ejecución posee un reglamento, así que al ser declarada Inconstitucional la referida ley, por conexión, el reglamento será declarado Inconstitucional. Esta disposición no establece un plazo para emitir la sentencia definitiva, sin embargo cuando no se establece el plazo, y por tratarse de sentencia definitiva, será de quince días, según las reglas establecidas por el anteproyecto.⁹⁹

⁹⁹ El Art. 25 de este anteproyecto regula que cuando la presente ley no establezca un plazo específico para resolver, se observarán las siguientes reglas: a) para las resoluciones de mero trámite, tres días; b) para las sentencias interlocutorias, cinco días; y para las

Art. 90: Dentro de 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 dentro del plazo señalado, la Sala ordenará la publicación en un diario de circulación nacional. La explicación de la sentencia también deberá publicarse.

El requisito de la publicación de la sentencia no sufre modificación en el anteproyecto, pero sí existe una modificación en el plazo, el cual será de tres días para la remisión al Diario Oficial, y de cinco días para la publicación, ésta disminución del plazo obedece al principio de celeridad procesal.

En el anteproyecto se deja sin efecto el carácter inimpugnable de la sentencia de Inconstitucionalidad, ya que establece el recurso explicación, el cual, en caso de ser procedente, será publicado¹⁰⁰. Dicho recurso representa una novedad, ya que actualmente la sentencia de inconstitucionalidad no admite recurso alguno, porque no existe un tribunal superior que pueda resolver al respecto; pero en éste caso no existe ningún problema porque no se impugna la esencia de la sentencia, y por lo tanto es resuelto por el mismo tribunal.

sentencias definitivas, quince días. Estos plazos se contabilizan desde el día, en que se haya realizado la última diligencia en el proceso o procedimiento.

¹⁰⁰ El Art. 57 del anteproyecto establece como disposición común a los procesos constitucionales: "cuando alguna de las partes considere que la sentencia contiene algún concepto oscuro, podrá pedir su explicación". El recurso según, el Art. 58 de este mismo anteproyecto, deberá presentarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la notificación de la sentencia.

Art. 91: La sentencia será obligatoria de un modo general para los Órganos del Gobierno, funcionarios, autoridades y para toda persona.

No se modifican los efectos de la sentencia, los cuales son generales y obligatorios para toda persona y funcionario, quienes deben obedecer sus efectos, al igual que en la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales.

- **Disposiciones Relativas a la Aplicación de Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales.**

Reguladas en el Capítulo IV, del título II, del Anteproyecto, el cual contiene disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales. Entre estas disposiciones se encuentran:

Art. 32 Inc. 1º: Al admitir la demanda o petición, el tribunal podrá ordenar la suspensión del acto reclamado y cualquier otra medida cautelar.

La etapa procesal para decretar las medidas cautelares no sufre cambios en el anteproyecto, ya que luego de admitir la demanda, proceden, si concurren los requisitos necesarios para decretarlas; tales requisitos son: la existencia de un derecho amenazado (*fumusboni iuris*) y que el acto reclamado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación (*periculum in mora*).

Asimismo, ésta disposición establece que se puede decretar la suspensión del acto reclamado u otra medida cautelar, lo cual pone de manifiesto que las medidas cautelares pueden ser decretadas en el proceso de Inconstitucionalidad, y aplicadas al mismo se decretaría la suspensión de la aplicación o vigencia de la norma impugnada.

Además, se omite el requisito establecido en la Ley de Procedimientos Constitucionales respecto a la suspensión del acto reclamado que es aplicable a actos que produzcan efectos positivos¹⁰¹, es decir, cuando se trate de una acción de hacer o ejecutar, salvo casos excepcionales que la jurisprudencia ha establecido respecto a los actos negativo, es decir los que conllevan inactividad o falta de ejecución.

Art. 32 Inc. 2º: Cuando exista fundado motivo para considerar que se consumará un daño inminente o irreparable en contra del agraviado, la Sala establecerá cuál debe ser la situación de hecho o de derecho que prevalecerá durante el proceso.

Art. 33: las resoluciones que ordenen la adopción de medidas cautelares no causan estado, y el tribunal podrá decretarlas, revocarlas o modificarlas en cualquier etapa del proceso antes de la sentencia definitiva, a instancia de parte o de oficio.

Esta disposición pone de manifiesto la variabilidad de las medidas cautelares que se decreten dentro de los procesos constitucionales, ya sea porque que se trate de la suspensión del acto reclamado u otro tipo de medida cautelar.

Además, La Sala de lo constitucional dentro de su potestad cautelar podrá decretar la medida cautelar cuando lo considere necesario o cuando la parte agraviada lo solicite, esta disposición es muy novedosa, por cuanto amplía el margen de actuación de la Sala, respecto al uso de las medidas cautelares.

¹⁰¹ Art. 19 Inc. 2º L. Pr. Cn. de 1960

Asimismo, en esta disposición se pone de manifiesto el carácter provisional de las medidas cautelares, ya que al dejar de existir la circunstancia que las motivó, la Sala decretará su revocación, de oficio o a petición de parte.

Art. 34: no se suspenderá el acto reclamado cuando éste:

- a) Sea de carácter negativo y no produzca efectos positivos; este literal limita la suspensión del acto reclamado cuando se trata de actos con efectos negativos, es decir, aquéllos que consisten en un no hacer; por lo tanto, procede la suspensión del acto si produce efectos positivos en contra del agraviado, de lo contrario no podrán ser decretadas.
- b) Reconozca una situación preexistente, sin disponer ninguna modificación.
- c) Se haya consumado, o exista imposibilidad física de volver las cosas a su estado anterior, siempre que no provenga de actos posteriores del demandado; la Sala no podrá decretar la suspensión del acto reclamado, cuando éste ha sido ejecutado ó cuando su ejecución hace imposible volver las cosas al estado en que se encontraban, lo cual tiene su razón de ser en virtud del efecto restitutorio del proceso de amparo.

Art. 34 Inc. 2º: no se decretará una medida cautelar cuando ello cause o pueda causar daños ciertos o inminentes a los intereses públicos o de terceros, mayores que los que provocaría la ejecución del acto.

Esta disposición establece ciertos aspectos que la Sala ha de considerar al momento de decretar una medida cautelar como lo es el interés colectivo, lo cual tiene su razón de ser en los intereses del Estado, es decir, llevara a cabo una valoración del interés del agraviado frente al interés colectivo.

- **Disposiciones comunes aplicadas a todos los Procesos Constitucionales: Inconstitucionalidad, Amparo y Hábeas Corpus.**

Art. 4.- esta disposición establece los principios procesales de:

- a) Suplencia de la queja deficiente: establece que la Sala puede suplir de oficio las omisiones y errores de derecho; pero cuando se trate de otro tipo de errores, la Sala mandará que se corrijan. Sin embargo, esta disposición contradice al principio de estricto derecho del proceso de Inconstitucionalidad.
- b) Igualdad de las partes procesales: implica que las partes que intervienen en el proceso tienen la misma oportunidad de ejercer la defensa de sus intereses dentro del mismo.
- c) Lealtad, probidad y buena fe: este principio, busca que el proceso no sea retrasado de manera innecesaria y las partes deben actuar conforme al derecho, evitando, acciones ilícitas o dilatorias.
- d) Publicidad procesal: todos los procesos serán de conocimiento público, salvo que el tribunal por razones de seguridad y moral pública o por motivos de protección en la intimidad e integridad moral de alguna de las partes.
- e) Libertad probatoria: las partes podrán proponer y aportar pruebas, y el tribunal podrá aportar otras pruebas para mejor proveer.
- f) Celeridad y economía procesal: estos principios buscan que el proceso sea tramitado respetando los plazos establecidos para ello y además se agoten lo menos posibles los recursos de la administración judicial.

Art. 27. “En la sentencia se condenará en daños y perjuicios a quien hubiere actuado de mala fe”. La Ley regula el principio de buena fe, si se actúa de mala fe la ley establece una condena en daños y perjuicios a la parte que haya incurrido, dentro del proceso, en actos ilícitos o dilatorios; evitando así,

que se promuevan procesos innecesarios que provoquen el desgaste de recursos en la administración de justicia e indefensión contra la otra parte que interviene en el proceso.

Art. 40. Cuando una demanda o petición inobservare los requisitos exigidos, el tribunal hará prevención para que, dentro de tercero día se dé cumplimiento a los mismos.

Esta prevención se encuentra establecida, actualmente, vía jurisprudencia, ya que la Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé esta situación, lo cual conllevó en años atrás a que se declararan inadmisibles muchas demandas; dicha circunstancia se regula en el Anteproyecto y se resolverá la inadmisibilidad si la prevención no es subsanada, se subsana de manera incorrecta o no se realiza en el plazo establecido de tres días.¹⁰²

Art. 105. en todo lo no previsto en esta ley, se resolverá con base en lo dispuesto por la misma para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse subsidiariamente a los principios del Derecho Constitucional y procesal...

Esta disposición es importante para el desarrollo de la investigación, ya que, al realizar un análisis comparativo entre el proceso de Inconstitucionalidad y el de Amparo, se ha determinado que existe analogía en ambos procesos constitucionales; y en ese orden de ideas, la analogía que dicha disposición establece, permite la posibilidad de aplicar medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad.

¹⁰² Art. 41 A. L. Pr. Cn.

El anteproyecto no modifica la competencia de la Sala de lo Constitucional, sin embargo, otorga competencia a las cámaras de Segunda Instancia en materia penal, que no residan en la capital, para que conozcan de Hábeas Corpus contra autoridades no judiciales y contra particulares.¹⁰³

Se limita la competencia de la Sala y de las Cámaras, en su caso, para que conozcan solamente las pretensiones y peticiones fundamentadas en normas constitucionales, debido a que todo proceso constitucional busca hacer valer el contenido de la Constitución frente a otras leyes¹⁰⁴.

4.2 LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.2.1 ESPAÑA

En materia de inconstitucionalidad, España regula en su Constitución lo referente al Tribunal Constitucional, como el ente encargado para conocer de dicho control de constitucionalidad, tal es el caso, que el artículo 161 CE expresa que dicho Tribunal posee jurisdicción genérica en todo el territorio español, así como competencia para conocer sobre los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones de carácter normativo con fuerza de ley, este procedimiento debe iniciarse en el plazo de tres meses desde su publicación.

Están legitimados para la interposición: el Presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, o 50 senadores. Cuando se trate de actos de las Comunidades Autónomas podrá interponer el recurso el órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma o la asamblea.

¹⁰³ Art.5 Inc. 1o A. L. Pr. Cn.

¹⁰⁴ Art.6 A. L. Pr. Cn.

El Gobierno español está facultado para impugnar, ante el mencionado Tribunal, aquellas disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, dicha impugnación produce la suspensión de la disposición o resolución respectivamente recurrida, debiendo el Tribunal ratificar o levantar en un plazo determinado que no debe ser superior a los cinco meses, según el artículo 161 de la Constitución española.

Asimismo, el Tribunal Constitucional tiene regulado su funcionamiento por medio de una ley orgánica implementada para tal efecto, así como el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de sus acciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 de la Constitución española¹⁰⁵.

Así, el Tribunal constitucional español, en el ejercicio de sus funciones, reviste diferentes modalidades orgánicas, pues actúa por medio de Salas o en Pleno, en atención a la naturaleza de los asuntos, e incluso, para el despacho ordinario y la decisión de la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, el Pleno y las Salas constituirán Secciones compuestas por el respectivo Presidente -o quien le sustituya- y dos Magistrados (art. 8 LOTC).

Distribuidos los Magistrados del Tribunal Constitucional en los citados órganos colegiados, la competencia en un proceso de inconstitucionalidad variará, según se trate de adoptar la suspensión inicial al comienzo del proceso constitucional, o de ratificar o levantar dicha suspensión dentro del plazo de cinco meses que establece el art. 161.2 CE. En el primer caso, la resolución a adoptar cae dentro del llamado “despacho ordinario”, siendo

¹⁰⁵ “Una ley orgánica regulara el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las comisiones para el ejercicio de las acciones”.

competente la respectiva Sección del Tribunal, quien dará cuenta de la suspensión al Pleno del Tribunal (art. 8 LOTC); en el segundo, por el contrario, no se trata de una resolución de impulso o sustanciación procesal, sino de una resolución que debe resolver de forma motivada el incidente de suspensión (art. 86 LOTC), lo cual le corresponde al Pleno del Tribunal Constitucional, salvo que por tratarse de un día inhábil deba dictarla la Sección de Vacaciones compuesta por el Presidente -o quien lo sustituya- y dos magistrados (art. 5 del Acuerdo de 15 de junio de 1982, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se acuerdan las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el periodo de vacaciones)¹⁰⁶.

La suspensión de la ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley autonómica, no se produce inicialmente de un modo automático, pues para que tal suspensión tenga lugar es requisito indispensable que la formulación del recurso se realice de forma expresa al amparo del art. 161.2, tal como dispone dicho precepto constitucional y el propio art. 30 LOTC.

Invocado el citado precepto constitucional en el escrito de demanda, el Tribunal debe admitir o inadmitir el recurso, y en caso de ser favorable la admisión, se comunicará a la Comunidad Autónoma demandada la formalización del proceso constitucional, así como la suspensión de los preceptos legales impugnados desde la fecha de interposición de la demanda; disponiendo para ello, de la publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, y en el de la Comunidad Autónoma correspondiente, con el propósito de garantizar que sea de conocimiento general, tanto de la admisión de la demanda como de la citada suspensión.

¹⁰⁶ Vid, Vecina Cifuentes, Javier: Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional, primera edición, Editorial Colex, Pág. 162.

Los efectos temporales de la suspensión inicial se dan una vez admitida a trámite la demanda los mismos se retrotraen al momento de la formalización, interposición o presentación de la demanda de inconstitucionalidad. Si se desestimase el recurso por defectos de forma podrá presentarse de nuevo.

El artículo 30 de la Ley Orgánica establece que: “la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución Española para impugnar por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.

Una vez admitido el recurso se notificará su inicio a las Cortes. Al gobierno a través del ministro de justicia, y si fuese una normativa de una Comunidad al órgano legislativo correspondiente. Y podrán presentarse alegaciones en el plazo de 15 días, que deberán resolverse en el plazo de 10 días, pudiéndose ampliar por cuestiones motivadas a 30 días.

Ahora bien, ésta práctica jurisprudencial ha sido objeto de una importante matización en los Autos ATC 439/1990, de 18 de diciembre y 74/1991, de 26 de febrero, pues aun cuando el límite máximo de retroacción continua siendo la fecha de interposición de la demanda, no viéndose afectados por la suspensión los actos de aplicación de la ley acaecidos con anterioridad a esa fecha, el momento desde el que debe computarse el inicio de la suspensión de los preceptos impugnados no siempre continuará siendo el mismo; ya que en virtud del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la practica jurisprudencial se llega a ver limitada cuando la norma objeto de impugnación posee efectos exclusivamente en relaciones jurídico-privadas,

pues en estos casos la comunicación de la suspensión inicial realizada por el Tribunal en la providencia correspondiente surtirá sus efectos desde la fecha de interposición de la demanda para las partes, y desde la publicación en el BOE para las personas ajenas al proceso.

Una vez invocado el mencionado precepto constitucional en el escrito de interposición del proceso directo de inconstitucionalidad, y producida inicialmente la suspensión, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio sobre su ratificación o levantamiento en un plazo máximo de cinco meses. Sin embargo, antes que dicha resolución tenga lugar, es práctica reiterada del Tribunal conceder a ambas partes un plazo común de cinco días para que puedan deducir las alegaciones que estimen oportunas sobre el sentido de la resolución a emitir, alegaciones que no deben entenderse sólo como un mero trámite formal o un derecho que a las partes se confiere y que estas pueden ejercitar como estimen oportuno-, sino como una carga que se les impone, especialmente al promotor del conflicto, tras la apertura del proceso, si ello no se efectúa o las razones que se esgrimen no son convincentes, habrá de desaparecer la suspensión.

Trascurrido el plazo para que ambas partes deduzcan tales alegaciones, y se hayan o no evacuado los respectivos escritos, el Pleno del Tribunal Constitucional debe decidir en respecto al mantenimiento o levantamiento de la suspensión inicial, en función de la concurrencia o no de los presupuestos *fumusboni iuris* y *periculum in mora*, todo ello dentro de un juicio ponderado de las consecuencias que el acuerdo de suspensión podría producir en los intereses autonómicos o en lo de los sujetos particulares.

La decisión del Pleno debe tener lugar siempre con anterioridad al agotamiento del plazo de cinco meses y debe adoptar la forma de auto

motivado, el cual, sí acuerda levantar la suspensión inicial de la ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley, habrá de ser publicado, al igual que la suspensión, en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma demandada y en el Boletín Oficial del Estado, para que sea del conocimiento público que tales disposiciones han recobrado de nuevo su consustancial eficacia.

Por último, se debe mencionar que contra la providencia por la que el Tribunal comunica a la parte demandada la suspensión de la disposición impugnada, desde la fecha de formalización del proceso constitucional, así como contra el auto de posterior ratificación o levantamiento, cabe interponer recurso de súplica ante el propio Tribunal Constitucional. Dicho medio de impugnación, que en ningún caso tendrá efectos suspensivos, habrá de interponerse en el plazo de tres días y se resolverá, previa audiencia común de las partes por igual tiempo, en los dos días siguientes.

4.2.2 ARGENTINA

En Argentina el sistema de control de constitucionalidad es difuso, o sea, puede ser ejercido por cualquier juez de la Nación o las Provincias, sin importar su jerarquía. El sistema se diferencia así de los mecanismos de control de constitucionalidad concentrado, se considera que este control lo puede interponer toda parte en un juicio, pero no se lo admite como pretensión principal. Es decir, debe darse en el marco de un proceso judicial y nunca como petición autónoma, en la medida en que se demuestre que la aplicación de la norma cuestionada vulnera derechos o garantías fundamentales previstos en la Constitución, tratados internacionales o leyes federales. La Corte Suprema ha dicho en reiteradas ocasiones que la declaración de inconstitucionalidad constituye la "ultima ratio" del orden

jurídico, por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna.

Para el alto Tribunal de este país, (Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN); **la acción declarativa de inconstitucionalidad**; es entendida como, la *pretensión declarativa* a aquélla que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. No obstante, no se puede ignorar que junto con toda pretensión de condena o constitutiva coexiste además, simultánea e indispensablemente, una pretensión declarativa, por cuanto la sentencia que satisface una pretensión de condena o una pretensión determinativa, contiene necesariamente una previa declaración acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate¹⁰⁷.

La declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional. En este sentido, el recordado procesalista argentino Hugo Alsina conceptuaba que *la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho*, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica¹⁰⁸.

Así, La acción declarativa de certeza, en palabras de Carlos Fenochietto, tiene por objeto despejar el estado de incertidumbre existente respecto de

¹⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 5-6.

¹⁰⁸ *Ibidem*

una relación jurídica por medio de una decisión que con la sola declaración de derecho, otorgue a las partes la certeza requerida.¹⁰⁹

En el derecho procesal federal argentino, la cuestión fue asumida a partir de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) mediante la Ley 17.454 y puesta en vigencia en 1968. El legislador la denominó "acción meramente declarativa", receptándola en el derecho positivo a través del art. 322 del citado Código, cuyo texto en su parte pertinente, se considera necesario transcribir textualmente: *"Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente Si el actor pretendiera que la cuestión tramite por las reglas establecidas para el juicio sumario y sumarísimo, la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 486. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida"*¹¹⁰.

En cuanto al procedimiento, la acción declarativa interpuesta, se tramitará como un juicio ordinario, asimismo y a pedido del actor, podrá tramitarse por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, para lo cual la demanda deberá ajustarse a los términos del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina.

¹⁰⁹ Gil Domínguez, Andrés, *La incertidumbre constitucional de la Acción Declarativa de Certeza*; puede ser consultada en Internet en <http://www.aaba.org.ar/bi110001.htm>.

¹¹⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puede ser consultado en Internet en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5>

La configuración de la acción declarativa de inconstitucionalidad en Argentina, de declarar la inconstitucionalidad de normas dentro del limitado marco que brinda el amparo es muy discutida aunque esta postura fue poco a poco cediendo y se dio pleno andamiaje a la acción declarativa de inconstitucionalidad, la Corte nacional estableció que el control por vía de acción er viable en tanto se cumplieran con los requisitos establecidos en el art. 322 del Código procesal: *a) La existencia de una relación jurídica; b) Estado de incertidumbre; c) Actualidad de la lesión; d) Legitimación en las partes; e) No disponibilidad de otro medio procesal.*

La Corte, si bien admite la acción declarativa, rechaza el amparo pues considera que la primera es el medio eficaz para resolver el planteo efectuado, dado que se trataba de la determinación de órbitas de competencias entre el Estado federal y un Estado provincial.

Así, pese a que el máximo Tribunal admite la compatibilidad entre una acción declarativa y una de condena, sin considerar la primera excluida por su residualidad, entiende que no puede articularse un amparo como una acción de inconstitucionalidad.

La recepción de la acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de control ha completado un espacio reclamado social y doctrinariamente por mucho tiempo. Sin embargo, las necesidades actuales muestran que los contornos del referido proceso constitucional son insuficientes. Y los tribunales han dado andamiaje a los nuevos requerimientos, dando lugar a una acción de inconstitucionalidad de condena.

Este nuevo proceso completa al anterior en cuanto permite actuar no solo preventivamente, sino también cuando el perjuicio se ha consumado y el

amparo no resulta la vía adecuada. Es por ello que no habrá tampoco límites en cuanto a las medidas cautelares que puedan despacharse en su transcurso.

El camino emprendido, casi inadvertida, ha representado un importante avance en procurar de asegurar el efectivo resguardo de los derechos individuales.

4.2.3 ECUADOR

El control de constitucionalidad de los actos normativos, vale decir, de las normas secundarias como leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos del poder público, por disposición constitucional, está a cargo del Tribunal Constitucional, quien ejerce dicho control de manera concentrada, abstracta, preventiva y a posteriori y cuyos efectos son de carácter general o "erga omnes". Dicho control procede previo requerimiento y de manera obligatoria, es decir, no cabe un control de constitucionalidad de oficio, salvo los casos de declaratoria de inaplicabilidad en los casos concretos.

La Acción de Inconstitucionalidad de Leyes y Otros Actos Normativos esta regulada en el artículo 277 de la Constitución Política y la Ley del Control Constitucional en sus artículos 18 al 22 establecen los requerimientos de legitimación activa para interponer la demanda de inconstitucionalidad de leyes y otras normas jurídicas, así como también normas de procedimiento.

Es el *Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional* en sus artículos del 1 al 12 el que establece un detallado procedimiento del trámite desde la presentación de la demanda hasta que se adopte la resolución correspondiente.

La resolución de las acciones de inconstitucionalidad contra normas de carácter general es competencia del Pleno del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 10 letra a) de su Reglamento Orgánico Funcional. El trámite inicia por la presentación de la demanda, de conformidad con lo establecido por la Constitución en el artículo 277, la Ley de Control Constitucional en su artículo 18 y el Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional en el artículo 1. Para el caso de ser presentada la demanda por parte de los ciudadanos, el artículo 277 de la Constitución establece en su numeral 5 que pueden presentarla: "Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo".

Las normas de los artículos 18 y 1 de la Ley de control Constitucional y el Reglamento de Trámites de Expedientes del Tribunal Constitucional, respectivamente, desarrollan esta disposición constitucional y establecen: la primera que la identidad de los ciudadanos comparecientes se acreditará mediante la copia de sus respectivas cédulas de identidad: el Reglamento de Trámite de Expedientes establece que cuando estas demandas se presenten por parte de más de mil ciudadanos, éstos serán representados por un procurador común, y además añade: "sin perjuicio de que el Tribunal discrecionalmente compruebe la identidad de los demandantes".

Una vez ingresada la demanda la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional analiza que se encuentre clara y completa. El artículo 20 de la Ley de Control Constitucional, establece que el Tribunal Constitucional debe calificar la demanda en el término de tres días, si estuviere completa la admitirá a trámite, de lo contrario mandará a aclararla o completarla en igual término. Conforme al artículo 19 de la misma Ley, la

demanda debe expresar claramente los fundamentos de hecho y de derecho de la petición.

El artículo 2 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional establece los requisitos que debe contener la demanda; y, según el artículo 6 del mismo, la Comisión de Recepción y Calificación califica la demanda estableciendo el segundo inciso de este artículo lo siguiente: "En caso de encontrar que la demanda no reúne los requisitos determinados en el artículo 2; o si no es procedente en cuanto a su pretensión jurídica, resolverá su in-admisión. De esta resolución podrá recurrirse ante el pleno del Tribunal, en el término de tres días. Si el pleno ratifica la in-admisión o si no se recurre de ella podrá presentarse una nueva demanda cumpliendo todos los requisitos previstos en el presente Reglamento".

De ahí la importancia de que las alegaciones de inconstitucionalidad de la o las normas impugnadas, se encuentre bien fundamentadas. Luego del sorteo las causas se remiten a la secretaría de la Sala correspondiente; en el caso de acciones de inconstitucionalidad por el número 1 del artículo 276 de la Constitución, el trámite se encuentra previsto en el artículo 10 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional.

La convocatoria a la Audiencia de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Control Constitucional, tercer inciso, cuando una de las partes solicite audiencia el Tribunal podrá convocar siendo ésta una facultad discrecional; igualmente el artículo 61 del Reglamento de trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional establece que cuando lo solicite una de las partes el Tribunal puede convocar a audiencia. Asimismo, el Tribunal puede convocar a las partes o a expertos en determinadas materias para realizar sesiones de

trabajo; esto lo ha hecho en casos en que por la materia de las normas en análisis, se requiere el estudio de las mismas con nociones más especializadas. En el caso de que el Tribunal haya convocado a audiencia o a las sesiones mencionadas, el término para dictar la correspondiente resolución se contará a partir de haberse realizado cualquiera de las dos.

El Tribunal Constitucional dictará la Resolución dentro de treinta días hábiles a partir de la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda o de aquella fijada para la audiencia pública. En algunos casos en que se proponen demandas contra leyes completas o contra varios artículos de leyes de gran extensión, este término puede resultar corto, pues el análisis de la constitucionalidad de las normas impugnadas requiere muchas veces un estudio más profundo de las propias normas antes de realizar en contraste de las normas impugnadas con las normas de la Constitución supuestamente violadas. Una vez dictada la resolución, ésta debe ser publicada en el Registro Oficial según el artículo 278 de la Constitución que establece: "La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno". Esta publicación es necesaria para que la declaratoria de inconstitucionalidad produzca sus efectos de carácter anulatorio de las normas declaradas inconstitucionales, de manera que dichas normas dejen de formar parte del ordenamiento jurídico.

Las situaciones jurídicas creadas por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales con anterioridad a dicha declaratoria, no cambian por efectos de la misma; sin embargo, esto que puede parecer perjudicial para quienes sufrieron las consecuencias de la aplicación de normas que violaban

la Constitución, se ha establecido para evitar el caos jurídico que podría presentarse al tener que rever cada una de esas situaciones y, en cambio, beneficiará a toda la sociedad evitando que se sigan aplicando normas que contradicen la Ley Fundamental del Estado.

4.2.4 GUATEMALA

En Guatemala por medio de la Ley de amparo, exhibición personal y constitucionalidad, encontramos las disposiciones relativas al Proceso de Inconstitucionalidad en el título cuatro, de la ley en comento se encuentran las disposiciones relativas a la inconstitucionalidad de las leyes. Entre estas disposiciones se encuentran: Artículo 114. *Jerarquía de las leyes*. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala. Siendo que la inconstitucionalidad es el máximo recurso que busca proteger la supremacía constitucional, el legislador estableció de manera reiterada dicha supremacía, en el sentido que todo tribunal debe tener presente que la constitución está sobre toda norma y todo tratado, excepto en materia de derechos humanos.

Artículo 115. *Nulidad de las leyes y disposiciones inconstitucionales*. Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan.

Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, En atención a la interpretación extensiva que debe hacerse de la ley, Esto diferencia el ordenamiento guatemalteco del nuestro, ya que en nuestra

legislación no existe la nulidad de pleno derecho tomando en cuenta la figura de la “inconstitucionalidad evidente”; así, en nuestro país, ha sido alegada la figura de la nulidad en el Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley de Integración monetaria, sin embargo la Sala estimó que la nulidad tiene efectos distintos a los del proceso de Inconstitucionalidad y por ello no aplicó esta figura.

La inconstitucionalidad, tiene otra vía para ser planteada, además de un caso concreto y ésta es como un proceso único ante la Corte de Constitucionalidad, este proceso se regula de la siguiente manera:

Artículo 133. Planteamiento de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad. Cuando se trate de normas de carácter general, la inconstitucionalidad debe plantearse directamente ante la Corte de Constitucionalidad, éstos vicios pueden ser de manera total o parcial, por lo que al igual que en nuestro país, la inconstitucionalidad puede ser sobre una disposición específica o una normativa completa, en nuestro medio el tribunal competente para conocer de la misma es la Sala de lo Constitucional.

Artículo 134. Legitimación activa. Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general:

- a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente;
- b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación;

c) El Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia;

d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

Esta legitimación, se encuentra limitada al ejercicio de la abogacía, ya que solamente profesionales en materia de Derecho pueden plantear la inconstitucionalidad, cualquier persona puede hacer pero debe ser auxiliada por tres abogados.

Artículo 135. *Requisitos de la solicitud.* La petición de inconstitucionalidad se hará por escrito, conteniendo en lo aplicable los requisitos exigidos en toda primera solicitud conforme las leyes procesales comunes, expresando en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación. Los requisitos de la solicitud, deben ser los mismos que cualquier otra, sin embargo la inconstitucionalidad debe ser alegada de forma razonada y clara, en nuestro medio no se denomina solicitud sino demanda de inconstitucionalidad.

Artículo 136. *Omisión de requisitos.* Si en el memorial de interposición se hubieren omitido requisitos, la Corte de Constitucionalidad ordenará al interponente suplirlos dentro de tercero día. Se plantea a diferencia del sistema salvadoreño, la prevención en los casos en que, se haya omitido alguno de los requisitos necesarios para la presentación de la demanda. No se establece en ningún apartado la inadmisibilidad de la misma.

Con respecto a las Disposiciones relativas a Las Medidas Cautelares en El Proceso de Inconstitucionalidad Guatemalteco el Artículo 138. Regula la *Suspensión provisional*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136, la Corte de Constitucionalidad deberá decretar, de oficio y sin formar artículo,

dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general si, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.

La suspensión tendrá efecto general y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado. La medida cautelar de suspensión de la norma impugnada se regula de manera expresa en esta disposición, la cual se decreta de oficio, sin formular artículo, y dicha suspensión será de carácter general; la referida medida es aplicada en Guatemala durante el proceso de inconstitucionalidad y se decreta cuando la inconstitucionalidad en la norma impugnada fuere notoria y pueda causar un daño irreparable o de difícil reparación.

Artículo 139. *Audiencia, vista y resolución.* Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso, decretada ésta, se dará audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente, transcurridos los cuales, se haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días. La vista será pública si lo pidiere el interponente o el Ministerio Público. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista.

La Corte deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad. Esta suspensión provisional es a discreción del tribunal, haciendo uso de la figura de la “inconstitucionalidad manifiesta”, luego de decretarla o no se da audiencia al Ministerio Público y a cualquier autoridad que la Corte considere

necesario, es decir no se limita a la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado como en nuestro país.

Una vez evacuada o no la audiencia se señalará día y hora para la vista, y la sentencia se pronunciará dentro de los veinte días siguientes de realizada la vista. Se establece un plazo para resolver en sentencia definitiva, lo cual, en nuestro sistema no ocurre de esta forma. Se establece además un plazo máximo de dos meses para resolver los procesos de inconstitucionalidad, situación, que hace más efectivo y rápido el proceso.

Artículo 140. *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.* Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial. Los efectos de la sentencia son los mismos que en El Salvador, salvo que en Guatemala, se establece que las disposiciones declaradas inconstitucionales dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial, por lo cual no necesita de la derogatoria por parte del órgano legislativo.

Artículo 141. *Efectos del fallo en caso de suspensión provisional.* Cuando se hubiere acordado la suspensión provisional conforme al artículo 138, los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión.

Artículo 142. *Resolución definitiva.* Contra las sentencias de la Corte de Constitucionalidad y contra los autos dictados de conformidad con lo preceptuado por el artículo 138, no cabrá recurso alguno.

4.3 JURISPRUDENCIA NACIONAL.

4.3.1 CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASO DE LEY DE INTEGRACIÓN MONETARIA.

El proceso mediante el cual se impugnó la Ley de Integración Monetaria se encuentra bajo la referencia 41-200/2-2001/3-2001/4-2001. Presentado el diecisiete de diciembre de dos mil por los ciudadanos Maria Silvia Guillen, Abraham Atilio Abrego Hasbún y Carlos Rafael UrquillaBonilla, quienes fundamentaron la inconstitucionalidad en los argumentos siguientes:

- Transgresión al Art. 111 Cn. a lo cual señalaron que debe existir una unidad nacional monetaria, propia del Estado de El Salvador, la cual debe llenar características que la identifiquen como tal y que le permita al Estado emplearla como instrumento básico de política económica para orientar la política monetaria con el fin de promover y mantener las condiciones mas favorables para el desarrollo ordenado de la economía nacional; y que por esa misma razón, la Constitución dispone que su emisión corresponde exclusivamente al Estado, el cual podrá ejercerla directamente o por medio de un Instituto emisor de carácter público.

La política monetaria por mandato constitucional debe ser ejercida por el Estado, lo cual es indivisible de la atribución constitucional del Estado de emitir con exclusividad la moneda de circulación en su territorio. Por lo tanto la Ley de Integración Monetaria seria inconstitucional porque le priva al Estado su obligación de emitir la moneda de circulación en el territorio nacional y la misma ley omite la asignación de dicha responsabilidad.

- No se garantizó el Principio de libre debate y contradicción, ni el Principio de Publicidad, contenidos implícitamente en los artículos 135 y 125 Cn. y que se encuentran íntimamente conectados con todo precepto constitucional de forma, los que han sido proclamados por el constituyente como primordiales y básicos para la comunidad; principios que legitiman la creación normativa y que, a través del procedimiento legislativo, se buscan garantizar por lo que no toda transgresión al procedimiento de formación de la ley produce la inconstitucionalidad formal de esta, sino solo aquellas que con su inobservancia inciden negativamente en aquellos que la Constitución protege, es decir, los citados principios.

Ante ello, manifestaron que el carácter representativo de la Asamblea Legislativa obliga a que toda actividad realizada por ella, así como sus procedimientos, se proyecten hacia la comunidad, dado que es en ella donde reside la soberanía; en este sentido, es imperativo que el pueblo tenga la posibilidad de conocer las grandes opciones y orientaciones políticas que se despliegan en las discusiones de los diferentes asuntos parlamentarios; pero para ello debe asegurarse a la población el acceso de poder avocarse a las comisiones legislativas y exponer sus puntos de vista sobre un asunto que se debate, sobre todo cuando su interés pueda resultar afectado por la decisión que llegue a tomar la Asamblea.

- Consideraron que la aplicación de las medidas cautelares es una manifestación esencial de las potestades jurisdiccionales. “Esta garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: la misma está destinada, más que a hacer

justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”.¹¹¹ Solicitud de la adopción de la medida cautelar de la suspensión de la aplicación de la Ley en cuestión fundamentando que las medidas son de la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional. Son, en definitiva, una función jurisdiccional ya que forman parte del arsenal con el que cuenta el poder judicial para dar cumplimiento a sus funciones y atribuciones.

En tal sentido, los tribunales no necesitan habilitación legal para poder emitir medidas cautelares específicas ya que la determinación de estas depende de cada una de las circunstancias del caso bajo juzgamiento y no de la determinación a priori realizada por el legislador.

- Sostuvieron que aunque no exista previsión legal para adoptar una medida cautelar de suspensión de una norma impugnada, tal posibilidad sí puede ser creada por jurisprudencia. Dicha conclusión fue argumentada basándose en la resolución emitida por la misma Sala en la cual estableció: “declárese sin lugar la suspensión de la ejecución del Acuerdo de Cooperación impugnado, en virtud de que actualmente no está contemplada, en el sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad de adoptar una medida cautelar de tal naturaleza; y en el presente caso este tribunal no considera necesario establecer por jurisprudencia tal posibilidad”. La interpretación que realizaron los demandantes de dicha resolución es que la propia Sala ha planteado que existe la posibilidad de establecer medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad, pero debe considerarse la “necesidad” de establecerla. Según los demandantes, ésta necesidad,

¹¹¹ Piero Calamandrei, citada por los demandantes para dar soporte doctrinario a su solicitud.

en el caso de la LIM, se encuentra en el carácter materialmente irrevocable de la vigencia de la LIM, en consideración al elevado costo que podría significar reconvertir una economía bimonetaria a una economía unimonetaria.

En referencia a la no existencia de regulación legal sobre la aplicación de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad, los demandantes, consideraron que los tribunales no necesitan habilitación legal para poder emitir medidas cautelares específicas, ya que, en puridad de derecho, la determinación de las mismas depende de cada una de las circunstancias bajo juzgamiento, y no de la determinación a priori realizada por el legislador. En todo caso, siendo que el poder jurisdiccional se configura legalmente y que por antonomasia en la función jurisdiccional se encuentra la determinación de las medidas cautelares, el legislador lo único que puede realizar respecto de la aplicación de medidas cautelares es prohibirlas, pero no habilitarlas. Los demandantes hicieron referencia a la posible violación del Art. 86 Cn, por el argumento planteado en su solicitud, esta disposición establece el principio de legalidad de la actuación de los funcionarios y los poderes públicos, argumentando, que dicha violación no existe, ya que , sólo podría existir la misma cuando se desatienda una ley prohibitiva de medidas cautelares o una ley regulativa de las mismas, pero no cuando se aplica una medida cautelar cuya naturaleza está contenida en la definición y configuración constitucional de la función jurisdiccional, sin que medie ley regulativa.

- Interpretaron el Art. 183 Cn., con el auxilio de la corrección funcional, según la cual no sólo se trata que exista la Sala de lo Constitucional, sino que las resoluciones que dicho tribunal emita tengan efectividad, para el cumplimiento de sus funciones; dicha efectividad se encuentra

en estrecha relación con la posibilidad que las leyes que se impugnan ante la Sala surtan plenos efectos, y en atención a la jurisprudencia que la misma Sala ha sostenido respecto a los efectos de las sentencias que emite (los cuales no son retroactivos ni son reparadores de la lesión constitucional), los demandantes concluyeron que la única posibilidad que se tiene para que la sentencia que se emita en este caso sea plenamente efectiva y no recaiga en situaciones de hecho que imposibiliten su material realización, es que se adopte una medida cautelar de suspensión de la ley impugnada.

Además de ello, argumentaron, que si bien es cierto que el Art. 86 Cn. establece el principio de legalidad de la actuación de los funcionarios y poderes públicos, no es menos cierto que el Art. 172 Cn. contiene la habilitación constitucional para emitir y pronunciar las medidas cautelares que la situación amerite en cualquier manifestación del ejercicio del poder jurisdiccional.

La integración del Derecho Procesal Constitucional Salvadoreño, fue citada por los demandantes, según los cuales, debe tomarse en cuenta que “el razonamiento por analogía prescindiendo de la prohibición de la analogía contra el imputado, en derecho penal juega un papel en todos los campos jurídicos, lo cual es algo que se entiende de suyo”¹¹². Esta analogía tiene aplicación cuando un elemento perteneciente a cierta figura puede ser trasladado a otra que guarde relación sustancial o esencial con el primero.

Para el caso, la aplicación de medidas cautelares, y en especial, la suspensión del acto reclamado es un instituto procesal expresamente reconocido en el proceso de amparo, destinado a guardar los intereses del

¹¹²Klug, Urich, citado por los demandantes en sus argumentaciones.

agraviado, mientras se alcanza una situación de certeza jurídica sobre la afectación del derecho que él alega. Argumentaron que el proceso de amparo, no es aislado, sino que forma parte de una unidad intelectual superior, que es la jurisdicción constitucional, la cual se integra, inter-alia, con el proceso de exhibición personal y el de inconstitucionalidad, y pretende la defensa efectiva de la constitución a través de mecanismos de tipo judicial, confiados a la Sala de lo Constitucional. Dichos procesos constitucionales comparten la misma finalidad: la defensa de la constitución, por lo tanto, y como consecuencia de la conexidad que existe entre estos procesos, lo aplicable a uno, y salvo disposición legal en contrario, será aplicable a los demás. Es así como la medida cautelar de suspensión del acto reclamado, puede ser aplicable a los otros procesos constitucionales, sobre todo al proceso de Inconstitucionalidad, ya que posee plazos largos para algunas intervenciones, y en algunas circunstancias no existe plazo alguno, como para la emisión de la sentencia, que en la práctica hace difícil la ejecución de lo resuelto en el proceso, pues suelen encontrarse situaciones ya consolidadas difíciles de reparar.

- Los demandantes analizaron el Art. 172 Cn. en el cual se establece la facultad del órgano jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, concluyendo que esta disposición lleva inherente la potestad de ejercer medidas cautelares para el logro de las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La función jurisdiccional va más allá de una simple declaración del derecho, implica, además, ejecutar el derecho declarado; por tal razón, la aplicación de las medidas cautelares es una garantía para el cumplimiento de este mandato constitucional.

Los demandantes argumentaron que la Ley de Procedimientos constitucionales es una ley preconstitucional, y por tal razón, no puede

afirmarse que decididamente desarrolle las potestades jurisdiccionales de la Sala, sino que se limita a regular algunos procedimientos que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de actualizar, de conformidad con las más modernas tendencias del Derecho Procesal Constitucional. Para ejemplificar esta situación, los demandantes hicieron referencia al reconocimiento de la legitimación procesal activa en los procesos de amparo en situaciones de intereses difusos, y es que la lectura literalista de la Ley de Procedimientos Constitucionales y la anterior jurisprudencia, establecía que sólo podía presentarse un amparo por cada persona agraviada. De ello, se concluyó, la evidente falta de actualización de la L. Pr. Cn., ya que por su antigüedad, no es posible encontrar regulación expresa y precisa respecto a la suspensión de la aplicación de las leyes en el curso de un proceso de inconstitucionalidad; por lo tanto, se vuelve necesario que la jurisprudencia actualice los procedimientos constitucionales de conformidad con las exigencias de las tendencias modernas.

Los demandantes se refirieron a la finalidad de la L. Pr. Cn., la cual es ayudar a operativizar la defensa de la Constitucionalidad, estableciendo mecanismos adecuados para lograrlo. Por ello, ésta debe ser interpretada en función de esa esencia teleológica, y cualquier norma que la integre debe interpretarse en atención a la finalidad de garantizar la mejor defensa de la constitucionalidad. En consecuencia, tomando en cuenta que es esencial para la función jurisdiccional adoptar medidas cautelares, y vista de la ausencia de una norma que prohíba el uso de las mismas, supone una autorización implícita para que la jurisdicción haga uso de ellas. Pero para evitar el problema práctico que la medida cautelar se convierta en un instrumento que desnaturalice su finalidad, los demandantes instan a la Sala de lo Constitucional para que, a través de la jurisprudencia, establezca el

alcance de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y facilitar así la defensa efectiva de la constitucionalidad.

Los demandantes, hicieron referencia a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que sostiene que las sentencias de inconstitucionalidad surten efectos hacia el futuro, y en consecuencia, no son reparatoras del daño que se ha causado, haciendo difícil, en muchos casos, hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la existencia de la disposición inconstitucional. Por ésta razón y en atención a que existe una conexidad teleológica entre los procesos constitucionales, se concluye, que la aplicación por analogía es perfectamente válida. Sin embargo, con dicha analogía, no se pretende establecer que siempre que se impugne una ley se suspenderá su aplicación, pues es necesario establecer criterios específicos para evitar que el instituto sea desnaturalizado.

Otro mecanismo de Integración del Derecho Procesal Constitucional salvadoreño, a que hicieron referencia los demandantes, es la aplicación de los principios generales del derecho al Derecho Procesal Constitucional. Así, desde la óptica del Derecho Procesal común, todo tribunal por el simple hecho de ejercer funciones jurisdiccionales está llamado a asegurar el resultado de sus sentencias. De lo anterior, se desprende, que el Derecho Procesal contiene como principio general la aplicación de medidas cautelares como mecanismo de garantía de la acción de la justicia, y en consecuencia, ninguna función jurisdiccional, salvo disposición en contrario, puede inhibirse del uso de las medidas cautelares. Por lo tanto, la ausencia de una norma expresa que habilite la utilización de medidas cautelares se debe integrar con el principio general de acción cautelar en defensa y garantía de la justicia, para que ésta no quede desprovista de sentido.

Además de estos argumentos, los demandantes manifestaron la necesidad de determinar criterios precisos para la procedencia de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad, con la finalidad de evitar el abuso de este instituto, y permitan un funcionamiento adecuado de la jurisdicción constitucional. Al respecto, los mismos señalaron que la doctrina procesal, ha considerado de forma unánime, que la procedencia de cualquier medida cautelar debe estar supeditada a la concurrencia de dos elementos: el *periculum in mora* y el *fumusboni iuris*, es decir, el peligro de mora y la apariencia de buen derecho.

El primer presupuesto implica la posibilidad razonable de que, si no se aplica la medida cautelar, los hechos de la realidad quedarían de tal forma configurados que no podrían modificarse para satisfacer las exigencias del ordenamiento jurídico una vez que éste haya sido expresado objetivamente por una decisión judicial; en cuanto al segundo, éste se refiere a una consideración razonable de que lo alegado por los actores en un proceso tiene un sentido convincentemente lógico, y que sus afirmaciones son razonablemente ciertas y correctas, al menos en apariencia. Ambos requisitos deben coincidir para la aplicación de una medida cautelar, y no es aceptable su aplicación en ausencia de los mismos.

Estos presupuestos aplicados al caso de la LIM, según los demandantes, se adecuan de la siguiente forma: el *periculum in mora*, se materializa en el hecho que la aplicación de la Ley implicaría una suerte de irrevocabilidad material, en el sentido que, al tomarse la decisión de revertir o eliminar la vigencia de la ley impugnada, en caso de pronunciarse una sentenciadefinitiva favorable en el proceso, es posible que existan muchas situaciones consolidadas que volverían nugatoria la ejecución de la sentencia. El supuesto del *fumusboni iuris* se manifiesta, en virtud de la

inconstitucionalidad manifiesta por vicios en la forma como la omisión de la etapa de discusión de la ley, por parte de la Asamblea, demostrando la ausencia de un debate público, el cual, según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en virtud del principio de publicidad, se “obliga a que los particulares hayan tenido la posibilidad real para hacer valer sus intereses y pretensiones sobre la ley en discusión, en el seno de las comisiones parlamentarias correspondientes”.¹¹³

La Sala de lo Constitucional a pesar de los argumentos planteados por los demandantes, luego de realizar el juicio de admisibilidad sobre el presente proceso resuelve en Sentencia Interlocutoria a las nueve horas del día cinco de Enero de dos mil uno:

- ✓ Admitir la demanda de inconstitucionalidad, mediante la cual piden declaratoria de inconstitucionalidad por vicio en su forma, del Decreto numero 201, correspondiente al 30-XI-2000, publicada en el Diario Oficial numero 241, Tomo 349, correspondiente al 22-XII-2000, que contiene la “Ley de Integración Monetaria”, por la supuesta contravención a los artículos 125 y 135 de la Constitución de la República.¹¹⁴
- ✓ Declarase sin lugar la suspensión de la entrada en vigencia y aplicación de la mencionada Ley de Integración Monetaria, en virtud que actualmente no esta contemplada, en el sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad de adoptar una medida cautelar de tal naturaleza; y en el presente caso este Tribunal no considera necesario

¹¹³Inc. 8-96 pronunciada por la Sala de lo Constitucional.

¹¹⁴Resolución de fecha 9-II-2001, puede ser consultada en Internet en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nItem=40199&nModo=3>

establecer por jurisprudencia tal posibilidad.

En sentencia definitiva de la Sala de lo Constitucional resolvió: “Sobre la argumentada violación al Art. 111 Cn., considerando que no hay ninguna violación, ya que el Estado en base a la Constitución seguirá emitiendo moneda, o sea el colon, y no está facultado, por supuesto, para emitir dólares de los Estados Unidos de América; la LIM lo que hace es permitir el curso legal del dólar, con poder liberatorio ilimitado (Art. 3); igualmente, el colon, como moneda nacional, continúa teniendo curso legal irrestricto en forma permanente (Art. 5 de la referida Ley y el Art. 38 de la LOBCR) estableciéndose además que entre los dólares y colones se efectuara un “canje” de una moneda por otra”.

Sobre la supuesta violación al principio de publicidad regulada en los artículos 125 y 135 Cn., la Sala manifestó que “no hay violación alguna, ya que esta norma constitucional no ata desde ningún punto de vista a la Asamblea Legislativa atiempos o plazos para el estudio y discusión de un proyecto de ley, ni establece que tenga que aprobar que esta suficientemente discutido un punto para que se continúe con el proceso de formación de ley, que está regulado tanto en la Ley Primaria como el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

El ente emisor de la moneda nacional antes de la creación de la Ley de Integración Monetaria era el Banco Central de Reserva, al cual se le despojó de esta facultad trasladándosele al Ministerio de Hacienda el cual es parte integrante del Estado. En tal sentido no existe la inconstitucionalidad alegada, ya que la emisión de la moneda sigue en manos de una institución pública.

Acerca de la solicitud de la adopción de medidas cautelares, se es de la opinión de que no era necesario adoptar la suspensión de la entrada en vigencia y en consecuencia de la aplicación de la ley, debido a que, por tratarse de una medida de carácter excepcional solo procede cuando existe una latente y evidente transgresión al orden constitucional.

En cuanto a la apariencia fundada del derecho, (*fumusboni iuris*), supone una inconstitucionalidad manifiesta la cual en este caso no aparece debidamente configurada ya que no existe una probabilidad efectiva de que la discusión y aprobación del proyecto de la Ley de la Integración Monetaria transgrede los principios constitucionales de publicidad y de contradicción, ya que si bien es cierto que la discusión y aprobación de dicha Ley se realizó en un lapso de tiempo muy corto, no significa de que no se haya dado a conocer a la población. Y algo que es del conocimiento de todos, es de que la población casi nunca a tenido participación directa en las discusiones parlamentarias, sino que las leyes se van creando de acuerdo a las coyunturas de cada sociedad.

En lo que atiende al *Periculum in mora*, la aplicación de la medida cautelar exigiría que la ley impugnada tenga una virtualidad de que, sino fuera suspendida su aplicación, causaría una situación fáctica de difícil o imposible reparación por la sentencia definitiva. Es decir, que en este caso la aplicación de la Ley no sustituyo de una forma radical la moneda del colón, sino que se fue dando de una forma gradual, esto para que la población se adaptara al nuevo sistema monetario, lo cual al periodo de un año de haber entrado en vigencia la ley se dejo entrever lano emisión del colón, hasta llegar al extremo de desaparecer la emisión de este, por lo que la entrada en vigencia y aplicación no tuvo como consecuencia alterar gravemente la economía del país.

4.3.2 CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASO DE LEY DE FOVIAL.

Este proceso se encuentra bajo la referencia de Inc.59-2003. Presentado el doce de Julio de dos mil cinco por el ciudadano Enrique Alberto Portillo Peña. Promovido para impugnar el art. 26 inc. 2º, parte final, de la Ley del Fondo de Conservación Vial (LEYFOVIAL), por vicio en su contenido. La referida disposición establecía la contribución de conservación vial, impuesto que recae sobre la venta o cualquier forma de transferencia de propiedad de diesel y gasolinas o sus mezclas con otros carburantes que realicen importadores o refinadores, obligando a personas naturales o jurídicas al pago de veinte centavos de dólar americano por cada galón de diesel, gasolinas o mezclas con otros carburantes. Sin embargo, éste mismo artículo excluyó del pago del impuesto la gasolina de aviación y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses, quienes fundamentaron la inconstitucionalidad en los argumentos siguientes:

- En este proceso se alegó la violación al principio de igualdad, contenido en el art. 3 Cn., al existir actividades semejantes en condiciones similares que no fueron tomadas en cuenta, vale decir, las actividades de pesca, puesto que los propietarios de las embarcaciones para fines pesqueros tienen que pagar por la gasolina de los vehículos que transportan el combustible para las embarcaciones, y por el combustible que necesitan las embarcaciones (la cuales no utilizan la red vial), realizando un doble pago por la misma actividad.

Además, alegaron que sí en los Considerandos de la ley, la Asamblea Legislativa estableció que el objetivo de la misma era mantener la red vial nacional, es claro que el objetivo de los recursos a obtener a través del

impuesto será para el beneficio de la referida red vial; siguiendo ese orden de ideas, la gasolina de avión fue exenta del pago del impuesto porque su consumo se hace fuera de la red vial nacional, y asimismo ocurre con el combustible utilizado para la operación de barcos de pesca que también se consume totalmente fuera de la red vial.

- La solicitud de aplicar una medida cautelar en este proceso, se fundamenta en el contenido del art. 164 Cn. sobre la nulidad que se produce por la contravención de facultades constitucionales por parte de los funcionarios del Ejecutivo, es decir, la nulidad es el producto de los actos realizados al margen de la Constitución, por la contravención de sus disposiciones, y no por la condición especial o diferente de los funcionarios de dicho órgano, de ahí que se alegue en la demanda que la ley impugnada se encuentra afectada por nulidad, a tenor del art. 1557 C.C.; en consecuencia, debe producir un efecto reparador en el tiempo, y vuelvan las cosas al estado o situación en que se encontraban antes de la existencia del acto nulo. Por lo tanto, con la admisión de la demanda, la Sala debería declarar ha lugar la suspensión de la disposición impugnada, debiendo quedar expedito el derecho a reclamar lo pagado injustamente por los afectados y a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por la aplicación de dicha ley.

En este proceso, los argumentos presentados por el demandante fueron limitados, sin embargo la Sala de lo Constitucional estableció en su jurisprudencia, que la pretensión planteada, basada en la supuesta violación al principio de igualdad (art. 3 Cn.) por omisión de los propietarios de embarcaciones pesqueras, en el contenido de la disposición impugnada, respecto de las exenciones al impuesto, y en consecuencia existe una

desigualdad por diferenciación, en relación con las actividades exentas del impuesto, ya que ambos sectores (pesquero y aviación) no utilizan la red vial, es decir, son circunstancias similares que no deben ser diferenciadas.

La Sala de lo Constitucional a pesar de los argumentos planteados por los demandantes, luego de realizar el juicio de admisibilidad sobre el presente proceso resuelve en Sentencia Interlocutoria a las a las diez horas del día doce de julio de dos mil cinco:

- ✓ Admitir la demanda de inconstitucionalidad, mediante la cual piden declaratoria de inconstitucionalidad por vicio en su contenido, el art. 26 inc. 2º, parte final, de la Ley del Fondo de Conservación Vial (LEYFOVIAL), emitida por D. L. nº 208, de 30-XI-2000, publicada en el D. O. nº 237, tomo 349 correspondiente al 18-XII-2000 y reformada mediante D. L. nº 597, de 31-X-2001, publicado en el D. O. nº 212, tomo 353 correspondiente al 9-XI-2001.¹¹⁵
- ✓ Declárese inconstitucional, por vicio en su contenido, el inciso segundo del art. 26 de la Ley del Fondo de Conservación Vial, por contravenir el art. 3 de la Cn., al establecer una exclusión arbitraria de beneficio de las actividades de pesca en las excepciones contenidas en similares condiciones para la gasolina de aviación, lo cual genera una inconstitucionalidad por omisión.

Este tipo de sentencias, se caracterizan por el hecho que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. La decisión sustitutiva, por tanto, se

¹¹⁵Resolución de fecha 12-07-2005, puede ser consultada en Internet en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nItem=40199&nModo=3>

compone de dos partes diferentes: una anuladora de contenido de la disposición impugnada y la otra reestructiva con la que la Corte procede a dotar a esta misma disposición de un contenido diferente de conformidad con los principios constitucionales.

Se pronunció sobre la tesis de nulidad, sus posibles efectos y la petición de la adopción de la medida cautelar. La Sala precisó brevemente que la nulidad se postula como el régimen de inexistencia exigido por una disposición imperativa o prohibitiva, en interés de salvaguardar los valores o principios que consagra, de modo que elimina el valor o efecto jurídico de un acto por haberse realizado en contravención a esa disposición, denotando su eficacia normativa que pretende hacer valer ante actos contrarios a ella. En tal sentido, el tribunal estableció que la nulidad se refiere a la exigencia de inexistencia, razón por la cual tiene efectos retroactivos, pues el acto nunca existió y debe eliminarse ab initio las consecuencias o efectos que generó, es decir, pretende la desaparición de las consecuencias jurídicas ex tunc, desde el momento que se produjeron. Tomando en cuenta estas consecuencias, la Sala consideró necesario clarificar las cualidades del control de constitucionalidad y el tipo de pronunciamiento que se realiza en el proceso de inconstitucionalidad.

Así, el tipo de pronunciamiento en el proceso de inconstitucionalidad, es estrictamente objetivo sobre la conformidad constitucional de las disposiciones infraconstitucionales, con efectos *ex nunc* o hacia el futuro, es decir, que surte efectos desde el momento que se pronuncia la resolución. Por tanto, la Sala resolvió que no puede pronunciarse sobre la nulidad alegada, pues ello conduciría a emitir resoluciones con efectos retroactivos, lo cual resulta incompatible con la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, pues el resultado de una sentencia estimatoria se

circunscribe a constatar que la disposición impugnada violenta la Constitución y a su expulsión del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, la Sala se pronunció al respecto, en el sentido que las medidas cautelares implican la idea de prevención, pues con su imposición se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria; es decir, pretende asegurar el cumplimiento de la decisión de fondo. Por lo tanto, las medidas cautelares son las herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento.

La Sala hizo referencia a la jurisprudencia existente, según la cual, las medidas cautelares poseen los siguientes caracteres: (i) *instrumentalidad*; es decir, las medidas cautelares están predeterminadas, en general, al aseguramiento de una decisión definitiva, es decir, debe atender a la eficacia práctica de la resolución definitiva que pretende asegurar; (ii) *provisionalidad*, pues sus efectos tienen duración limitada, y por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se emita la resolución sobre el fondo del asunto o desaparezcan las razones que la motivaron; (iii) *urgencia*, pues no basta para su pronunciamiento la idea de peligro, sino que precisa que exista en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad; (iv) *alterabilidad*, es decir, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "*rebus sic stantibus*", esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó –aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo o disminución del *fumus boni iuris*;

y (v) *no surten efectos de cosa juzgada*; su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y especial provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada.

Refiriéndose a toda clase de procesos, manifestó que las medidas cautelares deben ser proporcionales en cuanto a la afectación que se pretende evitar y la que se podría producir con su aplicación, ya que la sentencia estimatoria en el proceso de inconstitucionalidad, implica una incidencia directa respecto a la validez constitucional de la disposición y, además, una proyección sobre la vigencia de la misma en la realidad jurídica.

Asimismo, se afirmó que los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, según la jurisprudencia, consisten en la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia (*periculum in mora*). En consecuencia, solamente procede la adopción de la respectiva medida cautelar en un determinado proceso cuando concurren ambos presupuestos, situación que en el proceso de inconstitucionalidad se traduce en el planteamiento de motivos de inconstitucionalidad, por parte del demandante, cuyos argumentos deben ser convincentes para demostrar la existencia de una posible violación de la Constitución, y en consecuencia la Sala apreciara la posibilidad que la sentencia, en el eventual caso de ser estimatoria, viera frustrada su incidencia en la realidad, como por ejemplo cuando el objeto de control del proceso lo constituyen las normas de carácter transitorio o de vigencia limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el transcurso del proceso, haciendo nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva.

Estos argumentos, sirvieron de fundamento para resolver de improcedente la adopción de la medida cautelar solicitada por el demandante, pues por un lado, se consideró que no se expusieron motivos suficientes para sustentar la misma, y por otro, la Sala razonó que el objeto de control no conlleva la posibilidad que los efectos de una eventual sentencia estimatoria pudieran verse frustrados, por cuanto la expectativa de duración de la disposición impugnada, es de naturaleza indefinida y no evidencia la posibilidad que la resolución definitiva no pueda surtir efectos materiales sobre la vigencia del mismo, y se concluyó que no se cumple el *periculum in mora*. Por lo tanto, se declaró sin lugar la solicitud de suspensión de la aplicación y vigencia de la disposición impugnada. Irónicamente, al finalizar este proceso la sentencia definitiva fue estimatoria, declaró inconstitucional la disposición impugnada, y el sector afectado sigue pagando hasta la fecha el impuesto.

El análisis de ambas sentencias, representativas en nuestro país por su trascendencia, refleja el formalismo imperante en nuestro ordenamiento jurídico, no solamente por las leyes, sino además, por los aplicadores de la misma, inclusive en el máximo interprete de la Constitución, como lo es la Sala de lo Constitucional.

En relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad de los casos antes planteados, como herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento, En tal sentido, se afirmó que los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, según reiterada jurisprudencia de la misma Sala, consisten en la probable existencia de un derecho amenazado *–fumusboni iuris–* y el daño que ocasionaría el

desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia *–periculum in mora–*.

Por ello, solamente procede la adopción de la respectiva medida cautelar en un determinado proceso, cuando concurren ambos presupuestos, situación que en el proceso de inconstitucionalidad se traduce en el planteamiento, por parte del demandante, de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para generar la apreciación que este tribunal se encuentra ante la probable existencia de una norma constitucional violada, y que tal apreciación se vea acompañada de la posibilidad que la sentencia, en el eventual caso de ser estimatoria, viera frustrada su incidencia en la realidad, como por ejemplo cuando el objeto de control del proceso lo constituyen las normas de carácter transitorio o de vigencia limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el transcurso del proceso, haciendo nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva.

En este orden de ideas las medidas cautelares a solicitar en el proceso de inconstitucionalidad para su efectividad es el de la suspensión del acto reclamado cuando exista fundamento para considerar que se producirá un daño de imposible o de difícil reparación para el o los agraviados debiendo ser la misma sala de lo constitucional la que establezca la situación de hecho de o derecho que prevalecerá sobre el proceso.

CAPITULO 5

**Análisis e interpretación de los resultados
de la investigación de campo.**

5.1. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.

5.1.1 Segmento de muestra: Abogados en el libre ejercicio del derecho.

- *La aplicación de medidas cautelares según su naturaleza y finalidad en el proceso de inconstitucionalidad.*

De acuerdo a la legislación nacional actual encontramos desierta la posible regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, es por ello que según la naturaleza y finalidad de las medidas cautelares la cual es asegurar bienes, derechos o el mantenimiento de situaciones de hecho existentes al tiempo de dictar sentencia con el objeto de preservar el cumplimiento eficaz de la misma sentencia, es así que el 70% de Abogados en el libre ejercicio del derecho y/o especialistas en materia constitucional, considera que es necesaria la aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

Mientras que el 10% difiere en que no son necesarias estas medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, ya que este proceso es el encargado de dilucidar la confrontación inter-normativo que se plantea entre el objeto y el parámetro de control.

En cuanto que al otro 20% restante opina que se debe especificar los casos o situaciones en las que si se puedan aplicar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad o en cuyo caso de poderse regular, que se examine la situación de hecho o de derecho para su aplicación.

- *Las medidas cautelares como actos procesales que ventajas y desventajas producirían el proceso de inconstitucionalidad.*

Las medias cautelares como actos procesales dirigidos a impedir que el derecho, del cual su reconocimiento se pretende obtener a través de un proceso en el que se dicta una sentencia que prueba la congruencia constitucional de una norma o disposiciones impugnadas por su contenido lesivo e inconstitucional, pueda mantener su eficacia mientras dure el proceso hasta que se pronuncie la sentencia, en este sentido el 80% de Abogados en el libre ejercicio del derecho y/o especialistas en materia constitucional, considera de manera favorable la posible aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, aunque ven como desventaja la falta de regulación expresa en la actual ley de procedimientos constitucionales y ventajas que si estuvieran reguladas brindarían efectividad a la ejecución de la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma y se estaría apegando el derecho a la realidad social y jurídica del país.

Caso contrario el 10% considera que no son necesarias las medidas cautelares de tal manera que no constituyen actos procesales y como ya están contempladas en otros procesos es indiferente si se aplican o no en el proceso de inconstitucionalidad.

Mientras que el 10% manifestó que no habría diferencia entre una y otra norma en cuestión para la aplicación de medidas cautelares por ser estas formas de prevención.

- *Normas objeto de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.*

El proceso de inconstitucionalidad es el responsable del examen de conformidad o disconformidad de una norma de carácter general y abstracto

con la constitución de la República las cuales contiene derechos, garantías, reglas, medidas coercitivas, penas, etc., normas que evolucionan o surgen por la necesidad social, en este sentido el 30% de Abogados en el libre ejercicio del derecho y/o especialistas en materia constitucional, considera que las normas objeto de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad son las que se encuentran en *vacatio legis* para el estudio minucioso de la congruencia con la constitución y prever el efecto positivo o negativo de repercusión que tendría en la sociedad.

El 50% opino que se deberían aplicar medidas cautelares a aquellas leyes que en su contenido vulneren derechos y garantías fundamentales a la sociedad de acuerdo a las diferentes situaciones o hechos que se den en la actualidad.

Mientras que un 10% difiere en que no existe distinción entre las normas para su examen de constitucionalidad o inconstitucionalidad y poder aplicar por igual las medidas cautelares y detener o prevenir durante ese tiempo los efectos que pueden causar a la sociedad.

Otro 10% expreso que las medidas cautelares por su parte son propias de todo proceso y por consiguiente ya están contempladas en las leyes en específico de tal manera no es necesaria la aplicación de estas medidas en el proceso de inconstitucionalidad.

- *La protección de una norma ante la declaratoria de inconstitucionalidad.*

El proceso de inconstitucionalidad como el encargado de realizar el análisis de constitucionalidad de una norma y al final de esta dictar la declaratoria de

constitucionalidad o inconstitucionalidad, es entonces que durante este proceso que el 40% de Abogados en el libre ejercicio del derecho y/o especialistas en materia constitucional, considera que la única protección que brinda a la sociedad es la de suspender el acto o norma que esta en confrontación inter-normativa, dejando a un lado que cuando una o varias disposiciones objeto de control se encuentran inconstitucionales inmediatamente se expulsan del ordenamiento jurídico sin retrotraerse de cuando esta en vigencia dichas disposiciones o norma, y cuenta con efectos limitados a partir de que se dicta la sentencia y se publica en el diario oficial.

Mientras el 20% manifestó no tener conocimiento de que tipo de protección brinda este proceso para el aseguramientos de los derechos fundamentales, por tanto la sociedad no cuenta con protección jurídica ante la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley.

Un 30% opino que tendría que especificarse un caso real y concreto para determinar que tipo de protección adecuada proporciona este proceso ante una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

Y otro 10% expreso que la protección más inmediata que brinda el proceso de inconstitucionalidad ante la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición o una ley es la libertad personal.

- *Las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad ante la suspensión de la norma impugnada.*

En base a la suspensión del acto reclamado en el proceso de amparo que se enmarca dentro de la categoría de medidas cautelares y por el carácter extraordinario que estas poseen y siendo su adopción apoyada en dos

presupuestos como lo son el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, es que el 60% de Abogados en el libre ejercicio del derecho y/o especialistas en materia constitucional, considera que también son adoptadas estas medidas por el proceso de inconstitucionalidad ayudando a evitar las consecuencias jurídicas que la norma en confrontación produjera en la sociedad.

A diferencia del 40% que opino que la suspensión de una norma mientras se declara inconstitucional o constitucional no es una medida cautelar adoptada en el proceso de inconstitucionalidad.

- *La falta de aplicación de medidas cautelares y la transgresión de derechos fundamentales.*

De acuerdo al carácter instrumental de las medidas cautelares que están preordenadas a una decisión definitiva mas que al actuar el derecho en su satisfacción, tiene su objetivo en asegurar la eficacia practica de la justicia, por ello el 70% de Abogados en el libre ejercicio del derecho y/o especialistas en materia constitucional, considera que la falta de aplicación de medidas cautelares podría ocasionar transgresión a los derechos fundamentales de las personas pero que dependería de la ley en específico y del contenido de esta para la posible aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

Un 10% opino que si se han y se seguirían vulnerando derechos por la falta de regulación de medidas cautelares en la ley de procedimientos constitucionales.

Otro 20% considera que no se vulneran derechos fundamentales ya que no se han regulado en la actual ley de procedimientos constitucionales y que

menos por la falta de aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad ya que este resuelve confrontaciones inter-normativas.¹¹⁶

5.1.2 Segmento de muestra: Colaboradores de la Sala de lo Constitucional.

- *La posible aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y los efectos que produciría en este.*

En nuestra legislación nacional la Sala de lo Constitucional fue una de las grandes innovaciones de la constitución de 1983, con la atribución de conocer en forma exclusiva de los procesos de inconstitucionalidad, amparo y habeas corpus o exhibición personal es así que el 20% considera que la aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad no son necesarias y en un caso de aplicarse el efecto será la suspensión de la norma impugnada.

Mientras que el 60% considera que si son necesarias en leyes transitorias o actos de aplicación que puedan diferir de la constitución y están de acuerdo que sus efectos de la aplicación de estas sería la suspensión de un acto o de una ley.

En cuanto al 20% restante opina que son necesarias en casos excepcionales y concuerdan en que sus efectos serían la suspensión del acto.

- *La no consideración de medidas cautelares en la actual ley de procedimientos constitucionales y en las anteriores reformas.*

En la actualidad la facultad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad es inexistente normativamente a pesar de que las

¹¹⁶Ver anexo número 1.

medidas cautelares han venido considerándose como instrumentos jurídicos procesales es así que el 20% expreso que el no considerar medidas cautelares en la actual ley de procedimientos constitucionales se debe a la naturaleza abstracta del proceso mismo.

Mientras que el 60% no previo necesaria la consideración de estas por el contexto social de ese momento.

Caso contrario el 20% considero que si se han tenido en cuenta medidas cautelares pero se ha conocido como la suspensión del acto reclamado.

- *Las medidas cautelares como actos procesales en el proceso de inconstitucionalidad.*

Las medidas cautelares son instrumentos jurídicos procesales en otras ramas del derecho y en otros procesos, los cuales tienen como finalidad asegurar el resultado de la sentencia en un proceso determinado, evitando la producción de daños de imposible reparación si bien es cierto que normalmente no están reguladas en el proceso de inconstitucionalidad el 60% de los colaboradores de la sala de lo constitucional considera que las medidas cautelares son verdaderos actos procesales por que son parte de la actividad procesal dado a que asegura la efectividad de un derecho.

Mientras que el 40% de los colaboradores de la sala expresaron no entender la pregunta.

- *El resarcimiento de daños que produce el periculum in mora y la vulneración de derecho por la suspensión o entrada en vigencia de una ley.*

Una de las finalidades del periculum in mora es evitar mediante la adopción de una medida cautelar, que la parte que cree tener razón obtenga un daño o lesión mayor durante la tramitación del proceso, es decir lo que se trata de impedir es que, ante la existencia de un posible daño dentro de la esfera jurídica de una parte, por medio de la medida este peligroso daño se pueda prevenir. Por lo tanto el 20% considera que el resarcir daños atendería a la particular naturaleza impugnada con el propósito de no vulnerar derechos. Mientras que el 60% considera que el periculum in mora no implica resarcimiento de daños puesto que se trata de un control abstracto de normas cuya vulneración es directamente hacia otra norma constitucional y no hacia los derechos fundamentales de una persona en concreto.

En caso contrario el 20% considera que depende del caso y solo cuando se aplique la constitución, no podría haber daño que resarcir pues se analiza el contenido general y abstracto de una norma y con respecto a la vulneración de derecho por la suspensión o entrada en vigencia de una ley dependerá del caso concreto pues en la mayoría de casos suspender una ley podría ser mas lesivo que permitir su aplicación por los efectos que ese vacío legal podría propiciar y hay otros procesos en cargados de la tutela de derechos fundamentales.

- *Aplicación de medidas cautelares por analogía en el proceso de inconstitucionalidad.*

En la ley de procedimientos constitucionales no se regula la aplicación de medidas para el proceso de inconstitucionalidad pero en algunos casos los aplicadores de la ley pueden aplicarlas por analogía por medio del proceso de amparo los colaboradores de la sala tienen su criterio acerca de este tema y es así que el 60% considera que no necesariamente habría que reformar la

ley o el proceso de inconstitucionalidad ya que puede efectuarse de forma analógica.

Mientras 20% considera que si debería reformarse, pero no aplicarse medidas cautelares por analogía. Caso contrario el 120% considera que debe reformarse la ley de procedimientos constitucionales para poder aplicar medidas cautelares en determinados casos.

- *El anteproyecto llena el vacío de medidas cautelares en la ley de procedimientos constitucionales.*

El anteproyecto de ley de procedimientos constitucional fue presentado en el año de 1995 en la Asamblea Legislativa y fue modificada posteriormente en el 2001, este todavía no ha sido aprobado, ante esto quisimos saber la opinión de los colaboradores de la sala sobre la situación actual del anteproyecto de ley de procedimientos constitucional y si este llena los vacíos de la actual ley de procedimientos constitucionales, en este sentido es así que el 20% considera que el anteproyecto supone un notable avance, mientras que el 20% considera que el anteproyecto llena el vacío legal por lo tanto debería reformarse la ley actual y otro 20% considera que el anteproyecto no llena los vacíos legales de la actual ley y estos vacíos legales han sido llenados por otras leyes de otras materias ejemplo en materia penal. Y el 40% restante considera que el vacío legal ha sido suplido por vía jurisprudencial.¹¹⁷

5.2.3 Segmento de muestra: Docentes en el área de Derecho Constitucional.

- *Aplicación de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad y la vulneración de derechos fundamentales.*

¹¹⁷Ver anexo número 2.

Es conocido que la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, no permite aplicar medidas cautelares para el proceso de Inconstitucionalidad, sin embargo dependerá de la situación aplicarse medidas cautelares por medio de analogía por el proceso de amparo, sin embargo la Sala de lo Constitucional aplica su criterio en cuanto a este aspecto, pero al margen de lo que se hace en la realidad y lo que la ley establece, quisimos conocer la opinión y sentir de los docentes que imparten la materia de derecho Constitucional.

Para este segmento el 80% cree necesaria la aplicación de medidas cautelares sin embargo difieren con un 10% que consideran que, no es necesaria su aplicación y el 10% considera que depende del caso que sea, así se deberá aplicar medidas o no, en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales por su no aplicación la mayoría considera que si está en riesgo los derechos fundamentales de la población, contra apenas un 10% que cree que no se vulneran por no ser derechos colectivos.

- *La consideración de medidas cautelares en la ley de procedimientos Constitucionales y los obstáculos en el proceso constitucional.*

Considerando que la Ley de Procedimientos Constitucionales, fue creada en 1960 y atendiendo al contexto social de aquella época, quisimos establecer por qué no se tomaron en cuenta las Medidas Cautelares en la vigente ley y a que se debió este fenómeno.

En cuanto a este tema los docentes consideran que no se consideraron por ser un tema novedoso y que no estaba de acuerdo a la coyuntura social del país al momento de la creación de esta y que además no se encontraba lo suficientemente desarrollada para ser considerada en la ley con un 60%,

que confirma esta situación y que los obstáculos que enfrenta en la actualidad para poder ser aplicadas es la ausencia de una reforma además, de la poca disponibilidad política para, ya sea implementar reformas o para aprobar el proyecto de ley de la Ley de Procedimientos Constitucionales. 20 % no tiene conocimiento del por qué no se tomo en cuenta y del por qué no se ha hecho nada al respecto. Mientras que otro 20% considera que no era necesario regularlas.

- *Formas de aplicar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y normas que pueden ser objeto de esta.*

A través de este tema, buscamos conocer cuáles eran las formas o las herramientas que los aplicadores de la ley, utilizan para aplicar medidas cautelares; en ese sentido los segmentos de muestra respondieron de la siguiente manera:

La mayoría de este segmento concuerda en que la forma de aplicarse las medidas cautelares es por medio de una reforma de ley que permita utilizarla como herramientas para proteger derechos, con 50% que está de acuerdo con este concepto, mientras que el 40% cree que debe ser por medio de la analogía que deben aplicarse tales medidas, otro 10% no se atreve a dar una opinión; para establecer que normas deben ser objeto de medidas cautelares el 90% concuerda que deben ser, las que se encuentran en la etapa de vacatio legis, con un escaso 10% que dijo que no se atrevía a dar una opinión al respecto.

- *Protección durante la declaratoria de inconstitucionalidad y como afecta el peligro de mora procesal.*

Con la finalidad de establecer los parámetros de protección con lo que la ciudadanía cuenta durante el proceso de inconstitucionalidad de una ley que vaya a afectar sus derechos y como afecta la mora procesal en los mismos, quisimos conocer que opinaban los docentes al respecto.

El 10% cree que la mejor forma de proteger los derechos es creando leyes que no contraríen al proceso mismo es decir, a la figura de inconstitucionalidad, haciendo que no se creen leyes que vayan en contra la constitución y que por tanto se vulneren derechos; el 60% considera que se deben proteger derechos fundamentales, y que una medida es por medio de la suspensión del acto mientras se declare la inconstitucionalidad o constitucionalidad de una ley y que por la misma ausencia de Medidas Cautelares, esta situación no se da, y es por ello que se ponen en riesgo los derechos fundamentales de la población y concuerdan además en que la mora procesal afecta por la tardanza de una resolución y la vigencia de una ley, afectando a un más las garantías constitucionales de la población. Un 30% cree que no se protege de ningún modo a la población en sus derechos y que la mora procesal es una situación que se da a menudo.

- *La regulación expresa es una limitante para la argumentación de medidas cautelares.*

El 100% de la muestra consultada concuerda en que aunque no esté expresamente regulada en la ley, esto no limita al litigante el poder solicitar Medidas Cautelares pues dependerá del caso y lo solicitado, la Medida que se aplique.

- *La suspensión del acto reclamado en el proceso de inconstitucionalidad.*

La suspensión del acto reclamado, es la medida cautelar que vendría a proteger las libertades y esfera jurídica de los ciudadanos, su finalidad es la de proteger estas facultades que constitucionalmente se nos otorgan, mientras se resuelve el fondo del asunto, con esto se busca la inejecución de actos que claramente no se ajustan a la Constitución y las demás leyes.

Ante este aspecto el 80% de la muestra consultada considera que esta figura no se aplica por qué no se encuentra regulada en la Ley de Procedimientos Constitucionales, un 10% cree que está sujeto al criterio de la Sala el aplicar o no Medidas Cautelares, y por ultimo otro 10% cree que dependerá de la fundamentación del caso así se podrá aplicar una Medida Cautelar y en especial de suspensión del acto reclamado.¹¹⁸

5.1.4 Segmento de Muestra: Diputados de la Asamblea Legislativa.

Tratando de obtener el punto de vista de los legisladores del país y de dar a conocer la relevancia que tendría la posible aplicación de medidas cautelares en la ley de procedimientos constitucionales, específicamente en el proceso de inconstitucionalidad para la protección de los derechos fundamentales de las personas, por lo que entendemos que este tipo de proceso es de carácter inter-normativo y por regla general dilucida la constitucionalidad de una ley o norma que pretende entrar en vigencia y ser parte del cuerpo jurídico del país, conteniendo estos derechos, garantías, obligaciones, reglas, sanciones y penas que influirán en las reglas de convivencia de la sociedad, convirtiéndose así las leyes en reglas de comportamiento y en formas de registrar actos de naturaleza jurídica, garantizadas y reguladas dentro del sistema legal del Estado Salvadoreño.

¹¹⁸Ver anexo numero 3.

En este sentido los garantes de este sistema jurídicos los diputados de la Asamblea Legislativa, no pudimos obtener resultados en la investigación de campo de este segmento de muestra, por no encontrarse en la disponibilidad de colaborar o responder un cuestionario de diez preguntas sobre la posible aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y del obstáculo de una reforma a la actual ley de procedimientos constitucionales, independientemente de la fracción política que fuesen, dando justificaciones como que se encontraban en reunión de fracción extraordinaria, general, privada, ordinaria; que no se encontraba ninguno en esa área de estudio que pudieran atendernos, que nos llamarían si encontraban tiempo en la agenda de algún diputado para que nos atendiera personalmente. Mientras que en algunas fracciones nos recibieron los cuestionarios pero no los devolvieron por las siguientes razones que no era un tema novedoso y no tenían conocimiento de el, que no encontraban quien llenara esos cuestionarios por que no tenían tiempo y en algunos casos se perdieron los cuestionarios por estas razones y por las diferentes situaciones e inconvenientes ocurridos y por casi tres meses de querer entrevistar a un diputado y no poderlo lograr, tras las constantes visitas a la Asamblea Legislativa y a las diferentes fracciones políticas, es que se decide descartar el segmento de muestra propuesto en el anteproyecto de nuestra investigación, pero explicando los motivos esenciales de este segmento y el porque de su interés en nuestro trabajo de investigación pero tras su dificultad explicamos y expresamos el porque no se logro presentarlo en nuestro trabajo de investigación ya terminado y del cual no presentamos su análisis e interpretación de resultados obtenidos en la investigación empírica o de campo.

CAPITULO 6

Conclusiones y Recomendaciones.

6.1. CONCLUSIONES.

1. El control constitucional con el fin de designar el modelo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la constitución, y este a sido atribuido a órganos políticos siempre tiene su origen en el modelo francés como una respuesta al absolutismo que había en ese entonces, con el objetivo de dividir los poderes políticos y jurisdiccional resulto el sistema de contra pesos y balances. Se da en primer lugar, el control difuso que por medio de los diversos tribunales a los cuales se les concede competencia para declarar la inaplicabilidad de leyes, en casos concretos, cuando existe contravención de las mismas con la constitución. En segundo lugar, surge el control concentrado, el cual se materializa en el proceso de Inconstitucionalidad, según este modelo, la declaratoria de un modo general y obligatorio de la Inconstitucionalidad de las leyes, es pronunciada por un tribunal específico con competencia en esta materia. El modelo de control de constitucionalidad ejercido por un órgano jurisdiccional es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, adoptando, dentro del mismo, el control difuso de constitucionalidad a través de los tribunales comunes y el control concentrado, a través de la Sala de lo Constitucional.
2. La evolución del proceso de inconstitucionalidad surge con el sistema concentrado de control constitucional, que es ejercido a través de la inconstitucionalidad de las leyes, tuvo su origen a nivel mundial, en checoslovaquia en 1920 y con el sistema austriaco, con Hans Kelsen, quien planteó las ideas sobre las cuales debe descansar este proceso. y en América latina se generaron sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios y desarrollaron formulas originales.

Mientras que el proceso de Inconstitucionalidad, ha venido evolucionando positivamente a nivel mundial, ya que se han adoptado diversas figuras que permiten una protección mucho más eficaz de los preceptos constitucionales Sin embargo, en nuestro sistema ésta evolución ha sido muy lenta y muchas veces ineficaz, para lograr dicha protección, esto, como consecuencia de la falta de adopción de las nuevas tendencias doctrinarias que buscan proteger de manera extensiva los derechos consagrados por la constitución y sus disposiciones. Esta falta de adopción es tanto a nivel legislativo como a nivel jurisprudencial.

3. El Proceso de Inconstitucionalidad es considerado en nuestro ordenamiento como un instrumento procesal que faculta a cualquier ciudadano que considere que una norma jurídica contradice preceptos constitucionales, acuda ante la sala de lo constitucional para que resuelva sobre la existencia o no de la inconstitucionalidad, cuyo objeto es la expulsión de la norma o cuerpo legal impugnado, del ordenamiento jurídico nacional y vigente. Este proceso, según la Sala está diseñado para realizar un examen de compatibilidad entre el cuerpo normativo o precepto impugnado por el actor y la Constitución, con la finalidad de verificar si con la emisión del primero se ha violado la segunda, la determinación de si existe o no la violación constitucional, es un aspecto de fondo que debe dilucidarse en sentencia definitiva y no en una resolución de sobreseimiento. Sin embargo, el sobreseimiento ha sido adoptado por la jurisprudencia como figura aplicada al amparo, al de inconstitucionalidad.
4. Se considera que el fundamento o razón de ser de las medidas cautelares y obviamente su fuerza motriz es la potestad cautelar ya

que en ellas se revelan como un instrumento fundamental e insustituible de cualquier sistema jurisdiccional, debiendo aplicarse todas las veces en que la realización de la función declarativa del derecho pueda ir en perjuicio del titular de éste. (Atendiendo a la duración del proceso mismo).Corresponde así al juez dar la valoración de la apariencia del derecho invocado y ver si es o no lo suficientemente relevante como para otorgar o denegar la potestad cautelar en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas (*fumusboni iuris*), así como a la posibilidad de que una u otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de la decisión definitiva del juicio (*periculum in mora*). Existe un principio general y una directiva de racionalidad del ordenamiento, según el cual, en presencia de los presupuestos necesarios (*fumusbonis iuris* y *periculum in mora*), corresponde al juez de la causa, el poder-deber de emitir las medidas provisionales idóneas para asegurar cautelarmente, los efectos de la decisión sobre el fondo.

5. La potestad cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y es reconocida en vasta normativa internacional, por lo que se considera necesario, para efectivizar la actividad jurisdiccional en nuestro país, la adopción de medidas cautelares por parte de la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad. Pero dicha facultad debe ser ejercida tomando en cuenta, no solamente aspectos negativos como la falta de regulación de dichas medidas, sino que debería adoptarse la medida en orden a evitar situaciones irreparables o de difícil reparación. La Sala de lo Constitucional, si bien es cierto en un primer momento sostuvo el criterio de no adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad por no encontrarse

regulada dicha facultad en la respectiva Ley; posteriormente flexibilizo su criterio jurisprudencial respecto a la posibilidad de adoptar las medidas cautelares en determinados casos. Sin embargo, hasta la fecha no ha adoptado dicha medida por razones políticas y partidarias, argumentando, en los caso mas significativos (Inconstitucionalidad Ley del FOVIAL y de la Ley de Integración Monetaria), que no se configuró el presupuesto del *periculum in mora*; cuando en la realidad, por la tardía tramitación del proceso, se perjudicó a un determinado sector, y en el peor de los casos, la sentencia emitida a su favor es inefectiva.

6. En nuestro país la falta de regulación expresa de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, limita a la Sala de lo Constitucional en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por cuanto la misma, se ha negado en reiteradas ocasiones a adoptar la medida de suspensión en los casos de inconstitucionalidad, y en consecuencia han resultado vulnerados los derechos de la población salvadoreña. Por lo tanto consideramos, que sí se pueden aplicar medidas cautelares en dicho proceso, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos de procedibilidad, limites al ejercicio de la facultad cautelar, es decir de que dicha medida debe ser aplicada de manera excepcional, ya que de lo contrario la solución se convertiría en un problema aun más gravoso y que cause daño de difícil reparación a los derechos de la población.
7. El Proceso de Inconstitucionalidad, como mecanismo de defensa de la Constitución tiene por fin el restablecimiento del orden constitucional que se considera violentado, y por lo tanto la expulsión de la norma atentatoria de los preceptos constitucionales; pero para ello, se requiere de un espacio de tiempo determinado, que puede traducirse

en una falta de protección a la sociedad mientras no se declare la inconstitucionalidad alegada, por ello se hace necesario que el máximo Tribunal se auxilie de instrumentos jurídicos procesales como las medidas cautelares que tienen como fin garantizar la eficacia de la sentencia definitiva. En tal sentido, el Proceso de Inconstitucionalidad debe dotarse de medidas cautelares, siendo la más idónea la suspensión de la norma, la cual puede operar de dos formas, la suspensión de la entrada en vigencia de la norma y la suspensión de la aplicación de la misma. La medida cautelar de la suspensión de la norma en el Proceso de Inconstitucionalidad, no se encuentra regulada en la Ley secundaria y es precisamente este el argumento utilizado por la Sala de lo Constitucional para no aplicar las medidas cautelares específicamente en el proceso de inconstitucionalidad que vendrían a asegurar la protección de los derechos fundamentales cuando la norma objeto de control este causando daños irreparables o de difícil reparación a la sociedad, por lo que sería válido adoptar la medida cautelar de la suspensión de la norma en este proceso, ya que de lo contrario esta seguiría surtiendo sus efectos, y la sentencia definitiva ya no podría reparar los daños causados con la aplicación de la norma, ya que los efectos que esta produce no son retroactivos, es decir que la Sentencia definitiva que dicta la Sala de lo Constitucional para este proceso no tiene efectos reparadores. En nuestro país la creación de una norma casi siempre está orientada a satisfacer intereses de algunos sectores de la sociedad, no importando que la norma adolezca de inconstitucionalidades, ya que el objetivo es que la misma tenga aplicación inmediata para la sociedad; entonces, al interponerse un proceso de inconstitucionalidad estos sectores ejercen influencia en la Sala de lo Constitucional lo que impide que la misma pueda hacer un verdadero ejercicio de la

independencia judicial, lo cual hace que esta no resuelva de manera objetiva. pero la realidad es que la población tiene poco conocimiento de este mecanismo de defensa de la constitución, lo cual hace más incomprensible hablar de una medida cautelar en este proceso. Es por ello, que por lo general solo lo interponen los profesionales del Derecho, lo cual no debería ser así, ya que todo ciudadano por mandato constitucional tiene el derecho y el deber de velar por la constitucionalidad de las leyes y para hacer efectivo tal deber, la Constitución establece los mecanismos para su defensa, mecanismos que llevan implícitos la solicitud de una medida cautelar cuando se considere necesaria.

8. Al final del desarrollo de este trabajo de investigación vemos necesario comprobar nuestra hipótesis general de acuerdo a los resultados obtenidos en la investigación empírica o de campo, la cual es “La falta de regulación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad es una de las causas que vulneran los derechos de los ciudadanos Salvadoreños”, como resultado obtuvimos que el mayor porcentaje de las entrevistas realizadas consideró que, dependerá de la ley, norma ó decreto del que se esté haciendo referencia y del contenido que esta tenga en materia de derechos, para saber si se puede vulnerar o no dichos derechos fundamentales y esto como consecuencia por la falta de regulación expresa de Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad, por consiguiente dada esta situación de resultados no comprobamos nuestra hipótesis general de investigación pero creeríamos que queda la pauta para considerar que sí, e podrían vulnerar derechos en algunos casos y que efectivamente podría necesitarse la aplicación

de Medida Cautelares como lo es la suspensión de la norma que se impugna.

6.2. RECOMENDACIONES.

1. Sala de lo Constitucional. Los magistrados deberían de auxiliarse de los instrumentos procesales que la misma Constitución y las leyes secundarias pone a su disposición para la garantía y eficacia del derecho, dentro de esos instrumentos, se encuentran las medidas cautelares como una innovación en el Proceso de Inconstitucionalidad las cuales no están reguladas en la Ley de Procedimientos Constitucionales, pero ello no constituye una prohibición para que la Sala de lo Constitucional no pueda decretarla, dado que al presentarse un caso de inconstitucionalidad manifiesta, como Tribunal garante en la defensa de la Constitucionalidad, no debe declinar a la facultad cautelar inherente por su naturaleza.
2. Universidad de El Salvador, a los docentes de ciencias jurídicas impartir y enseñar en las aulas la cátedra de derecho constitucional haciendo énfasis en la importancia que tiene este dentro del sistema jurídico salvadoreño y su incidencia en la sociedad y además que tengan la disponibilidad para la atención de consultas con los estudiantes que se encuentran desarrollando su trabajo de graduación. A la Junta Directiva de la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, que se incorporen cursos adicionales de derecho constitucional. A los estudiantes mostrar interés para el aprendizaje del derecho Constitucional y sus respectivos procedimientos; y a la biblioteca de la facultad mejorar el servicio de préstamos de libros y tesis así como la adquisición de nuevos textos bibliográficos.

3. Los Diputados de la Asamblea Legislativa. Por ser el Órgano competente en la emisión de las normas que integran el ordenamiento jurídico, El Estado debe observar el procedimiento que establece la Constitución para la creación de leyes, así también la aprobación de las mismas que debe estar orientadas a la protección del individuo y no a la satisfacción de intereses individuales y políticos, de lo contrario serian objeto de control constitucional por parte de la Sala de lo Constitucional; recomendamos además una mejor atención y disponibilidad de consulta para los estudiantes y población en general.
4. Instituciones, La Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, que tengan una actitud vigilante y protectora ante la vulneración de los derechos Constitucionales de la población en general, consideramos que en materia de derechos humanos, deberían pronunciarse al respecto ante las declatorias de inconstitucionalidad e inaplicabilidad que la Sala de lo Constitucional emita, ya que son estas instituciones las encargadas de velar por el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales. Además que se cree una comisión que examine los fallos de la Sala y consideramos necesaria la integración de esta a la comisión de ley de la Asamblea Legislativa, para que desde el inicio se resguarden los derechos y no causen daños de imposible reparación una vez aplicada la ley.
5. Abogados en el libre ejercicio del derecho. Se considera necesario que se tenga un estudio actualizado de las actuales leyes, de los proyectos, y jurisprudencia para hacer un mayor análisis de las disposiciones que pretenden impugnar para fundamentar

adecuadamente los vicios de inconstitucionalidad, así como también la solicitud de la medida cautelar para que la Sala de lo Constitucional al momento de realizar el juicio de admisibilidad de la demanda no la declare inadmisibile o declare sin lugar la medida cautelar por falta de argumentación.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ANAYA BARRA, SALVADOR Y OTROS. **“Teoría de la Constitución Salvadoreña”**, Primera Edición, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea. San Salvador, 2000. Pág. 315.

BELTRAN GALINDO, FRANCISCO Y OTROS. **“Manual de Derecho Constitucional”**, Tomo I; Centro de Información Jurídica; segunda edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996. Pág. 471-480.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J. **“La interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional”**, EDIAR S.A. Editora, Comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1987.

CLARA RECINOS, MAURICIO ALFREDO. **“El Control de la Constitucionalidad, Ensayos y Batallas Jurídicas”**, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. **“La formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales”**, Madrid, 1987. Pág. 249-250.

MEJÍA, HENRY ALEXANDER, LIC. Y DR. **“La Justicia Constitucional Salvadoreña”**, Aspectos GeneralesPag.5

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. **“La Inconstitucionalidad por omisión, primera edición”**, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1998.

GONZALES BONILLA, RODOLFO ERNESTO. **“Constitución y Jurisprudencia Constitucional”**, primera edición, sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003

IGLESIAS MEJÍA, SALVADOR. **“Guía para la Elaboración de Trabajo de Investigación Monográficos o Tesis”**, Tercera Edición.

LÓPEZ FUNES, INGRID ELIZABETH. **“Los Mecanismos de Control de la Constitucionalidad de la Jurisdicción ordinaria”**; Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003.

MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN HUELIN. **“Las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales Manual práctico de Medidas Cautelares (Procesos Constitucionales, ordinarios y especiales)”**, Editorial Comares, Granada, 2000.

MONTECINO GIRAT. **“Manuel Arturo. El Amparo en el Salvador”**, primera edición, sección de Publicaciones, CSJ, San Salvador, 2005, Pag.93.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL. **“16 Sentencias representativas de la Sala de lo Constitucional”**, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006

SERRA, MARÍA MERCEDES. **“Procesos y Recursos Constitucionales”**, ediciones Depalma, 1992, Buenos Aires Argentina, pág. 29

SOLANO RAMÍREZ, MARIO ANTONIO. “**Estado y Constitución**”, sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000. Pág. 128 y 143.

TINETTI, JOSÉ ALBINO. “**La Justicia Constitucional en El Salvador**”, Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano, centro de Estudios Constitucionales, San Salvador, 1997

VECINA CIFUENTES, JAVIER. “**Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional**”, Editorial COLEX, Madrid, 1993.

SITIO WEB:

MORALES GALITO, EINSTEIN ALEJANDRO. “**Medidas Cautelares**”. Puede ser consultado en Internet: <http://www.monografia.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>, de fecha 18/05/2011. 3:12 pm.

OLECHEA, NATACHA. <http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>. 18/05/2011. 18:50. Pm.

SENTENCIA DE LEY FOVIAL.ref.59/2003, puede ser consultada en internet en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/expliis/índice.asp?nBD=1&nItem=401999&nModo=3>.

JURISPRUDENCIA:

JURISPRUDENCIA. “**Proceso de Inconstitucionalidad**” 2-2001; 3-200; 4-2001, Sentencia pronunciada el 13 de noviembre de 2001.

SENTENCIA DE AMPARO “**33 – C – 96**”, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 27 de agosto de 1996.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. “**59-2003**”, Sala de lo de Constitucional Corte Suprema de Justicia, dictada el 12 de julio de 2005.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. “**41-200/2-2001/3-2001/4-2001**”, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 13 de noviembre de 2001 acerca de la ley de integración monetaria.

LEGISLACION:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, decreto número 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial número 28, del 16 de diciembre de 1983.

LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES, decreto número 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el Diario Oficial número 15, tomo 186 del 22 de enero de 1960.

PROYECTO DE LEY:

ANTEPROYECCTO DE LA LEY PROCESAL CONSTITUCIONAL, versión
09-12-2001.

ANEXO

ANEXO N° 1	SEGMENTO DE MUESTRA: ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO DEL DERECHO										TENDENCIA PORCENTUAL
	RESPUESTAS DE CUESTIONARIOS										
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
Aplicación de Medidas Cautelares según naturaleza y finalidad en el Prc. de Inc.	Si se aplican en el Prc. de Inc.	Depende del caso.	Depende del caso y si se pudiera por su naturaleza y finalidad.	Si, en el caso de leyes transitorias ya que son actos procesales.	Si son necesarias por su naturaleza y finalidad.	No son necesarias.	Si son necesarias mientras no transgredan derechos.	Si son necesarias por el fin que se persigue.	Si son necesarias.	Si son necesarias.	70% considera que es necesaria la aplicación de M.C. en el Prc. de Inc. Por la finalidad y naturaleza de estas. 10% cree que no son necesarias en este proceso. 20% que debe determinarse casos específicos para aplicar de M.C. en el Prc. de Inc.
Medidas Cautelares, actos procesales y que ventajas y desventajas produciría en el Prc. de Inc.	Si son actos procesales, ventaja adecuada a la realidad social/ desventaja falta de regulación.	Si son actos procesales, ventaja proceso más efectivo.	Si son actos procesales, ventaja hacer cumplir la justicia/ desventaja prolongaría el proceso.	Si son actos procesales, pero no están regulados ventaja efectividad de la justicia/ desventaja prolongaría el proceso.	Si son actos procesales, ventaja efectividad de la justicia/ desventaja disfuncionalidad al aplicar las leyes.	Son actividad procesal coercitiva/ desventaja disfuncionalidad en la aplicación de las leyes.	No constituyen actos procesales y no hay ventajas o desventajas sino formas de prevención.	Si son actos procesales, ventaja el estudio de la constitucionalidad de las leyes.	Si son actos procesales, ventaja efectividad del Prc. de Inc.	Si son actos procesales.	80% considera que son actos procesales pero como no están regulados en la ley de Pr. Cnales. No se pueden aplicarse en este proceso, de estarlos brindarían efectividad a la ejecución del proceso y estaría de acuerdo a la realidad del país aunque alargaría el prc. 10% opina que no hay distinción entre las normas para la aplicación de M.C. 10% difiere a que ya están contempladas en otros procesos y por ello no es necesario en el Prc. de Inc.
Normas objeto de Medidas Cautelares en el Prc. de Inc.	Las que están en vacatiolegis.	Aquellas que vulneren derechos y garantías fundamentales por acción u omisión.	Las que están en vacatiolegis.	Aquellas que vulneren derechos y causen lesividad a la sociedad.	Aquellas que vulneren derechos a los ciudadanos	Sin distinción alguna.	Las contempladas en otros procesos.	Las que vulneren derechos y garantías a los ciudadanos.	Las que están en vacatiolegis.	Las que vulneren derechos fundamentales.	30% considera que las normas objeto de M.C. en el Prc. de Inc. son las que se encuentran vacatiolegis. 50% opina que solo aquellas leyes que vulnerarían derechos y garantías fundamentales a la sociedad. 10% difiere en que no existe distinción entre las normas para la aplicación de M.C. 10% expreso que ya están contempladas en otros procesos y por tanto no es necesario en el Prc. de Inc.
Protección de una norma ante la declaratoria de inconstitucionalidad.	Depende del caso.	No conoce.	Protección a la libertad de las personas	La suspensión de la norma.	Suspensión del curso del proceso ante la vulneración de derechos	Resolver la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley.	Ninguna protección.	La no entrada en vigencia de una ley declarada inconstitucional	La suspensión de la norma.	La suspensión de la norma.	40% considera que la protección que se brinda durante la declaratoria en el Prc. de Inc. es la suspensión de la norma. 20% opino no conocer expresando que no existe ninguna protección. 30% cree que dependería del caso en concreto como el de la no vigencia de una ley declarada inconstitucional. 10% opina que la protección es la libertad personal.
Medidas Cautelares en el Prc. de Inc. La suspensión de la norma.	Si la considera una Medida Cautelar.	No lo considera	Si la considera una Medida Cautelar.	Si.	No.	No puede aplicarse.	No conoce.	Si por que evita sus consecuencias jurídicas.	Si la considera una Medida Cautelar.	Si la considera una Medida Cautelar.	60% considera que la suspensión de la norma es M.C. en el Prc. de Inc. Y evita sus consecuencias jurídicas. 40% no considero a la suspensión de la norma una M.C. en el Prc. de Inc.
Falta de aplicación de Medidas Cautelares y la transgresión de derechos fundamentales.	Depende del caso.	Depende del caso.	Depende del caso.	Depende del caso.	Depende del caso.	No necesariamente.	No lo cree.	Si se vulnerarían derechos.	Depende del caso en concreto.	Depende del caso.	70% considera que la falta de aplicación de M.C. Dependería de la norma que se encuentre en Prc. de Inc. Y de los derechos que esta contempla. 20% no cree que se vulneren derechos por la no aplicación de M.C. en el Prc. de Inc. 10% opina que si se vulneran derechos por la no regulación de M.C. en el Prc. de Inc.

ANEXO N° 2	SEGMENTO DE MUESTRA: COLABORADORES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL					TENDENCIA PORCENTUAL
	RESPUESTAS DE CUESTIONARIOS					
	1	2	3	4	5	
Aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y los efectos que produciría en este	No considera necesaria la M.C. / efecto suspensión de la norma impugnada	Leyes transitorias o actos de aplicación que difieran de la constitución / suspensión de un acto o de una ley	Leyes transitorias o actos concretos como comisiones especiales de investigación y suspensión del proceso	Leyes transitorias y cuando la ley es su caso no siga produciendo sus efectos	En casos excepcionales y que la ley o acto se suspenda	20% considera que es necesaria la aplicación de M.C. en el Prc. de Inc. 60% considera que son necesarias las Medidas Cautelares en leyes transitorias o en actos concretos. 20% considera que son necesarias en casos excepcionales y el efecto inmediato es la suspensión de la norma.
La no consideración de medidas cautelares en la actual ley de procedimientos constitucionales y en las anteriores reformas	La naturaleza abstracta del control y del proceso mismo	No lo previo por el contexto social de ese momento	No lo previo en ese momento solo se da en el proceso de amparo	No lo previo y no era una realidad en ese momento y se toman como suspensión del acto reclamado	Si, se han considerado pero como suspensión del acto reclamado porque no son necesarias	20% no fueron consideradas por la naturaleza abstracta que poseen. 60% no previo en ese momento la consideración de medidas cautelares en la ley de Prc. Cnales. 20% considera que si se han aplicado pero como la suspensión del acto reclamado en el Prc. de Inc.
Las medidas cautelares, como actos procesales en proceso de inconstitucionalidad	Las medidas cautelares son parte de la actividad procesal	No entendió la pregunta	Las medidas cautelares son verdaderos actos procesales	Las medidas cautelares se adoptan por medio de resolución la cual es un acto procesal	No entendió la pregunta	60% considera que las medidas cautelares son verdaderos actos procesales porque son parte de la actividad procesal. 40% no entendió la pregunta.
El resarcimiento de daños que produce el periculum in mora y la vulneración de derechos por la entrada en vigencia de una ley.	Por la naturaleza de la norma impugnada	Se trata de control abstracto y no produce daños	No es naturaleza de medidas cautelares resarcir daños ya que resguarda derechos	Por su naturaleza de control abstracto no hay resarcimiento de daños/ no respondió	Depende del caso y solo cuando se aplique directamente la constitución	20% considera que el resarcir daños atendería a la particular naturaleza impugnada con el propósito de vulnerar derechos 60% considera que el periculum in mora no implica resarcimiento de daños, puesto que se trata de un control abstracto de normas cuya vulneración es directamente hacia otra norma y no hacia los derechos fundamentales 20% considera que dependería del caso y solo cuando se aplique directamente la constitución.
Aplicación de medidas cautelares por analogía en el proceso de inconstitucionalidad	No necesariamente se debe reformar la ley de procedimientos constitucionales	Si se debería reformar pero no se aplica por analogía	No tiene porque reformarse porque ya se puede alegar medidas cautelares	Si debería reformarse la ley para aplicar medidas cautelares en determinados casos	No debería porque el proceso de inconstitucionalidad tiene efectos normativos	60% considera que no debería de reformarse la ley de procedimientos constitucionales ya que tiene efectos normativos y no se pueden aplicar medidas cautelares por analogía. 20% considera que si debería reformarse pero aplicar medidas cautelares por analogía ya que se dan en el proceso de amparo 20% considera que debe reformarse la ley de procedimientos constitucionales para aplicar medidas cautelares en determinados casos.
El anteproyecto llena el vacío legal de medidas cautelares en la ley de procedimientos constitucionales	Supone un notable avance	Si convendría reformar la ley	El vacío se llena en otras materias. Ej: en penal y no hace referencia a un proceso en específico	El vacío ha sido suplido por la jurisprudencia	El vacío se ha llenado con jurisprudencia	20% considera que el anteproyecto supone un notable avance. 20% considera que el anteproyecto llena el vacío legal por lo tanto debería reformarse la ley actual 20% considera que no llena esos vacíos y que ha sido llenado en otras leyes como en materia penal. 40% considera que el vacío ha sido suplido por la jurisprudencia

ANEXO N° 3	SEGMENTO DE MUESTRA: DOCENTES EN DERECHO CONSTITUCIONAL										
SUBTEMAS	RESPUESTAS DE CUESTIONARIOS										TENDENCIA PORCENTUAL
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
Aplicación de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad Y la vulneración de derechos fundamentales.	Se consideran una innovación y podría violentar derechos fundamentales	Si, es necesaria su regulación / depende del caso.	Si, es necesaria la aplicación y no se vulneran derechos fundamentales.	Dependería del caso.	Si, se considera necesaria la aplicación de medidas cautelares y vulnera derechos fundamentales.	Si, es necesario ante el acto que se reclama / depende del derecho que se vulnera.	Si, es necesario / dependerá del caso que se trate.	Si, es necesario / depende de la norma.	Si, son necesarias / dependerá de la normativa que se esta conociendo.	Si son necesarias / depende del caso.	10% considera que es un tema novedoso y que si podría vulnerar derechos. 10% considera que si es necesaria su aplicación y que no vulnera derechos fundamentales. 10% cree que dependerá del caso que se este procesando como inconstitucionalidad así dependerá que se vulneren derechos. 70% considera que es necesario aplicar medidas cautelares y concuerdan con el otro 10% en que dependerá del caso así se podrá determinar si se vulneran o no derechos.
La consideración de medidas cautelares en la ley de procedimientos Constitucionales y los obstáculos en el proceso constitucional	No están reguladas por ser un tema novedoso sus obstáculos es la reforma de ley.	Por que no era una figura desarrollada / oposición política.	Es una innovación / la no regulación por parte del legislador.	No estaba desarrollada la figura / oposición política.	No era necesaria regularlas / disconformidad política.	Constituye innovación ante el actual estado de derecho / la no regulación.	La figura no estaba desarrollada / oposición de los partidos políticos.	No tiene conocimiento del porque / falta de regulación.	No se encontraba acorde a la realidad del momento / falta de regulación y aplicación.	No era necesario regularlas / falta de reforma.	30% considera que es una innovación a la ley de procedimientos constitucionales y que los obstáculos para su aplicación a sido la falta de una reforma. 30% cree que la ausencia de estas se debe a que la figura no estaba lo suficientemente desarrollada y que uno de los obstáculos responde a la oposición de los partidos políticos. 20% cree que no es necesaria su regulación y atenido como obstáculo la falta de una reforma que la regule y la disconformidad política. 10% no tiene conocimiento de la regulación y este es su principal obstáculo. 10% cree que no se encontraba acorde a la realidad social del momento y la falta de regulación es un obstáculo.
Formas de aplicar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y normas que pueden ser objeto de esta.	No sabe que normas / y las normas que pueden ser objeto son por reforma de ley.	Por una reforma de ley / y las normas de vacatolegis.	Una reforma de ley constitucional / y una reforma de vacatolegis.	Por una reforma / por vacatolegis	Por analogía / todas aquellas normas que violenten derechos.	Una reforma de ley / vacatolegis.	Por analogía / normas que están en vacatolegis.	Lograr una mayor tutela de derechos fundamentales/ aquellas que afecten derechos fundamentales	Reforma de ley/ las leyes, Decretos, reglamentose tc.	Por analogía / vacatolegis	10% no se atreve a dar una opinión. 50% todos creen necesaria una reforma de ley y que las leyes que deben ser sujetas a medidas cautelares sean las que están en vacatolegis. 40% coinciden en que deben aplicarse por analogía y que de igual forma deben aplicarse a las leyes en vacatolegis.
Protección durante la declaratoria de inconstitucionalidad y como afecta el peligro de mora procesal.	Que la ley no vaya en contra del proceso / afecta con consecuencias jurídicas a la sociedad.	Protección a todos aquellos derechos fundamentales / si afecta el curso del proceso	La suspensión del acto para no vulnerar derechos/ afecta el curso del proceso y su efectividad.	Ninguna / probablemente.	Suspende el curso del proceso / si afecta.	Suspensión del acto / si afectaría.	Protección de los derechos fundamentales/ si es un retraso al proceso.	Ninguna / si afecta.	Si brinda protección en el ámbito jurídico /	Ninguna / si es un retraso al proceso	10% cree que la ley no debe contrariar al proceso. 30% cree que se deben proteger derechos fundamentales y que el retaso al proceso afecta a la sociedad. 30% cree que se debe suspender el acto y que se ve afectado por la mora procesal. 30% cree que no hay protección y que la mora procesal se da a menudo.
La regulación expresa es una limitante para la argumentación de medidas cautelares.	No se considera una limitante	No es una limitante.	No es una limitante.	No es una limitante.	No es una limitante.	No en la práctica.	No es una limitante por que se puede hacer por analogía.	No tiene conocimiento.	No es una limitante.	No es una limitante.	100% coincide en que el hecho de que no este expresamente regulado no es una limitante para solicitar medidas cautelares.
La suspensión del acto reclamado en el proceso de inconstitucionalidad.	La ley no lo establece.	Por que no esta regulado en la ley de Proc. Cons.	No lo regula la ley.	No esta regulada en la ley.	No esta regulada en la ley.	No esta regulada en la ley.	No esta regulada en la ley.	Es una limitante queda sujeto al criterio de la sala.	Debida fundamentación de la inconstitucionalidad.	No esta regulada en la ley.	80% cree que esta figura no se aplica por que su falta de regulación. 10% cree que queda a criterio de la sala el aplicarlo o no. 10% cree que depende de la fundamentación.