

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2007
PLAN DE ESTUDIO 1993



**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD SALVADOREÑO**

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

PRESENTAN:

KRISLIA EUNICE ALVARENGA CLAROS
ALBA ARELY JACINTO RAMIREZ
WENDY GUADALUPE RODRIGUEZ HERNÁNDEZ

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO 2008

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICE-RECTOR ACADEMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO FLORES
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICE-DECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACION

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADI:	Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (Argentina)
ALPrCn.:	Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional
Art.:	Artículo
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional (España)
BVerfGG:	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional alemán)
C.C:	Código Civil
CDJ:	Centro de Documentación Judicial
CE:	Constitución Española
Cn.:	Constitución
CN:	Constitución de la Republica Argentina
CPCCN	Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación (Argentina)
CPrC:	Código de Procedimientos Civiles
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
DDHH:	Derechos Humanos
Inc.:	Inciso
LCC:	Ley del Control Constitucional (Ecuador)
LOTC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (España)
LPrCn:	Ley de Procedimientos Constitucionales
LPTSJBA	Ley de procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires
Num.:	Numeral
Ord.:	Ordinal

Pcia.: Provincia
Rom.: Romano
S.C: Sala de lo Constitucional
SAP: Sentencia de Amparo (España)
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
TC: Tribunal Constitucional (España)
Vgr.: Verbigracia

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCION	i
CAPITULO I	
EVOLUCION HISTORICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL: PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	
1.1 Prefacio	1
1.2 Modelos de Control Constitucional	2
1.2.1 Modelo de Control Constitucional ejercido por un órgano político	3
1.2.2 Modelo de Control Constitucional ejercido por un órgano jurisdiccional	10
1.2.2.1 Antecedentes históricos	10
1.2.2.2 Modelo de Control Difuso	17
1.2.2.3 Modelo de Control Concentrado	24
1.2.2.4 Modelo adoptado por la legislación salvadoreña: Control Mixto	29
1.3 Antecedentes históricos y Evolución del Proceso de Inconstitucionalidad	34
1.3.1 Antecedentes Generales	34
1.3.1.1 Contexto Mundial	34
1.3.1.2 Contexto Latinoamericano	38
1.3.1.2.1 Guatemala	38
1.3.1.2.2 Argentina	40
1.3.1.2.3 Ecuador	45
1.3.2 Antecedentes históricos del Proceso de	47

inconstitucionalidad en El Salvador

1.4 Sala de lo Constitucional	53
1.4.1 Estructura Orgánica	54
1.4.2 Competencia	56
1.4.2.1 Competencia según la Constitución	56
1.4.2.2 Competencia según la Legislación Secundaria	58

CAPITULO II

CONSIDERACIONES TEORICO-DOCTRINARIAS SOBRE EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.1 Presentación	60
2.2 Proceso de Inconstitucionalidad	60
2.2.1 Consideraciones Previas	60
2.2.2 Tipos de Inconstitucionalidad	63
2.2.2.1 Inconstitucionalidad por el contenido	63
2.2.2.2 Inconstitucionalidad por la forma	64
2.2.2.3 Inconstitucionalidad por omisión	65
2.2.2.4 Inconstitucionalidad por conexión	67
2.2.3 Actos sujetos a control constitucional	68
2.2.3.1 Leyes	68
2.2.3.2 Decretos y Reglamentos	69
2.2.3.3 Tratados Internacionales	71
2.2.3.4 Decreto de Reforma constitucional	71
2.2.3.5 Ordenanzas Municipales	72
2.2.3.6 Normas Preconstitucionales	72
2.2.3.7 Actos Políticos o de Gobierno	75
2.2.4 Partes que intervienen en el proceso de Inconstitucionalidad	76

2.2.4.1	Legitimación activa	76
2.2.4.1.1	Legitimación a cualquier ciudadano	76
2.2.4.1.2	Legitimación a personas jurídicas	77
2.2.4.1.3	Legitimación al Fiscal General de la República y al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos	78
2.2.4.2	Legitimación pasiva en el Proceso de Inconstitucionalidad	79
2.2.5	Principios Fundamentales que rigen el proceso de Inconstitucionalidad	79
2.2.5.1	Principio de Evidencia	79
2.2.5.2	Principio de Estricto Derecho	80
2.2.5.3	Principio de Pertinencia	80
2.2.5.4	Principio de presunción de Constitucionalidad	81
2.2.6	Tramitación del Proceso de Inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional	81
2.2.6.1	Presentación de la demanda	81
2.2.6.2	Informe de la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado	84
2.2.6.3	Traslado al Fiscal General de la República	86
2.2.6.4	Pronunciamiento de la Sentencia Definitiva	87
2.2.7	Efectos Jurídicos de la sentencia definitiva pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad	88
2.2.7.1	Efectos de la Sentencia Estimatoria	88
2.2.7.2	Efectos de la Sentencia desestimatoria	89
2.2.7.3	Efectos del Sobreseimiento	90
2.3	Análisis Comparativo del Proceso de Inconstitucionalidad en relación con el proceso de Amparo	91

2.3.1 Aspectos Generales del Proceso de Amparo	91
2.3.2 Sujetos que intervienen en el proceso de Amparo	92
2.3.2.1 Legitimación activa	92
2.3.2.2 Legitimación pasiva	93
2.3.2.3 Otros Intervinientes en el proceso de Amparo	95
2.3.3 Actos impugnables por la vía del amparo	96
2.3.4 Principios fundamentales aplicados al proceso de amparo	101
2.3.5 Procedimiento del recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional	102
2.3.5.1 Actos de Iniciación	102
2.3.5.1.1 Presentación de la demanda	103
2.3.5.1.2 Informes a la autoridad demandada	107
2.3.5.2 Actos de desarrollo	107
2.3.5.2.1 Traslado al Fiscal de la Corte	108
2.3.5.2.2 Plazo Probatorio	109
2.3.5.3 Actos de Conclusión	110
2.3.5.4 Efectos de la sentencia definitiva pronunciada en el proceso de amparo	110
2.3.6 El sobreseimiento como forma anormal de terminación del proceso de amparo	111
2.4 La suspensión del acto reclamado como medida cautelar aplicada al proceso de amparo	113
2.4.1 Semejanzas y diferencias del proceso de Inconstitucionalidad en relación con el proceso de amparo	115
2.4.1.1 Semejanzas	115
2.4.1.2 Diferencias	116
2.4.2 Adaptación de la Medida Cautelar de suspensión del	118

acto reclamado al proceso de Inconstitucionalidad

CAPITULO III

CONSIDERACIONES TEORICO-DOCTRINARIAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA POTESTAD CAUTELAR

3.1	Introducción	121
3.2	Antecedentes Históricos y Evolución de las Medidas Cautelares	122
3.2.1	Generales	122
3.2.2	En el control jurisdiccional de constitucionalidad de las Leyes	126
3.3	Las Medidas Cautelares	130
3.3.1	Concepto	132
3.3.2	Naturaleza Jurídica	134
3.3.3	Clasificación de las medidas cautelares	137
3.3.4	Características	141
3.3.4.1	Instrumentalidad	142
3.3.4.2	Provisionalidad	143
3.3.4.3	Temporalidad	146
3.3.4.4	Variabilidad	147
3.3.4.5	Proporcionalidad	147
3.3.4.6	Jurisdiccionalidad	148
3.3.5	Presupuestos	149
3.3.5.1	Apariencia de Buen Derecho (Fumus bonis iuris)	149
3.3.5.2	Peligro por la Mora Procesal (periculum in mora)	150
3.4	La Potestad Cautelar	151
3.4.1	Concepto	152
3.4.2	Características	152

3.4.3 Naturaleza	159
3.4.4 Fundamento Constitucional	160
3.4.5 Límites a la potestad cautelar	163
3.4.5.1 Principio de Legalidad	163
3.4.5.2 Principio de Proporcionalidad	166
3.4.6 La Tutela Cautelar en los distintos sistemas de Justicia Constitucional	168
3.4.6.1 Principales elementos diferenciadores de los modelos difuso y concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes	168
3.4.6.2 El distinto modo de articular la potestad cautelar en uno y otro sistema de justicia constitucional	171
3.5 Posturas Teóricas sobre la suspensión de la norma impugnada en el Proceso de Inconstitucionalidad	174
3.5.1 Postura que admite la suspensión de la norma impugnada	174
3.5.2 Postura que rechaza la suspensión de la norma impugnada	177
3.6 Las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en la actualidad	180

CAPITULO IV

MARCO JURÍDICO NORMATIVO APLICABLE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1 Preámbulo	186
4.2 Legislación Nacional	187
4.2.1 Constitución de 1983	187
4.2.2 Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960	192

4.2.3 Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales	197
4.2.3.1 Disposiciones relativas al Proceso de Inconstitucionalidad	197
4.2.3.2 Disposiciones relativas a la aplicación de Medidas Cautelares en los procesos constitucionales	201
4.2.3.3 Disposiciones comunes aplicadas a todos los procesos constitucionales: Inconstitucionalidad, Amparo y Hábeas Corpus	204
4.2.3.4 Otras disposiciones comunes aplicadas en los procesos constitucionales	206
4.3 Tratados y Convenios	207
4.3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	208
4.3.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	208
4.3.3 Convención Americana de Derechos Humanos	209
4.3.4 Convención Europea de Derechos Humanos	209
4.4 Legislación Comparada	210
4.4.1 España	210
4.4.2 Argentina	215
4.4.2.1 La Acción Meramente Declarativa en la Jurisdicción Federal	215
4.4.2.2 Requisitos para su procedencia	219
4.4.3 Ecuador	222
4.4.3.1 Acción de Inconstitucionalidad de Leyes y otros Actos Normativos (TC)	222
4.4.4 Guatemala	226
4.4.4.1 Ley de Amparo, Exhibición Personal y	226

Constitucionalidad	
4.4.4.1.1 Disposiciones relativas al proceso de Inconstitucionalidad	226
4.4.4.1.2 Disposiciones relativas a la Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y disposiciones de carácter general	227
4.4.4.1.3 Disposiciones relativas a las medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad	229
4.5 Jurisprudencia	231
4.5.1 Jurisprudencia Nacional	231
4.5.1.1 Sentencia caso de Ley de Integración Monetaria	231
4.5.1.2 Sentencia caso Ley del FOVIAL	240
4.5.2 Jurisprudencia Comparada	245
4.5.2.1 España	245
4.5.2.1.1 Notas Características de la medida cautelar de Suspensión	248
4.5.2.1.2 Presupuestos	251
4.5.2.1.2.1 Presupuestos de la suspensión inicial	252
4.5.2.1.2.2 Presupuestos de ratificación de la suspensión inicial	254
4.5.2.2 Argentina	257
4.4.2.2.1 El surgimiento jurisprudencial de La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad	257
4.5.2.2.1.1 Caso "Provincia de Santiago del Estero contra El Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales"	257
4.5.2.2.2 La Ratificación de la Acción Declarativa de	260

Inconstitucionalidad		
4.5.2.2.2.1	El Caso "Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina"	260
4.5.2.2.2.2	El Caso "Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba	262
4.5.2.2.3	La Difusión de La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad	264
4.5.2.2.3.1	Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores	264
4.5.2.2.3.2	Finalidad preventiva de la ADI, ausencia de daño y medidas cautelares	266
4.5.2.2.4	Los presupuestos de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad	267
4.5.2.3	Ecuador	269
4.5.2.4	Guatemala	270
4.5.2.5	Alemania	271
4.6	Necesidad de la adopción de Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad salvadoreño	274
4.6.1	Ausencia de regulación legal expresa de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad	274
4.6.2	Ventajas e inconvenientes de la ausencia de una tutela cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad	279
4.6.2.1	Ventajas de la suspensión: La certeza de las relaciones jurídicas mientras se tramita el proceso constitucional	279
4.6.2.2	Inconvenientes de la no suspensión: La consolidación irreversible de situaciones y	280

relaciones jurídicas	
4.6.3 Posibles Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad	282
4.6.3.1 La Suspensión de la entrada en vigencia de una ley	284
4.6.3.2 La Suspensión de la aplicación de una ley vigente	286
4.6.4 Posibles presupuestos a considerar para la aplicación de la medida cautelar de Suspensión	288

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones	290
5.2 Recomendaciones	296
Bibliografía	298

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación sobre el **ANÁLISIS CRITICO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD SALVADOREÑO** 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.

La intención de llevar a cabo ésta investigación es establecer en que medida la ausencia de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño afecta en la efectividad de las resoluciones que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador emite respecto a los procesos de inconstitucionalidad, y, además, como ha resultado en la violación reiterada de los derechos fundamentales de la población salvadoreña.

Se realiza un estudio comparativo del Proceso de Inconstitucionalidad de nuestro país respecto al de otros países; asimismo, se analizan los aspectos doctrinarios de las medidas cautelares en la legislación nacional e internacional. Además, se realiza un estudio y análisis crítico del funcionamiento de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia nacional y comparada.

Los objetivos planteados al inicio de la investigación permitieron enmarcar las metas de dicha actividad, dichos objetivos son: a) Determinar cómo las limitaciones legales y jurisprudenciales, existentes en nuestra realidad jurídica respecto a las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, incide en la realidad socio-jurídica salvadoreña; b) Contribuir al conocimiento científico de la realidad socio-jurídica salvadoreña,

en el manejo de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. Como objetivos específicos: a) Realizar un análisis crítico de la legislación vigente y de la jurisprudencia en el ámbito del proceso de inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; b) Identificar los factores que impiden la adopción de medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; c) Jerarquizar los factores más determinantes que dificultan la adopción de medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; d) Evaluar en qué medida inciden los efectos ocasionados por la falta de adopción de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en la realidad socio-jurídica salvadoreña; y e) Proponer un conjunto de reformas en la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales tendientes a actualizar y agilizar el proceso de inconstitucionalidad respecto a la adopción de medidas cautelares.

Para alcanzar dichos objetivos se elaboro una hipótesis general, la cual se enuncia de la siguiente manera: “La ausencia de medidas cautelares en la tramitación del proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, afecta la realidad socio-jurídica salvadoreña al no resguardar de manera efectiva el orden constitucional alterado por la vigencia de normas impugnadas como inconstitucionales”. Además se plantearon hipótesis específicas, las cuales se enuncian de la siguiente manera: “La falta de regulación legal de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, afecta la eficacia material de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional” y “La tramitación tardía del proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, vuelve necesaria la adopción de medidas cautelares para la efectiva tutela judicial del orden constitucional establecido”.

Lo anterior permitió delinear una estrategia metodológica, la cual comprendía las siguientes actividades: 1- Investigación Documental, la cual se realizó para obtener la doctrina en torno a las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, su normativa nacional e internacional y el desarrollo jurisprudencial en El Salvador y en el extranjero. 2- Estudio de casos, se utilizó con el fin de analizar desde un caso concreto la violación de derechos constitucionales por la no adopción, por parte de la Sala de lo Constitucional de la República de El Salvador, de medidas cautelares en el transcurso del proceso de inconstitucionalidad.

La estructura del resultado de la investigación se presenta en cinco capítulos. El capítulo Uno contiene el estudio del origen y evolución del proceso de inconstitucionalidad, como control constitucional, a nivel general, en el contexto internacional, y su posterior reconocimiento en la normativa constitucional en El Salvador.

En el Segundo Capítulo se realiza un análisis teórico-doctrinario del proceso de inconstitucionalidad, su regulación en El Salvador, su funcionamiento, y un análisis comparativo con el proceso de amparo, para adaptar la medida cautelar de éste último al proceso de inconstitucionalidad.

El Capítulo Tres contiene un análisis teórico y doctrinario sobre las medidas cautelares en general, su evolución a través de la historia, su desarrollo en la Legislación Salvadoreña; y además un análisis sobre la potestad cautelar como un fundamento para la adopción de las medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad salvadoreño.

El Cuarto Capítulo considera la necesidad que existe respecto a que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia adopte medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, y además se realiza un estudio y análisis de la legislación nacional e internacional, así como de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional de nuestro país y la de otros países en el ámbito europeo y latinoamericano, con el propósito de adecuar a la realidad jurídica salvadoreña, las soluciones que en los diversos sistemas jurídicos se presentan respecto a la tutela cautelar en los procesos de inconstitucionalidad.

Finalmente el Capítulo Cinco contiene las conclusiones pertinentes que se formulan como el resultado de los estudios teóricos y doctrinarios de la investigación, además de las recomendaciones derivadas, las cuales buscan la solución de la problemática abordada.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL: PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

“Uno de los problemas más formidables del siglo XX, es el Control de la Constitucionalidad”
Mauro Cappelletti

SUMARIO

1.1 Prefacio. **1.2 Modelos de Control Constitucional:** **1.2.1** Modelo de Control Constitucional ejercido por un órgano político. **1.2.2** Modelo de Control Constitucional ejercido por un órgano jurisdiccional: 1.2.2.1 Antecedentes históricos; 1.2.2.2 Modelo de Control Difuso; 1.2.2.3 Modelo de Control Concentrado; 1.2.2.4 Modelo adoptado por la legislación salvadoreña: Control Mixto. **1.3 Antecedentes históricos y Evolución del Proceso de Inconstitucionalidad:** **1.3.1** Antecedentes Generales: 1.3.1.1 Contexto Mundial; 1.3.1.2 Contexto Latinoamericano: 1.3.1.2.1 Guatemala; 1.3.1.2.2 Argentina; 1.3.1.2.3 Ecuador. **1.3.2** Antecedentes históricos del Proceso de inconstitucionalidad en El Salvador. **1.4 Sala de lo Constitucional:** **1.4.1** Estructura Orgánica; **1.4.2** Competencia: 1.4.2.1 Competencia según la Constitución, 1.4.2.2 Competencia según la Legislación Secundaria.

1.1 PREFACIO

El objeto de este capítulo es desarrollar lo relativo a la evolución histórica de los modelos de control constitucional, ya sean los ejercidos por órganos políticos o los ejercidos por un órgano jurisdiccional, siendo estos últimos los de mayor aplicación por las sociedades modernas. La historia del surgimiento y evolución de los controles jurisdiccionales es trascendental para desarrollar el análisis de la aplicación de las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad, que se traduce en el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, configurado, actualmente como un valladar que protege los derechos fundamentales de la sociedad.

Este control concentrado, es ejercido a través del proceso de Inconstitucionalidad, que ha tenido un desarrollo histórico a nivel mundial,

latinoamericano y nacional. En el contexto nacional, fue en el año de 1950 cuando se reguló por primera vez éste proceso, siendo el último en surgir a nivel Constitucional, decretándose en el año de 1960, a nivel secundario, la Ley de Procedimientos Constitucionales.

En el año de 1983, se decretó la vigente Constitución, en ella se regulan de manera específica todos los aspectos relacionados al proceso de Inconstitucionalidad, sin embargo, a nivel secundario no surgió una adecuación sobre éste control de constitucionalidad.

Uno de los aspectos importantes regulados por la Constitución de 1983, es lo relativo a la creación de la Sala de lo Constitucional, estableciendo como su principal competencia, ejercer control sobre las leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas que emanan de los órganos del Estado y diversos organismos con facultad para legislar, las cuales pueden ser decretadas en contradicción con el texto constitucional, violentándose de esta forma la Supremacía que caracteriza la Constitución.

1.2 MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Luigi Ferrajoli afirma que “toda la historia del Estado de Derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica”¹.

En los últimos siglos, uno de los papeles protagónicos de esta historia le correspondió a la Constitución, indiscutiblemente, definirla pareciera ser una tarea casi imposible, ya que según sea la posición ideológica de cada sociedad, así será la caracterización que de ella se de.

¹ 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. 17.

Lo cierto es que en algo coinciden aun las posturas más antagónicas, y es, en atribuirle, de forma explícita o implícita, un gran valor. Esta coincidencia se revela en las interminables disputas que surgieron a fin de determinar quién debe ser el encargado de defenderla.

Así, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, se asumió que, la defensa de la Constitución, se trata simplemente de una actividad de carácter técnico-jurídico que tiene como finalidad el ejercicio de la eventual facultad de descalificar una norma jurídica por ser violatoria de una prescripción constitucional, sea que se trate del procedimiento o del contenido de la norma. Esto se tradujo en la mayoría de sociedades occidentales modernas, en la aceptación de formas más o menos amplias de control, ya sean políticas o jurisdiccionales, sobre la actividad de los legisladores.

1.2.1 MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EJERCIDO POR UN ORGANO POLITICO

El control de la constitucionalidad de las leyes atribuido a órganos políticos, tiene su origen, por excelencia, en el modelo francés, ya que este país, en virtud de su vieja tradición parlamentaria y su elaborada doctrina sobre la soberanía popular, se ha manifestado siempre especialmente receloso sobre cualquier control que escape al canal por el que se manifiesta la voluntad popular.²

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

² NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y otros, *El Estado y la Constitución*, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000, Pág. 69.

correspondieron diferentes funciones, de lo cual resultó el sistema de 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 VIII (1799), estableció un Parlamento Plurilateral, compuesto por cuatro cámaras (Consejo de Estado, Cuerpo Legislativo, Tribunado y Senado) y se entregaba a una de ellas el control de la constitucionalidad de las leyes. La Constitución no asignaba al Senado funciones legislativas, sino que por el contrario actuaba como elector, mediante mecanismos de cooptación, de los miembros del llamado Cuerpo Legislativo, del Tribunado, de los Jueces de Casación y de sus propios miembros; pero entre todas sus funciones destacaba la de actuar como conservador de la Constitución³.

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. Dicho Consejo, estaba compuesto por nueve miembros, de los cuales tres eran elegidos por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea y otros tres por el Senado. Su mandato era de nueve años, renovándose por tercios cada tres años, no siendo posible la reelección. Los ex presidentes de la República también formaban parte del Consejo de forma vitalicia. Las atribuciones del Consejo eran de diferente índole, en algunas ocasiones actuaba como garante de los procesos electorales: velaba por la regularidad de la elección del Jefe de Estado y proclamaba los resultados del

³ *Ibíd*em, Pág. 69-70.

escrutinio (art. 58), fallaba, en caso de impugnación, sobre la validez de las elecciones de diputados y senadores (art. 59) y, finalmente, velaba por la regularidad y proclamaba los resultados de los referéndums (art. 61). Sus decisiones no eran susceptibles de recurso alguno y obligaban a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y judiciales⁴. Cabe señalar que este órgano ha sido uno de los más discutidos del texto de 1958, por considerar que sólo se trataba de un instrumento más con el que contaba el Ejecutivo para controlar la actividad del Parlamento, y además que se trataba de un órgano demasiado influido políticamente, especialmente en lo que se refiere al modo de designación de sus miembros.

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. En su composición el Presidente de la República, lo presidía, además lo componían el Jefe de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, los tres jefes de los tres ejércitos que componen las Fuerzas Armadas, el Primer Ministro si fuera militar y catorce oficiales designados por los respectivos ejércitos de las Fuerzas Armadas. 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. Entre otras misiones que tenía comisionadas estaban las de pronunciarse sobre el nombramiento y destitución del Primer Ministro, también tenía competencias legislativas de forma exclusiva en lo referente a las Fuerzas Armadas, incluido los actos internacionales de naturaleza militar (art. 283 y 284)⁵.

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

⁴ *Ibidem*, Pág. 70.

⁵ *Ibidem*, Pág. 70.

posición de cierta superioridad sobre las leyes, y esto no puede recaer en los jueces, que están preparados para juzgar de acuerdo a las leyes, pero no a las leyes mismas. Por otra parte este órgano debe responder a un principio de la soberanía nacional y la participación política y no a un poder.

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 como la unidad e independencia de un pueblo- 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 Constitución⁶.

Llega a la conclusión que el carácter democrático del Presidente del Reich, deviene de la legitimidad plebiscitaria o electoral, ya que en la unidad e identidad del propio pueblo Alemán se encuentra la única fuente y el único límite del poder presidencial, estableciendo así una vinculación directa entre el presidente y el pueblo considerado como un todo, esa vinculación derivó al considerar determinadas facultades del presidente, entre las que se encuentra la de disolver el Parlamento o la de promover in plebiscito, las cuales se entienden como formas de “apelar al pueblo”.

⁶ Vid, 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.

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 como manifestación de aprobación o repulsa frente a una determinada propuesta que el presidente 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) 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.

El desarrollo de su planteamiento lo hizo a partir de una interpretación del art. 48 de la Constitución de Weimar, y toma como base la teoría del *powoir neutre, intermédiaire y régulateur* de Benjamín Constant, por lo que identifica los poderes excepcionales, y están para él, constituidos por una serie de prerrogativas y atribuciones del Jefe de Estado, creadas como elementos y posibilidades de intervención en su calidad de *powoir neutre*, a saber: posición privilegiada del Jefe de Estado, refrendo y promulgación de las leyes, prerrogativa de indulto, nombramiento de ministros y funcionarios, etc.⁷

Según Schmitt, la Constitución de Weimar, al establecer un Estado Parlamentario Representativo, procuraba dar al Presidente del Reich una

⁷ *Ibidem*, Pág. 91-92.

suma de atribuciones de ese tipo, que lo colocaran como un autentico “poder neutral, mediador, regulador y tutelar” dentro de la clásica división de poderes, como “un cierto centro en la Constitución” frente a las antítesis sociales y económicas de la sociedad, cuya actividad se produciría activamente sólo en casos de necesidad.⁸

Sin embargo, los argumentos que se han presentado en contra de un órgano político como control de la constitucionalidad, se refieren a los componentes de este órgano, así, si están legitimados por la elección popular, y como indica Duguit, estarán sujetos a los procesos de discusión política y partidismo, y su funcionamiento estará condicionado por los mismos; por otra parte ¿qué sentido tendría crear un Órgano del Estado que se basa en los mismos principios y procedimientos que el Poder Legislativo?, para ello, valdría con encargar tal función a una Cámara del Parlamento. Si los miembros de este órgano no deben su existencia a un proceso electivo, sino que son designados por los Poderes del Estado, tales como gobierno y parlamento, ¿Qué independencia tendrían entonces en su actuación?⁹

En el pasado, este modelo político, desahuciado desde Kelsen, pasó a ser el preferido de las democracias marxistas, llamadas populares, si bien a partir de la década de 1960 empezó a ceder su puesto y compartirlo con órganos de control constitucional ad-hoc, luego de la disolución del bloque socialista, se reduce la fortaleza de este tipo de sistema, pasando a debilitarse en cierta forma o a tener un auge limitado en los demás países del eje terráqueo¹⁰.

⁸ Ibídem, Pág. 92.

⁹ Vid, NUÑEZ RIVERO, Cayetano y otros: *El Estado y la Constitución*, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000 Pág. 71-72.

¹⁰ ZÚÑIGA FLORES, Luís Arturo: *La Jurisdicción y modelos constitucionales*; puede consultarse en Internet www.mografias.com

En nuestro país, todavía se encuentra en vigencia la teoría de la división de poderes de W. Stefani, quien distingue cinco tipos de división¹¹:

- a) **División horizontal.** Se refiere esencialmente a los sistemas de control intraorgánicos e ínter orgánicos. Así, el primer tipo de control es el denominado interno, pues tal es realizado por el mismo órgano sujeto a control, ejemplo de ello es el control de las resoluciones judiciales efectuado mediante el sistema de recursos. El segundo tipo, es el llamado control externo o entre órganos, lo cual supone la diferenciación entre órgano sometido a control y órgano contralor.
- b) **División temporal.** Este tipo de división establece límites temporales al ejercicio del poder, con el objeto de evitar las extralimitaciones de los funcionarios, sobre todo de los titulares de los órganos fundamentales del Estado. En nuestra Constitución encontramos algunos ejemplos de este tipo de límites, como lo es el período presidencial de cinco años (art. 154 Cn); el período de tres años de los diputados de la Asamblea Legislativa (art. 124 Cn); el período de nueve años establecido a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 186 inc. 2º Cn); y el período de tres años del Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República (art. 196 inc. 3º Cn).
- c) **División vertical.** Hace referencia esta división a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales, responde a la tendencia de la descentralización territorial del poder. En el caso de El Salvador, como un Estado Unitario descentralizado, además de existir un Gobierno Central existen las Municipalidades, las cuales tienen algunas potestades que son ejercidas por sus órganos.

¹¹ ANAYA BARRA, Salvador Enrique, *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, primera edición, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000 Pág. 310-311.

d) **División decisoria.** Esta se encuentra estrechamente vinculada con la toma de decisiones políticas, concretamente con los sujetos que deben intervenir. Existen en nuestra Constitución algunos ejemplos de control como la participación de los Órganos Legislativo y Ejecutivo en la formación de la ley (art. 133 y sig. Cn); el sistema de representación proporcional adoptado para la elección de diputados (art. 79 inc. 2º Cn), y la necesidad de quóruns calificados para la toma de ciertas decisiones en la Asamblea Legislativa (la elección de Magistrados de la CSJ, art. 186 Cn).

1.2.2 MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EJERCIDO POR UN ORGANO JURISDICCIONAL

Según Bidart Campos¹², 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.

Para poder abordar de manera integral la tutela cautelar en los procesos de inconstitucional, es necesario realizar un recordatorio sobre los sistemas de control de constitucionalidad y sus principales características. Haciendo referencia en primer lugar, a las condiciones históricas y políticas, que es en realidad lo que define un sistema constitucional, y en segundo lugar, efectuar la descripción de los sistemas difuso y concentrado.

¹² BIDART 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.

1.2.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para entender el Constitucionalismo Moderno debe partirse de la situación de Inglaterra, cuyas circunstancias influyeron en la visión de los revolucionarios estadounidenses y franceses con tan diversos efectos, y comprender así lo que dio origen a la Constitución y a los sistemas de control de la misma como hoy lo conocemos.

El origen del Constitucionalismo Moderno se encuentra en Inglaterra, donde la situación no ha variado mucho hasta la actualidad¹³. Los intentos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, según Pablo Pérez Tremps¹⁴, coinciden en el fin y en los instrumentos: buscan la transformación de la libertad de hecho en libertad jurídica, utilizando la aplicación del principio de división de poderes y la defensa de los derechos. Todo lo cual se consagra en la Constitución, con la diferencia que en Inglaterra no da origen a un texto escrito y formal llamado Constitución, como sí surge en los otros dos.

Tanto en Estados Unidos como en Francia la Constitución formal contiene los principios básicos de la nueva organización de la comunidad política y del Estado, por lo que es considerada como norma fundamental. Se retoma el concepto de un Derecho Superior, el Derecho Natural, pero racionalizado a través de la Constitución.

La falta de un texto único, en Inglaterra, que recoja las normas básicas de organización del Estado hace que se hable de Constitución en términos indefinidos, invocando preceptos diversos que provienen de distintas fuentes. El fundamento de la falta de un texto escrito es la absoluta flexibilidad de la normativa constitucional que se confunde con la legislación ordinaria en

¹³ El sistema inglés, al igual que el sistema holandés y los sistemas escandinavos, se caracteriza por no poseer un control judicial de constitucionalidad. Por ello, los jueces no pueden descalificar una ley dictada por el Parlamento, so pretexto que ella es violatoria de la Constitución, la cual en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no documentada. Esto se funda en el principio de la absoluta soberanía del Parlamento, aun en materia de derechos individuales.

¹⁴ PÉREZ TREMP, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 17 y sigs.

virtud de la Supremacía del Parlamento, que no tiene impuesto límite alguno a sus potestades normativas. Pero surge la idea de un Derecho Superior como arma frente a los excesos absolutistas de la monarquía, Derecho Superior a la prerrogativa regia y al Derecho Estatutario, que no era otro que el *Common Law*, de cuya interpretación eran los jueces dueños y señores, uno de sus defensores, en el siglo XVII, fue Edward Coke.

En el *Bonham's case*, Coke declaró el poder de controlar leyes del Parlamento al decir que “aparece en nuestros libros que en muchos casos el *Common Law* controla *Acts* del Parlamento y que a veces los relega con absoluta nulidad: porque cuando un *Act* del Parlamento se opone al Derecho Común y a la razón, o repugna o es de imposible aplicación, el *Common Law* lo controla y se opone sobre tal *Act*, anulándolo”¹⁵.

Sin embargo esta idea no fructificó en Inglaterra pues la unión de los diversos sectores frente al rey dio como resultado el poder de la soberanía parlamentaria.

En los Estados Unidos, la Constitución es definida como “*supreme law of the land*”, art. VI. La Constitución Federal es superior a las Constituciones y leyes de los Estados, y a las leyes y tratados de la Federación. Pérez Tremps¹⁶ señala que la idea de norma fundamental y superior se origina en los siguientes tres aspectos:

- a) La tradición colonial: en las colonias inglesas de Norteamérica se distingue entre dos sistemas normativos: el Derecho Inglés y otro supeditado al Derecho Colonial. Los revolucionarios mantienen la idea pero transformándola, el Derecho Superior deja de ser el Inglés y se plasma en el derecho escrito que había sido la garantía de su autonomía

¹⁵ LÓPEZ FUNES, Ingrid Elizabeth: *Los Mecanismos de control de la constitucionalidad de la jurisdicción ordinaria*; Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág. 4.

¹⁶ Vid, PÉREZ TREMPES, Pablo, Op. Cit., pág. 21 y sigs.

frente al *Common Law*. El Derecho Natural representa el paradigma de la obra de los revolucionarios, quienes creen en la insuperable validez de la ley natural que ahora quiere ser representada en las constituciones, las cuales, sustituyen al *Common Law* como norma fundamental.

- b) La propia filosofía del constituyente: la distinción entre Constitución y otras leyes está en la propia concepción filosófica- jurídica de ambos tipos de normas. La primera se concibe como expresión directa del pueblo, la auténtica representación de la voluntad general. Por el contrario, la ley es la representación de la voluntad mediata del pueblo.
- c) La estructura federal: esta estructura, implica la distribución de competencias entre instancias de poder que son iguales, por lo que se vuelve necesario regular las relaciones entre la Federación y los Estados Federados. La Constitución Federal regula la distribución de competencias y los conflictos que puedan plantearse entre las distintas instancias de poder. Este papel que la Constitución Federal debe jugar, por imperativo lógico del ordenamiento, contribuye a su consideración de norma fundamental, reforzándola y dando una dimensión positiva de la concepción misma.

La posición imperante en Estados Unidos, se puede entender en lo expresado por Alexander Hamilton en el ensayo número 78 de “El Federalista”, quien escribió: “La interpretación del derecho es la competencia propia y peculiar de los tribunales. Una constitución es de hecho, y debe ser mirada por los jueces como un derecho fundamental. Y por ello pertenece a los jueces concretar su significado, tanto como el significado de cualquier ley particular que proceda del cuerpo legislativo. Si ocurriese que hay una diferencia irreconciliable entre las dos, la que tiene vinculación y validez más fuerte (*superior obligation and validity*) debe ser preferida, evidentemente; o, en otras palabras, la constitución debe ser preferida a la ley, la intención del

pueblo a la intención de sus agentes”¹⁷. Es decir el juez tiene un papel relevante en la organización, le corresponde vigilar y controlar. Surge así el Sistema Judicialista Estadounidense.

En Francia, el Constitucionalismo nace unido a la revolución como expresión racionalizada de los principios liberales que intentan sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes. Se engendra en dos textos: en la Constitución de 1791 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ese es el derecho fundamental. Lo que se traduce en que la conocida actualmente como parte orgánica estaba en la Constitución y la llamada parte dogmática en la Declaración.

El Antijudicialismo Francés se origina por diversas razones, entre ellas se encuentra que en Francia, la constitución se configura también como la norma fundamental, constituyendo el instrumento formal máximo de destrucción de las bases del antiguo régimen, y a los jueces se les seguía identificando con el pasado por el papel que jugaron para mantener el sistema. Por esa concepción de la constitución surge la preocupación por fiscalizar jurídicamente la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos. Y como respuesta a eso son muchas las propuestas para crear una institución que se encargara de ello. Pérez Tremps¹⁸ destaca la propuesta de Sieyès (1795) de creación del *Jury constitutionnel*, fundada en la obra de Rousseau de un “tribunado”, “conservador de las leyes y del Poder Legislativo”, protector del “soberano contra el gobierno”, sostenedor del “gobierno contra el pueblo” y mantenedor del equilibrio entre estos últimos, concretizado en la Constitución del año VII y en la de 1852.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, pág. 176.

¹⁸ Vid, PÉREZ TREMP, Pablo, Op. Cit., pág. 33 y sigs.

Se piensa en un garante constitucional *ad hoc*, situado fuera del Poder Judicial; al contrario, por su conformación y poder está más relacionado al Poder Legislativo. La razón de buscar un garante fuera de los tribunales es compleja y se origina en las circunstancias teóricas y políticas que marcan el nacimiento del régimen liberal.

En Francia, la revolución tiene como postulado ideológico básico el principio de soberanía parlamentaria, el Parlamento es el representante de la nación. Por ello se rechaza cualquier intento de instituir un garante de la norma fundamental puesto que el garante lógico no es otro que el propio Poder Legislativo.

Al imponerse el legislador sobre los otros poderes se configuró una especie de autotutela de regularidad constitucional de su obra, que excluía no sólo el control judicial sino el de cualquier otra institución.

Así, se excluyó a los jueces porque, para el iusnaturalismo racionalista, el Derecho Positivo se identificaba con ley, sin dejar margen alguno a otras fuentes de creación del Derecho, y la ley no era sino la razón hecha norma por el legislador. El juez, como un servidor pasivo de la ley, debe desarrollar la función de puro ejecutor de la norma general, de máquina de silogismos que tiene que encuadrar al caso concreto (premisa menor) en la norma general (premisa mayor) y extraer la conclusión, que adoptará forma de sentencia, en síntesis, la ficción dominante era que la ley “hablaba” por boca de los jueces. De esta manera, el margen de creación del juez queda reducido a nada, la inexistencia de discrecionalidad interpretativa se convierte incluso en mandato normativo. Lo que originó la casación, como una forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley, poniendo de manifiesto la supremacía del Parlamento y la idea de plenitud del ordenamiento -entendido éste como el conjunto de normas escritas-. Por tanto, si este ambiente no permitió que el Juez buscara el sentido de la ley,

mucho menos consentiría que el mismo Juez buscara el sentido de la Constitución.

Además, el Juez se limita solamente para conocer asuntos *inter-privatos*. Si el Poder Judicial queda excluido del control de la administración, con mucha mayor razón se le niega la posibilidad de fiscalizar las leyes procedentes del Poder Legislativo. Todo ello aunado a la desconfianza de los revolucionarios en los jueces ya antes relacionada.

En la época de la Restauración, la Constitución se limita y vuelve la norma fundamental al monarca, ni la ley ni la norma fundamental son expresión de la voluntad popular. La posición que el monarca ocupa en la nueva concepción estatal asegura la ley, ya que él mismo es su garantía, cerrando todo control de constitucionalidad. El Jefe de Estado se sitúa en posición de privilegio que hace de él el garante de la Constitución frente a las leyes.

Es lo que García de Enterría describe cuando afirma que con el apoyo de la monarquía se le impide cumplir su rol a la Constitución, pues ese sector lo utiliza para enunciar los derechos que no les era dañino reconocer. Así los jueces continúan relegados, antes por los revolucionarios, ahora por la monarquía, manteniéndose por mucho tiempo el dogma de la omnipotencia de la Asamblea Parlamentaria y de la ley, por considerarse el gobierno de los jueces una de las peores aberraciones constitucionales¹⁹.

En Francia, por tanto, más que una prohibición expresa, es una actitud determinada y autoexcluyente que el propio Poder Judicial adopta, la cual se traduce en no controlar la constitucionalidad. Aun cuando algunos autores se pronunciaban por ello, como Maurice Hauriou y León Duguit, la Corte de Casación y el Consejo de Estado tradicionalmente se negaron, y siguen haciéndolo, a controlar las leyes, aunque a veces invocarán la Constitución

¹⁹ Vid, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. Cit., Pág. 43 y sigs.

para su interpretación. Es decir que en un momento de cambio se les negó un rol de actuación por su actitud en el régimen anterior, y los jueces lo aceptaron y asimilaron.²⁰

1.2.2.2 MODELO DE CONTROL DIFUSO

Bajo las anteriores circunstancias se 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 detentar ese poder de vigilar el apego del resto del ordenamiento, cómo garantizar su efectividad, cómo hacer real su contenido jurídico.

Así, uno de los modelos de control de constitucionalidad es el norteamericano, el cual se 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 *stare decisis*.²¹

El origen de este sistema se remonta al período constituyente norteamericano en el que se sentaron sus bases tal como hoy lo conocemos. Cabe destacar que a diferencia de la concepción revolucionaria francesa y de

²⁰ Vid, LÓPEZ FUNES, Ingrid Elizabeth: *Los Mecanismos de control de la constitucionalidad de la jurisdicción ordinaria*; Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág. 7-8.

²¹ Se entiende por regla del *stare decisis*, 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 *obiter dictum*. 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.

toda la tradición del derecho público europeo, la *Declaration of Rights* de Virginia de 1776 habla explícitamente de los derechos como *basis and foundation of Government*.

Subyace aquí, 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.

Se trataba de una concepción individualista de los derechos como patrimonio natural, que entendía a la ley como un mal potencial que había que neutralizar, por medio de una *Balanced Constitution* que instituyera un sistema de Gobierno Republicano (no democrático) y que favoreciera el mantenimiento de los derechos por un mecanismo de *checks and balances*²²

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.²³

Consecuentemente con el debate que al respecto se generó en el seno de la Convención Constituyente de Filadelfia, surgieron varias iniciativas para implantar expresamente algún mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes que dictase el futuro Congreso. Inclusive se sugirió algún apartado preventivo, ya que Wilson y Madison propusieron una suerte de

²² Vid, 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.

²³ *Ibíd*em, Pág. 47.

Consejo de Revisión integrado por el Presidente y un número de Magistrados, con poder de veto sobre el Parlamento. Fracasada esa moción, se insistió en otra modalidad operativa, que consistía en remitir las iniciativas de leyes al Presidente (por un lado) y a la Corte Suprema (por el otro), con facultad, para cualquiera de ellos, de vetarlas (esta propuesta se parecía mucho a los tribunales constitucionales europeos nacidos en este siglo). Tampoco prosperó esa idea y, en definitiva, la Constitución Federal aprobada guardó silencio acerca de cómo debía instrumentarse, en concreto, el mecanismo de salvaguarda del principio de la supremacía constitucional establecido en el art. VI.²⁴

Este sistema de control de constitucionalidad de tipo judicial fue anticipado a finales del siglo XVIII, en un trabajo aparecido en lo que hoy conocemos como el libro “El Federalista”, y que lleva el número 78.

En él, Hamilton se refirió a la Constitución como el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente el poder en los gobernantes. Por lo tanto el poder de estos últimos al basarse en esa delegación debía mantenerse dentro de los límites marcados por ella, de lo contrario se produciría la absoluta nulidad jurídica de sus actos.

En el mismo texto, Hamilton se anticipó a las eventuales críticas que podía llegar a recibir el control judicial. Su razonamiento fue el siguiente: el hecho de que el Poder Judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa, no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco importa poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo”; por el contrario, la decisión de anular una ley venía a reafirmar justamente el peso de la voluntad popular. Por lo tanto, ante la posible impugnación de la capacidad judicial para anular las normas legislativas, contestaba afirmando que ella constituía una práctica

²⁴ *Ibíd.*, Pág. 48.

defendible y valiosa, justamente, como un medio para asegurar la protección de la voluntad de las mayorías. El verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgiría si se les negaba a los jueces su capacidad revisora o si se autorizaba, implícitamente, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución.

El sistema de defensa de la Constitución por parte de los jueces es, sin lugar a dudas, el paradigma fundamental de los modelos de garantía constitucional. La decisión del juez Marshall, que retoma las ideas de Hamilton, en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) 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.

Edward S. Corwin explica que las primeras constituciones estatales no contemplaron la *Judicial Review*, estas fueron promulgadas bajo la influencia de la doctrina Blackstoniana de la legislatura soberana. Blackstone, señaló que por la relativa superioridad de la legislatura y por considerar al derecho positivo expresión del legislativo, como único verdadero derecho, no se puede considerar la idea que una corte ordinaria vete un acto legislativo. Además intentó señalar dentro de la Constitución la última palabra del derecho.²⁵

Pero luego se impone la soberanía del pueblo sobre la soberanía legislativa y a ese cambio de concepción política se vincula la *Judicial Review*.

El constitucionalismo estadounidense parte de la base de considerar la norma fundamental como superior al resto del ordenamiento Art. VI, y el Art.

²⁵ CORWIN, Edward S., Voz Judicial Review, en *Encyclopedia of the Social Sciences*, Volume Eight, The Macmillan Company, New York, 1959, pág. 457-464.

III Sección II impone al poder judicial la obligación de resolver “todas las controversias... que surjan de esa Constitución”, lo que según Pérez Tremps²⁶, se encomienda la defensa constitucional al Poder Judicial. Se discute si esa función estaba para garantizar la Constitución frente a la normativa estatal que a ella se opusiera. En todo caso, la decisión de Marshall, la amplía, pues la hace valer frente a normas del Congreso. Según el referido autor español la decisión de ese caso se basa en: a) la propia tradición jurídica estadounidense, pues 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) 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.

El Poder Judicial y especialmente el Tribunal Supremo, se convirtieron así en garantes de la Constitución no sólo por lo que respecta a la distribución del poder entre Federación y Estados sino, incluso, frente a la actuación de los poderes Federales, en concreto del Poder Legislativo.

Corwin²⁷ señala como antecedentes de la idea de la *Judicial Review*, además del *Bonham's case*, del Juez Coke, el caso *Holmes vrs. Walton* de 1780, de *New Jersey*. Aquí la Corte Suprema de New Jersey rechazó la imposición de un acto de la legislatura del Estado por el cual procesos criminales podían ser conocidos por un jurado de seis, fundando su decisión

²⁶ Vid, PÉREZ TREMPs, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 33 y sigs.

²⁷ Vid, CORWIN, Edward S., op. cit., pág. 457-464.

en que la decisión de la legislatura transgredía la Constitución. Es decir, el gobierno de New Jersey quería sacar del juicio de jurado un delito, sin embargo en la Constitución Federal se señala que este tipo de delito será conocido por el jurado, entonces hubo una gran protesta popular y la asamblea modificó el acto y requirió no sólo que se cambiara la forma de resolver sino que se demandara un mayor número de personas para el resto de casos conocidos por jurados. Cuatro años después, Hamilton, en la sentencia de otro caso *Rutgers vrs. Waddington*, sugirió a los congresos que, puesto que muchas de las legislaturas estatales estaban repeliendo actos contrarios a los tratados de paz, se debía dejar a las judicaturas locales la decisión de todos los casos que iban en contra de los tratados.

Pero en referencia a los jueces que hicieron uso de esa idea se consideró que ponían en peligro el sistema nacional sobre la base de lo que dijo Coke. Por ello en la convención general se consideró que la *Judicial Review* no podía ser una institución de carácter estatal sino que tenía que ser nacional, sin embargo, ésta fue una sugerencia y no quedó esbozada dentro de los pactos de la convención general.²⁸

De esa misma idea surge una cláusula abierta definida en el art. III de la Constitución Federal de los Estados Unidos y que se basa en la posibilidad de considerar a la judicatura federal como un mecanismo para la solución de conflictos entre órganos estatales, sobre todo entre las legislaturas federales y legislaturas estatales, y la forma que lo ejerce es a través de la *Judicial Review*; entonces también desde un punto de vista práctico se consideró como algo importante dentro de la estructura organizativa del Gobierno Estadounidense. Hamilton descubrió rápidamente la apreciación de la potencialidad de esta prerrogativa federal otorgada a los jueces y es así como se comienza a diseñar una *Judicial Act* en 1789 en la cual, se

²⁸ Vid, LÓPEZ FUNES, Ingrid Elizabeth: *Los Mecanismos de control de la constitucionalidad de la jurisdicción ordinaria*; Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág.10.

evidencia notablemente en la sección 25 la posición final que obtiene la Corte Suprema en todas las decisiones sobre las cortes estatales, estableciéndose así un mecanismo de solución de controversias entre los estatales y los federales y entre los congresos. En 1795, encontramos finalmente a la Corte Suprema de Justicia considerando los problemas de constitucionalidad de las cortes estatales.

Para Corwin la introducción de la *Judicial Review* en la Constitución Nacional se sostiene por la necesidad práctica de proveer un efectivo chequeo de las ebullentes democracias estatales, las cuales pueden mostrar ellas mismas ser enemigos de la unidad nacional y de los derechos incorporados en la Constitución Federal, olvidando el objetivo principal que perseguían después de la guerra civil y recordando el espíritu localista, que era fuerte antes de dicha guerra y olvidando la idea de lo federal; no obstante, desde 1890 esto ha ido mejorando gradualmente y se ha ido estabilizando debido a que durante un período de tiempo la filosofía económica y social fue “dejar hacer, dejar pasar” y por lo tanto también esta filosofía social fue imbuida dentro del sistema judicial. Después de la guerra civil, muchos actos del Congreso fueron invalidados no por contradecir conflictos entre poderes sino por contradecir el dejar hacer, dejar pasar.²⁹

Los riesgos se han evitado con un constante juego de equilibrio político entre los distintos poderes y con técnicas de auto control por parte de la judicatura estadounidense mediante medios diversos, por ejemplo la exclusión de las cuestiones políticas o *political questions*. El juez estadounidense es el garante de la norma fundamental sin limitación jurídica alguna, y el ejercicio de tal función ha sido aceptado dentro del régimen político y constitucional estadounidense. A ello contribuyó la conciencia constitucional del juez, que en contra de lo que ocurriera en Europa, en

²⁹ *Ibíd.*, Pág. 11.

Estados Unidos es parte homogénea de la sociedad naciente, no está vinculado a pasados despotismos y participa de los principios democráticos que fundamentan el sistema jurídico y político, y que le sustentan a él mismo.

1.2.2.3 MODELO DE CONTROL CONCENTRADO

Un aspecto que contribuyó al desarrollo del constitucionalismo en algunos sistemas, como el estadounidense, fue la necesidad de los Estados Federales de organizarse, pues la constitución se utiliza como instrumento para ordenar a estos diferentes poderes. Surgen así en la segunda mitad del siglo XIX instituciones que controlan la constitucionalidad. La posición del juez ante el derecho se ha modificado, ya no se le concibe como un ejecutor de leyes, sino que se le reconoce un margen más amplio de discrecionalidad y de “facultades creativas”. El juez no aplica la constitución sino lo que hace es crear un nuevo derecho, distinto, cuando no opuesto a la misma, y que proviene de la voluntad del juez. Lo que desemboca en la Constitución de Weimar de 1919.

Contrario a ésta surge el modelo de Kelsen. En ambos se deposita la función de garantizar la norma fundamental en los tribunales. En el segundo en un tribunal especial y en el primero de manera compartida entre un tribunal especial y un ordinario.

Después de la Primera Guerra Mundial el enfoque continental Europeo fue cambiando con el establecimiento de tribunales ad hoc (los Consejos o Tribunales Constitucionales), especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes.³⁰

Sin embargo, fue a partir del cambio de estructura del sistema político, resultado de su evolución bajo las formas del Estado Constitucional de

³⁰ Las constituciones de Austria y de Checoslovaquia, dictadas ambas en 1920, fueron las primeras en establecerlos (es por ello que muchos autores al referirse a este sistema lo denominan “austriaco”), seguidas por la española de 1931.

Derecho, que se produjo la expansión del papel del derecho y de la jurisdicción. Sobre todo con el surgimiento de las constituciones rígidas de la segunda posguerra³¹, producto de la derrota del nazifacismo y del descubrimiento de que el consenso popular, sobre el que se basaron los sistemas totalitarios, no garantizaba la calidad de la democracia frente a las degeneraciones del poder político.

El aporte teórico fundamental para constituir este sistema de control de constitucionalidad lo realizó Hans Kelsen, creador y miembro del Tribunal Constitucional Austríaco, quien sostuvo que éste era esencial para mantener la supremacía de la constitución, no solamente como regla procedimental sino también como norma sustantiva.

La noción de constitución que postuló se halla vinculada a su conocida concepción escalonada del sistema jurídico, propuesta en su teoría pura del derecho. Para él, la constitución en sentido estricto o dicho en otras palabras, el contenido mínimo e ineludible de toda constitución era la determinación del órgano titular del Poder Legislativo y del procedimiento para dictar leyes. El reconocimiento constitucional de un derecho fundamental supuso, para él, el establecimiento de un límite al contenido que el legislador puede dar a las leyes.

La seguridad de la constitución reposaba, según este autor, sobre dos mecanismos: un procedimiento de reforma agravada y la posibilidad de nulificar los actos que le son contrarios por parte de un órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes. Agregó, sin embargo, que tal poder de nulificación no podía ser atribuido al mismo órgano creador de la ley, ya que en tal caso el legislador se consideraría a si mismo como un

³¹ Finalizada la Segunda Guerra Mundial y restablecida la vigencia de la Constitución austriaca en 1945, las ideas del control judicial de constitucionalidad retornaron al continente, con características diversas, y consecuentemente se crearon nuevas Cortes constitucionales tales como la italiana de 1948, la alemana de 1949 y el Consejo Constitucional francés de 1958. Más recientemente se crearon el Tribunal Constitucional portugués de 1976, el español de 1978, el de Polonia en 1982 y el de Hungría de 1984.

órgano de creación libre de derecho y no como un órgano de aplicación del derecho. Por ello, planteó la necesidad de un órgano independiente de aquel que ha dictado la ley, para que haga ese control. Su propuesta consistió en atribuir esta competencia a un órgano específico de nuevo cuño denominado “Tribunal Constitucional”.³²

En pocas palabras, Kelsen sustentó una concepción positivista de la constitución mediante la cual atribuyó la función de configurar el marco del juego político de los regimenes parlamentarios, considerando al control de la constitucionalidad de las leyes como una actividad de carácter eminentemente jurisdiccional. Este control consistía en la comprobación de que las leyes fueron aprobadas efectivamente de acuerdo con los procedimientos previstos y que el contenido de ellas se ajusta a las normas constitucionales materiales.

Además, Kelsen señaló que el valor del Tribunal Constitucional no se reducía a su utilidad como técnica de política del derecho, sino que estaba estrechamente vinculado con su concepción de la democracia. Ya que, por un lado, constituye un medio idóneo para proteger a las minorías frente a las decisiones de la mayoría parlamentaria y, por otro, representa una garantía para la voluntad del propio Parlamento expresada en las leyes, dado que el control también se ejerce sobre los decretos reglamentarios del Ejecutivo que en numerosas ocasiones desvirtúan lo establecido en las leyes parlamentarias.

Caracterizó a las decisiones del Tribunal Constitucional por las que se declara inconstitucional una ley, como “legislación negativa”, ya que dicha declaración constituye una anulación de la ley en cuestión y, si el acto de dictar una ley es un acto legislativo, el acto de anularla también lo es.

³² Vid, 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. 35.

Ahora bien, aunque las decisiones del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucionales las leyes tienen valor de actos legislativos, la actividad del Tribunal, conducente a examinar la constitucionalidad de las leyes se asemejaría mas, según Kelsen, a lo que hace un juez que a lo que hace un legislador. Por lo tanto, para él, el tribunal debería limitarse a examinar la congruencia entre lo que establece la ley –o el modo en que ha elaborado y dictado- y lo que señala la Constitución.

En síntesis, el modelo de Kelsen 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 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”.³³

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.

El razonamiento jurídico en el que se basa la idea de control de constitucionalidad de las leyes resulta, pues, claro: hacer la prevalecer la Constitución, norma suprema del ordenamiento. Lo que se basa en dos circunstancias históricas: La necesidad del Estado Austriaco de asegurar su

³³ PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 49.

organización y buen funcionamiento, y la crisis del régimen democrático y de la Constitución.

El modelo austriaco se diferencia del estadounidense en la naturaleza del órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, el tipo de proceso y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. La base es la misma, la supremacía de la Constitución, pero es diferente por la existencia de obstáculos históricos de muy diversa naturaleza.

Pérez Tremps³⁴ señala que el Modelo de Kelsen tiene una valoración política que marca su obra: la desconfianza hacia el juez ordinario, pero tuvo problemas en delimitar la competencia entre la justicia ordinaria y la especial, a esta última le corresponderá el control de las leyes respecto de la Constitución, y a la ordinaria el resto de grados de su pirámide.

Kelsen entendía a la Constitución de una forma limitada y quería trasladar todos los problemas de la misma a la Jurisdicción especial, a la cual concebía como garantía de regularidad de leyes, lo que es insuficiente. La constitución se ve ahora como fundamento del ordenamiento, tanto en su visión formal como material, y en consecuencia, no puede prescindirse de ella en la aplicación e interpretación de todo el ordenamiento, por lo que todos los jueces y tribunales, y no sólo la jurisdicción constitucional, deben acudir a la norma fundamental a la hora de cumplir la función de aplicar el Derecho.

En el modelo estadounidense la diversidad de órganos de control genera inseguridad jurídica y conflictos orgánicos que ahí se resuelven con el principio *stare decisis*. La imposición de la decisión del Tribunal Supremo sobre el resto de órganos jurisdiccionales produce un efecto unificador y clarificador de la jurisprudencia.

³⁴Ibídem, pág. 111 y sigs.

Pero la existencia de un tribunal especial responde sólo y exclusivamente a la voluntad del constituyente, ya que nada impide que el conocimiento de determinadas controversias lo confiera éste a los tribunales ordinarios ampliando su ámbito de competencia.

Otro criterio de la existencia de tribunales especiales *ad hoc* gira fundamentalmente en torno al carácter político de sus competencias. Pero la trascendencia política de la actuación de la justicia constitucional no priva a ésta ni a su función del carácter de jurisdiccional, lo cierto es que dicha especificidad sí puede ayudar a comprender la exclusión del juez ordinario del juicio de constitucionalidad. La naturaleza del tribunal especializado *ad hoc*, situado fuera de la organización judicial ordinaria, sólo puede explicarse plenamente por esa desconfianza política hacia el juez de la época en que fue concebido por Kelsen, y a las tendencias jurídicas del momento: la Escuela Libre del Derecho, que confería gran discrecionalidad a los jueces para que éstos usaran discrecionalmente y les relevaba del sometimiento a las leyes. Las circunstancias políticas e históricas marcan al constitucionalismo, como se ha venido demostrando en las descripciones que se han hecho de los sistemas.

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 juez³⁵. Los modelos Alemán y Español son modelos de este sistema.

³⁵ 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.

1.2.2.4 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.

El fundamento de la Supremacía Constitucional y por ende de los mecanismos de control, se encuentra regulado 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.

La parte del Sistema que corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria (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 -facultad que puede ser ejercida de oficio o a petición de parte- según el artículo 185 de nuestra Constitución.

Según Bertrand Galindo³⁶ 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.³⁷

No existió, hasta el año 2006, 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.

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

³⁶ *Ibíd.*, pág. 524 y sigs.

³⁷ TINETTI, José Albino: *La Justicia constitucional en El Salvador*, Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano, Centro de Estudios Constitucionales, San Salvador, 1997, pág. 179.

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 (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, (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 ley³⁸. 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 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 de sancionarlo y publicarlo como ley. Si declara que alguna disposición es contraria a la Constitución, ésta debe ser desechada.

Podría compartirse la conclusión a la que llega Bertrand Galindo³⁹, cuando expresa que el peculiar sistema tiene una aparente gran potencialidad de tutela y que parecería ser que se ha tenido una dosis enorme de confianza en los jueces. Fijando que la función de control que toda jurisdicción debe realizar se verá revalorizada en la medida en que se profundice el proceso democrático en el país. Puesto que, a medida que el proceso avance, se podrá constar si el sistema con el que contamos es adecuado para nuestra realidad. Actualmente, si bien es cierto aun nos falta mucho, se ha iniciado el proceso de revalorización y conciencia por parte de nuestros jueces para darle eficacia práctica a ese sistema.

³⁸ Vid, BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, op. Cit., pág. 471 y sigs.

³⁹ *Ibidem*, pág. 533 y 534.

1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1.3.1 ANTECEDENTES GENERALES

1.3.1.1 Contexto Mundial

Al hacer referencia a la acción de inconstitucionalidad, no es posible concebir su origen sin tomar en cuenta las ideas de Hans Kelsen; ya que es considerado el responsable intelectual de la creación a partir de una cierta “racionalización”, del Sistema Austriaco o Concentrado de control de la constitucionalidad y de los Tribunales Constitucionales; como jurisdicción especializada, cuya característica principal es su competencia de conocer de los procesos incoados mediante las acciones de inconstitucionalidad.

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”.

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”⁴⁰

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.

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.

En América Latina, 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.

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

⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Formación del sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, Pág. 249-250.

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.

Debe señalarse, en contra argumento a la teoría de Kelsen, que los Tribunales Constitucionales desarrollan cada vez una labor de garantía activa de los valores y principios constitucionales, a través del control de omisiones inconstitucionales y a través de las sentencias denominadas manipuladoras, en las que ocasionalmente desempeñan el carácter de legislador sustituto.

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)

Por otra parte, algunos Tribunales Constitucionales aplican el principio de la nulidad de pleno derecho, que implica la nulidad de la norma legal declarada inconstitucional con efectos declarativos o *ex tunc*, vale decir, se determina que el precepto legal inconstitucional nunca ha producido efectos en el ordenamiento jurídico.

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.

En la actualidad, 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 (vague)* 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).⁴¹.

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

⁴¹ Dr. RODRÍGUEZ, Juan José, Boletín Mexicano de Derecho, México, 2000, Pág. 25.

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).

1.3.1.2 Contexto Latinoamericano.

En el contexto latinoamericano 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 en algunos países Latinoamericanos entre los cuales se encuentran:

1.3.1.2.1 Guatemala.

El control de constitucionalidad se inició en Guatemala durante la vigencia de la Constitución de 1879. En 1921, a consecuencia de reformas hechas a la Constitución se introdujo este sistema con carácter difuso o descentralizado, facultando al Poder Judicial para su ejercicio; existiendo dentro de dicha norma restricciones en cuanto al uso, facultades del juez y resolución, ya que sólo podía declararse la inaplicación de una ley mediante sentencia; además, de no contemplarse la potestad de los gobernados de solicitarla.

En 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”⁴² 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.

En el año de 1956, se promulgó una nueva Constitución; ésta mantuvo el control difuso de la constitucionalidad, pero se introdujeron a través de la misma dos variantes: la primera, consistía en la facultad que se confiere a las partes de pedir, en casos concretos, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, y la segunda, es la inexistencia del límite de los tribunales a declarar la inconstitucionalidad únicamente en sentencia.

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, pero con facultades diferentes a las actuales y con carácter de Tribunal no permanente llamado a integrarse cuando un caso fuera sometido a su conocimiento”⁴³ es mediante esta constitución que se adoptó un sistema de control constitucional mixto. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes se mantenía.

Con la promulgación de una nueva Constitución en 1985, se estableció la regulación del actual sistema de Control Concentrado de Constitucionalidad. Dicha Constitución Política, como norma suprema del

⁴² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Boletín Informativo, 2006, puede consultarse en Internet <http://www.cc.gob.gt>, Pág. 243.

⁴³ *Ibidem.* pág. 244

ordenamiento jurídico, se halla revestida de una serie de mecanismos que garantizan dicha supremacía y su vigencia. Crea la Corte Constitucional, como tribunal colegiado autónomo y con jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, atribuyéndole la facultad de declarar la inconstitucionalidad general de cualquier norma. “Así, dentro de su normativa se prevé expresamente que cualquier otra disposición ordinaria o legal que la contradiga será nula *ipso jure*. Sin embargo, es imprescindible la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma para que se logre la nulidad del precepto lesivo a la Constitución”⁴⁴

Es de esta manera que en Guatemala existe el control constitucional de las leyes mediante un sistema mixto, en el que coexisten el concentrado y el difuso. El primero de estos; es ejercido por un órgano especializado para declarar a través de una sentencia con carácter general, obligatorio y efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de las leyes por ser lesivas a la ley suprema, actuando de esta manera como legislador negativo expulsando del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional. Y el segundo, ejercido por los tribunales ordinarios en el transcurso de un proceso.

1.3.1.2.2 Argentina.

Actualmente en la República de Argentina, para el planteamiento de la "cuestión constitucional", denominada sinónimamente como "cuestión federal" o "caso constitucional" o "caso federal", el sistema acepta la llamada; vía incidental, indirecta o como excepción. Esta aceptación ha sido así desde los orígenes de la Jurisdicción Federal Argentina y del funcionamiento de los tribunales del Poder Judicial de la Nación con la Corte Suprema, como "cabeza de poder".

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 245

Un caso de sumo interés y representativo para el desarrollo histórico del proceso de inconstitucionalidad en la República Federal de Argentina es el denominado "*Fiscal de Estado de la Prov. de Río Negro s/ plantea inconstitucionalidad del Decreto-Ley 260 del Poder Ejecutivo Nacional*", presentado en el año de 1963. La CS con base en la doctrina emanada de sentencias anteriores, reafirmó que "el acogimiento de una petición como la planteada por el fiscal importaría una alteración profunda del régimen institucional vigente a partir de la Ley 27 art. 2, con arreglo al cual no existe, en el orden nacional Argentino, acción declarativa de inconstitucionalidad". La Corte Suprema; consideró que la aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación no pueden impedirse por medio de la promoción de un juicio declarativo de inconstitucionalidad. Argumentando, además, que La posibilidad de una acción declarativa de inconstitucionalidad con base en una ley provincial, no puede exceder el ámbito local, dentro del cual rigen las leyes de ese carácter".

De esta manera, 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.

Entre los antecedentes más destacados que influyeron doctrinariamente en la evolución hacia un concepto menos riguroso del concepto de "caso contencioso" sostenido por la Corte Suprema y por ende, a la viabilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, es preciso recordar el, enjundioso y extenso dictamen del Procurador General de la Nación, en el año de 1971 referido al caso "*Hidronor c/ Pcia. De Neuquén*", en el que, no existió

sentencia de la Corte Suprema por circunstancias procesales posteriores que no la requirieron. Pero el citado dictamen quedó como un precedente insoslayable de atender al momento de abordar la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Los hechos que originaron este dictamen se resumen de la siguiente manera: La provincia de Neuquén intimó a la Sociedad Anónima Hidronor, Hidroeléctrica Norpatagónica, al pago de una suma de dinero en concepto de impuesto a los sellos por el contrato celebrado entre dicha sociedad y la empresa constructora, suma que la intimada se negó a pagar por considerar que con arreglo a las leyes nacionales 15.336 y 17.574 y al contrato de concesión, la provincia carecía de facultades para imponer el gravamen exigido. Dada la situación de incertidumbre, la actora dedujo contra la provincia de Neuquén, la acción declarativa a fin de obtener la declaratoria de invalidez constitucional de los impuestos mencionados en cuanto se aplicaban a Hidronor S.A.

El Procurador General realizó un profundo y amplio examen de la "acción meramente declarativa" en la doctrina procesal comparada, para continuar luego, con la "acción declarativa de inconstitucionalidad" en la legislación, jurisprudencia y doctrina norteamericana, atendiendo a la adopción que la Ley fundamental Argentina formuló del sistema de control de constitucionalidad establecido en la de EE.UU. Al respecto señaló que las acciones declarativas habían sido consideradas por la Corte Suprema como ajenas al concepto de "causa", con respaldo en decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., posición que ésta abandonó por la evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia norteamericana y que llevó al legislador argentino a su adopción, llegando a la conclusión que el sistema de control de constitucionalidad norteamericano, es de carácter concreto, pero se ejerce no sólo por la vía reparatoria o retributiva, sino también por la preventiva de la acción declarativa, concluyendo que:

- El sistema de control de constitucionalidad vigente en el orden nacional Argentino impide que se dicten sentencias que priven de valor "*erga omnes*" a las normas impugnadas, asimismo, obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturables e hipotéticos.
- La acción de mera certeza, iniciada sobre la base de un interés substancial, concreto y definido, con arreglo a las pautas señaladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y con efecto limitado a una declaración válida únicamente "*inter partes*", constituye "causa" en los términos de la Ley Fundamental.
- La acción declarativa, se refiere tanto a las relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público.
- La presunción de constitucionalidad de las leyes no se opone al empleo de aquella acción en orden a impugnaciones de este género. pues por su naturaleza sólo declarativa, durante el desarrollo de la causa la ley podrá ser igualmente ejecutada, no así después de resuelta su inconstitucionalidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual hace desaparecer la presunción.

Por otra parte en Argentina, existieron con anterioridad acciones de inconstitucionalidad; las cuales fueron denominadas de tres formas: la primera como, La acción de amparo; Mediante la cual la Corte Suprema basándose en el principio de supremacía constitucional se pronunció sobre la declaratoria de inconstitucionalidad en el caso "Outnon" estableciendo la posibilidad de que en sede de amparo, se declare la inconstitucionalidad de la norma en que se fundamenta el acto u omisión violatorios, cuando aquélla fuese manifiesta. La segunda, como la acción de habeas corpus; cuya reglamentación mediante la Ley N° 23.098, dispone, la posibilidad que los

jueces declaren en caso concreto, *aún de oficio*, la inconstitucionalidad de la orden escrita cuando emanase de una autoridad que obrase en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional. Y la Tercera como la acción declarativa de certeza; esta se ha admitido como vía idónea para lograr la inconstitucionalidad de una norma general.

Es 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*", en el cual la Provincia en el ejercicio de las que entendía como facultades propias en materia tributaria, 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, y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan leyes nacionales, fijándose como retribución de esos servicios, una tasa del 5% sobre el precio de las naftas "súper" y "común" y del 2,5% sobre el gasoil.

Ante tales circunstancias, surgió la oposición de la Divisional Salta de Yacimiento Petrolíferos Fiscales, comunicando telegráficamente a los expendedores de combustibles que debían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de sanciones previstas. 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 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.

1.3.1.2.3 Ecuador

En 1887, el caso de Irigoyen por sedición, es uno de los antecedentes del control de constitucionalidad. El Consejo de Guerra verbal encontró culpable a Federico Irigoyen y otros de la infracción prevista en el Art. 117 de la Ley Reformatoria del Código Militar, el que prevé la pena de muerte. Siendo que la Constitución prohíbe la pena de muerte por delitos políticos y el Código Militar establece la pena de muerte para los casos de sedición, surge una contradicción entre ambos cuerpos normativos. En primera instancia se señala lo dispuesto en el Código Militar y se condena a Irigoyen a la pena de reclusión mayor extraordinaria. El Auditor de Guerra consideró justa la sentencia al encontrar culpable a Irigoyen del delito de sedición, pero injusta al no aplicar la pena de muerte, prevista en dicho precepto.

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”⁴⁵.

Algunos autores han tratado de encontrar el origen de la acción de inconstitucionalidad, no en la constitución austriaca de 1920, sino en otros textos constitucionales anteriores, que tienen un valor como antecedentes o experiencias reveladoras, pero no como parte del origen de la acción o proceso de inconstitucionalidad tal y como es conocida actualmente. Estos precedentes son: La Constitución venezolana de 1858, en ella se contemplaba una acción “popular” de inconstitucionalidad, y La Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal Colombiana, de 1850, en la que se instauró la “acción Ciudadana” de inconstitucionalidad, la cual podía dirigirse contra ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales.

En estos antecedentes “no hay obviamente un órgano ad hoc de control de la constitucionalidad”⁴⁶, además, por una parte, la legitimación se otorga a “cualquier ciudadano”, a diferencia de la Organklage, que caracteriza al instrumento procesal Kelsiano de control de la constitucionalidad y, por otra parte, se trata de una acción ejercitable únicamente frente a actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales o locales, no frente a leyes estatales o provinciales. Se valoran como precedentes de la acción de inconstitucionalidad, pero “no es ése el origen de la misma tal y como es conocida hoy en los modernos sistemas de justicia constitucional, sino que, su origen, en sentido propio se encuentra en el tribunal Constitucional austriaco instaurado por la Constitución de 1920, sin que haya existido

⁴⁵ MORALES TOBAR, Marco A., “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, puede consultarse en Internet en <http://www.csj.com.ec>.

⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, P., op. Cit., pág. 116.

ninguna influencia probada de los precedentes mencionados ni en Kelsen, ni en el proceso de elaboración de la referida Constitución”⁴⁷.

1.3.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR.

En 1939 se promulga la primera constitución de El Salvador como Estado independiente, en esta constitución, se regulaba por primera vez en el Art. 82 el control previo de Inconstitucionalidad y en el Art. 129 el control constitucional pero concebido como Amparo Contra leyes. Posteriormente, en el año de 1945, se promulga una nueva constitución, que como innovación regulaba lo referente a la inaplicabilidad de las leyes y al igual que la de 1939, la inconstitucionalidad 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”⁴⁸. 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 al establecer 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

⁴⁷ Puede consultarse en Internet en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/128/9pdf>. Pág. 61

⁴⁸ TENORIO, Jorge Eduardo, *Justicia y Constitución en El Salvador*, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004, Pág. 66-67.

preferencia a la constitución, en los casos que se tenga que pronunciar sentencia”.⁴⁹

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”.⁵⁰

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”⁵¹. 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 inconstitucional una ley que haya sido promulgada contrariando los trámites establecidos por la constitución misma para su creación.

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 incardinado en el Órgano Judicial,

⁴⁹ AGUILAR POCASANGRE, Margarita y otros, *El Proceso de inconstitucionalidad en la legislación salvadoreña*, tesis Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 1990, Pág. 26.

⁵⁰ 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.

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 29

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 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”⁵²

Puede concluirse que el proceso de Inconstitucionalidad, es el último en aparecer en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa en el año de 1950. Se considera como el más importante de todos los procesos constitucionales, ya que busca en mayor medida sentar las bases de un Estado de Derecho, democrático y constitucional, y es, si se le aplica bien, el más eficaz instrumento de protección contra los excesos que puedan cometer los legisladores. Este proceso es muy amplio inclusive más amplio que el de países Europeos, en razón que el constituyente de 1950 fue capaz de entender que un ciudadano responsable tiene la aptitud para advertir sobre la inconstitucionalidad de una ley, y de esta manera, lograr que el máximo tribunal se pronuncie para proteger el Orden Constitucional Establecido.

En cuanto a la evolución histórica del proceso de inconstitucionalidad en El Salvador, Pueden mencionarse además otras leyes secundarias que desarrollaron o pretendieron desarrollar en su momento el proceso de inconstitucionalidad, dentro de estas pueden mencionarse:

a) Ley de Amparo de 1950: En esta ley no se contemplan las cuestiones relativas a la demanda de inconstitucionalidad como: requisitos, trámite,

⁵² SOLANO RAMÍREZ, Mario Antonio: *Estado y Constitución*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000, Pág. 128.

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.

b) 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 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”⁵³.

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”⁵⁴. 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 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.

d) Anteproyecto de Ley De Justicia Constitucional de 1989.

⁵³ Vid, AGUILAR POCASANGRE, Margarita y otros, op. cit. Pág. 32.

⁵⁴ *Ibíd*em, Pág. 32

En 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 inadmisibles 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.

e) 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.

f) Modificaciones al Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional de 1995 (2001).

Entre las novedades y modificaciones que contiene este anteproyecto, presentadas en el año 2001, 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.

1.4 SALA DE LO CONSTITUCIONAL

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 sustanciación 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 procedimientos⁵⁵.

“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, por que 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.”⁵⁶

1.4.1 Estructura Orgánica

La estructura orgánica de la Sala de lo Constitucional está conformada, según se encuentra regulado en el artículo 174 inciso 2º de la Constitución por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa, uno de ellos es el presidente tanto de la Sala como de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial.

Nuestra Constitución no contiene regulación específica en lo relativo a los requisitos para optar al cargo de Magistrado de la Sala de lo Constitucional, en virtud de ello y debido a que la Sala de lo Constitucional forma parte de la Corte Suprema de Justicia, los requisitos subjetivos que se les exigen a sus miembros para ocupar el cargo, también les son exigibles los mismos a los magistrados de la Sala, los cuales son: 1) ser salvadoreño por nacimiento, única situación dentro del personal, en el que se exige la nacionalidad por nacimiento; 2) ser perteneciente al estado seglar, este requisito fue impuesto por las constituciones liberales en las cuales se procuraba la separación de los intereses del Estado de los de la Iglesia; 3)

⁵⁵ 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

⁵⁶ *Ibidem*, Pág. 315.

ser mayor de cuarenta años, no existe límite máximo de edad para desempeñarse en el cargo, o continuar en el mismo; 4) moralidad y competencia deben ser notorias; 5) poseer experiencia judicial o como profesional del Derecho; y, 6) debe estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo. Los cónyuges, o los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de otros magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no pueden ser elegidos como Magistrados de esa Sala, criterio comprendido en el artículo 178 Cn. como inhabilidad para ejercer el cargo.

La forma de elección y remoción de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, es la misma que la del resto de los Magistrados que integran las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia, es decir que, la realiza la Asamblea Legislativa por votación nominal y pública; con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos.⁵⁷ Es necesario advertir que los Magistrados Propietarios y los Suplentes de la Sala de lo Constitucional son los únicos que son designados para una Sala en concreto, es decir como Magistrado Propietario y Suplentes de la Sala de lo Constitucional.

En cuanto al período de elección, son electos por nueve años, con la posibilidad de ser reelegidos. Por otra parte, existe un sistema de renovación progresiva de la Corte Suprema de Justicia por terceras partes cada tres años, período en el que en todo caso, se nombra Presidente de la Sala de lo Constitucional. Este sistema permite que en todo momento se cuente con Magistrados experimentados que compensarán la inexperiencia de los recién llegados.

⁵⁷ Artículo 131 de la Constitución: "...corresponde a la Asamblea Legislativa: 19º) elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios: Presidentes y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente..."

Con respecto al procedimiento para la designación, la elección de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, se hace de una lista de candidatos que realiza el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determina la ley que lo rige, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los Abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las mas relevantes corrientes del pensamiento jurídico.⁵⁸

1.4.2 COMPETENCIA

En nuestro país, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia posee el carácter de un verdadero Tribunal Constitucional, por cuanto es competente en materia constitucional para conocer sobre infracciones a la Constitución en que puedan incurrir incluso las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia, o la Corte Plena. De ahí que, la finalidad de la creación de la Sala de lo Constitucional obedece a la defensa del orden constitucional, no al favorecimiento de otro órgano; además, procesalmente, ni la Corte Suprema de Justicia ni la Sala; son partes en los procesos que se ventilan en su sede, por lo que no se encuentran en una situación ventajosa debido a la imparcialidad.

1.4.2.1 Competencia según la Constitución.

Sobre las competencias de la Sala de lo Constitucional, la Jurisprudencia manifiesta que “para efectos de clarificar las cualidades del control de constitucionalidad efectuado por esta Sala, es de utilidad exponer unas consideraciones previas sobre los siguientes aspectos: a) los diversos medios de control que se comprenden en la competencia de este Tribunal; y,

⁵⁸ Artículo 186 inciso 2º de la Constitución.

b) la clase de pronunciamiento que se realiza en los procesos constitucionales en general, y en el de inconstitucionalidad en particular⁵⁹.

En cuanto al primer aspecto, debe indicarse que en el artículo 174 inc. 1º Cn. se establece que la competencia conferida a la Sala de lo Constitucional, comprende tres áreas:

- a) La primera, “que es la principal competencia de los tribunales constitucionales en el derecho comparado y que justifica en la actualidad su misma existencia, es la que tiene por finalidad realizar un control abstracto de la constitucionalidad de disposiciones infraconstitucionales, mediante un análisis o juicio de contraste sobre la compatibilidad lógico-jurídica entre un proyecto de ley o disposición vigente y la Ley Suprema”⁶⁰; esta área se divide en dos mecanismos: la controversia a que se refiere el artículo 138 Cn., en referencia al control a priori, que es la que se suscita entre los Órganos Ejecutivo y Legislativo con respecto al procedimiento de formación de la ley; y el Procedimiento de Inconstitucionalidad, que es el control a posteriori, el cual se desarrolla dinámicamente en forma de un proceso destinado a decidir sobre la pretensión de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano o por ciertos órganos del Gobierno, para que la Sala emita un pronunciamiento de invalidación, de un modo general y obligatorio, de las disposiciones infraconstitucionales que resulten incompatibles con la Ley Suprema.
- b) La segunda, es la que tiene por finalidad desarrollar un control concreto de la constitucionalidad de actos de autoridad para invalidar los efectos imperativos que sobre la esfera jurídica de un individuo proyectan las disposiciones jurídicas, o los actos de aplicación de cualquier naturaleza que resulten lesivos a dicha esfera jurídica, esto independientemente que

⁵⁹ Resolución de improcedencia de 2-IX-1998, Inc. 12-98, Considerando II.

⁶⁰ GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto; *Constitución y Jurisprudencia Constitucional*, primera edición, San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2003, pág. 262.

sean realizados por órganos o entes pertenecientes a la estructura del Gobierno; o por entidades o individuos particulares posicionados tácticamente en situación de superioridad respecto del perjudicado, siendo estos los actos de autoridad materiales.

- c) Finalmente, la tercera área es la que comprende competencias complementarias, como las causas de suspensión y pérdida de los derechos de ciudadano a que se refiere el artículo 182 ord. 7º Cn., u otras que por ley le pudieran ser conferidas a esta Sala.

De lo anterior, se concluye que el artículo 174 Cn., especifica y determina, que es a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a quien le corresponde, entre otras, ejercer las atribuciones 1ª y 7ª que el artículo 182 Cn. le asigna al Tribunal Supremo de Justicia. De ahí que ambas disposiciones se complementan, con lo que establece el artículo 173 inciso 2º de la misma Ley Fundamental que textualmente dice: “La Ley determinará la organización interna de la Corte Suprema de Justicia, de modo que las atribuciones que le corresponden se distribuyan entre diferentes Salas”.

1.4.2.2 Competencia según Legislación Secundaria.

La Sala de lo Constitucional, es el principal órgano que ejerce la jurisdicción constitucional, su competencia se establece también en la ley secundaria, específicamente por el artículo 53 de la Ley Orgánica Judicial que textualmente dice:

“Art. 53.- Corresponde a la Sala de lo Constitucional:

1º) Conocer y resolver los procesos constitucionales siguientes:

- a) el de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos;
- b) el de amparo;
- c) el de exhibición de la persona;

2º) Resolver las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, a que se refiere el artículo 138 de la Constitución.

3º) Conocer de las causas mencionadas en la atribución 7ª del artículo 182 de la Constitución”.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES TEORICO-DOCTRINARIAS SOBRE EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

“El Proceso de Inconstitucionalidad es el más importante de todos los procesos constitucionales, ya que busca en mayor medida sentar las bases de un Estado de Derecho y, si se le aplica bien, es el más eficaz valladar contra los excesos que puedan cometerse en la noble función de legislar”
Eduardo Tenorio

SUMARIO

2.1 Presentación. 2.2 Proceso de Inconstitucionalidad: 2.2.1 Consideraciones Previas; **2.2.2** Tipos de Inconstitucionalidad: 2.2.2.1 Inconstitucionalidad por el contenido, 2.2.2.2 Inconstitucionalidad por la forma, 2.2.2.3 Inconstitucionalidad por omisión, 2.2.2.4 Inconstitucionalidad por conexión; **2.2.3** Actos sujetos a control constitucional, 2.2.3.1 Leyes, 2.2.3.2 Decretos y Reglamentos, 2.2.3.3 Tratados Internacionales, 2.2.3.4 Decreto de Reforma constitucional, 2.2.3.5 Ordenanzas Municipales, 2.2.3.6 Normas Preconstitucionales, 2.2.3.7 Actos Políticos o de Gobierno. **2.2.4** Partes que intervienen en el proceso de Inconstitucionalidad 2.2.4.1 Legitimación activa: 2.2.4.1.1 Legitimación a cualquier ciudadano, 2.2.4.1.2 Legitimación a personas jurídicas, 2.2.4.1.3 Legitimación al Fiscal General de la República y al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. 2.2.4.2 Legitimación pasiva en el Proceso de Inconstitucionalidad. **2.2.5** Principios Fundamentales que rigen el proceso de Inconstitucionalidad: 2.2.5.1 Principio de Evidencia, 2.2.5.2 Principio de Estricto Derecho, 2.2.5.3 Principio de Pertinencia, 2.2.5.4 Principio de presunción de Constitucionalidad. **2.2.6** Tramitación del Proceso de Inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional: 2.2.6.1 Presentación de la demanda, 2.2.6.2 Informe de la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado, 2.2.6.3 Traslado al Fiscal General de la República, 2.2.6.4 Pronunciamiento de la Sentencia Definitiva. **2.2.7** Efectos Jurídicos de la sentencia definitiva pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad: 2.2.7.1 Efectos de la Sentencia Estimatoria, 2.2.7.2 Efectos de la Sentencia desestimatoria, 2.2.7.3 Efectos del Sobreseimiento. **2.3 Análisis**

Comparativo del Proceso de Inconstitucionalidad en relación con el proceso de Amparo: **2.3.1** Aspectos Generales del Proceso de Amparo. **2.3.2** Sujetos que intervienen en el proceso de Amparo, 2.3.2.1 Legitimación activa, 2.3.2.2 Legitimación pasiva, 2.3.2.3 Otros Intervinientes en el proceso de Amparo. **2.3.3** Actos impugnables por la vía del amparo. **2.3.4** Principios fundamentales aplicados al proceso de amparo. **2.3.5** Procedimiento del recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional: 2.3.5.1 Actos de Iniciación: 2.3.5.1.1 Presentación de la demanda, 2.3.5.1.2 Informes a la autoridad demandada, 2.3.5.2 Actos de desarrollo, 2.3.5.2.1 Traslado al Fiscal de la Corte, 2.3.5.2.2 Plazo Probatorio, 2.3.5.3 Actos de Conclusión. 2.3.5.4 Efectos de la sentencia definitiva pronunciada en el proceso de amparo. **2.3.6** El sobreseimiento como forma anormal de terminación del proceso de amparo. **2.4 La suspensión del acto reclamado como medida cautelar aplicada al proceso de amparo:** **2.4.1** Semejanzas y diferencias del proceso de Inconstitucionalidad en relación con el proceso de amparo: 2.4.1.1 Semejanzas, 2.4.1.2 Diferencias. **2.4.2** Adaptación de la Medida Cautelar de suspensión del acto reclamado al proceso de Inconstitucionalidad.

2.1 PRESENTACIÓN.

En el presente capítulo, se analizarán los aspectos fundamentales del Proceso de Inconstitucionalidad, entre los cuales, se hará referencia a los tipos de inconstitucionalidad de las leyes, por su forma, contenido, innovando la figura de la inconstitucionalidad por conexidad y por omisión, introducidas a nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial.

En cuanto a los actos sujetos a este control, se encuentran las leyes, en su sentido amplio y general, decretos, sea que emanen de los órganos de gobierno u otras instituciones con facultad para legislar, reglamentos, tratados internacionales, actos políticos o de gobierno.

Se analizan, por otra parte, los aspectos generales y específicos del proceso de amparo; con el objetivo de realizar una comparación de semejanzas y diferencias de ambos procesos, con la finalidad de establecer una posible adaptación de la medida cautelar de suspensión del acto reclamado, aplicada en los procesos de amparo, al proceso de Inconstitucionalidad.

2.2 PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

2.2.1 Consideraciones Previas.

El Control abstracto de constitucionalidad, está configurado, dentro del ordenamiento Jurídico Salvadoreño, en el proceso de Inconstitucionalidad. Se considera que este control es un verdadero proceso ya que posee, en su esencia, un contenido que coincide con el de todo proceso jurisdiccional, constituyéndose, de manera específica, como una herramienta que persigue la protección constitucional de los derechos y principios que inspiran un Estado Constitucional. Este control, es ejercido por la Sala de lo Constitucional, cuya función “es como diría Kelsen de legislación negativa constituyéndose no en competidora del legislador sino en su complemento lógico. La Sala no resuelve el conflicto concreto que se encuentra en conocimiento del tribunal de origen, sino la compatibilidad lógica entre la norma cuestionada y la constitución”⁶¹ Este proceso se considera el más importante de todos los procesos constitucionales debido a que, busca sentar las bases de un Estado de Derecho democrático y constitucional,

El proceso de inconstitucional persigue concretamente que un cuerpo legal cuyas disposiciones chocan con las disposiciones del texto constitucional, pueda ser expulsado del ordenamiento jurídico vigente. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de un cuerpo legal, no admite recurso alguno y es de cumplimiento general y obligatorio para los órganos del Estado, funcionarios, autoridades y para toda persona sea esta natural o jurídica (Art.10 inc. 1º L. de Pr. Cn.). Convirtiéndose, en realidad, en “un juicio en contra de norma, ya sea total o parcialmente, contra una normativa

⁶¹ PARADA GÁMEZ, Guillermo Alexander, *La Sala de Lo Constitucional en defensa de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales: tres medios, dos acontecimientos históricos y una reflexión*, ensayo jurídico, puede ser consultado en Internet: <http://www.csj.com.gob.sv>

general”⁶². Este proceso suele ser el más largo y complicado, porque se trata de impugnar normas y reglas de carácter general, y si bien se busca potenciar la supremacía constitucional y el Estado de Derecho a través de una vía jurídica, existen consecuencias de orden político creadas por la sentencia que se dicta.

La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha considerado que: “el proceso de Inconstitucionalidad 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” (Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 13-97 del 06 de Septiembre de 2001)⁶³.

Este tribunal superior, se ha pronunciado, a través de la jurisprudencia, sobre la finalidad del proceso de inconstitucionalidad en el sentido que: “ el proceso de inconstitucionalidad- como, en general, todos los procesos constitucionales- persigue como finalidad un procedimiento eficaz, en el sentido que el mismo se traduzca en una modificación de la realidad material: la invalidación de la disposición que, como consecuencia del examen del contraste, resulte disconforme con la constitución por vicio de forma o de contenido; eficacia que sólo puede ocurrir cuando la disposición impugnada se encuentra vigente, vale decir, mantiene su capacidad de producir los efectos imperativos propios de las disposiciones jurídicas (Sobreseimiento de Inconstitucionalidad, ref.7-96/6-98 del 05 de Marzo de 2002)”⁶⁴

⁶² Ibídem Pág. 2

⁶³ HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de Lo constitucional año 2002*, primera edición, Sección de Publicaciones, Centro de Documentación judicial, CSJ, San Salvador, año 2004, Pág.375

⁶⁴ Ibídem Pág. 376.

Para la subsistencia del objeto material de la pretensión de inconstitucionalidad debe verificarse que la disposición o acto que se impugna se encuentre vigente, de lo contrario, “la pretensión carece de objeto material y debe sobreseerse en el proceso constitucional por tal motivo (Sobreseimiento de Inconstitucionalidad, ref.13-2001 del 04 de Septiembre de 2001)”⁶⁵, esto se justifica en razón que, la subsistencia de la disposición o acto impugnado mantiene y concluye el proceso incoado. En sentencia definitiva de tipo estimatoria, no se establece ninguna responsabilidad en contra del funcionario que dictó la norma o cuerpo jurídico contrario a la constitución. La acción para promover un proceso de Inconstitucionalidad no prescribe ni caduca, esto debido a que, la supremacía constitucional es un principio que debe defenderse en todo momento. El objeto de control del proceso de inconstitucionalidad se pierde cuando la disposición impugnada no es susceptible de ser declarada inconstitucional, es decir, en los casos en que la norma ha dejado de tener positividad, tomando en cuenta que el objetivo principal de la declaratoria de inconstitucionalidad es precisamente la de invalidar la normativa impugnada.

2.2.2 TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El Art. 183 Cn. Establece “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”. De conformidad al artículo citado, puede concluirse que la inconstitucionalidad alegada contra una disposición, cuerpo legal o acto impugnado puede ser de dos tipos: por su contenido y por su forma.

⁶⁵ *Ibidem* Pág. 193.

2.2.2.1 Inconstitucionalidad por el Contenido.

Denominada también inconstitucionalidad material; existe cuando una norma jurídica sea esta una ley, un decreto ó un reglamento, contiene preceptos que son contrarios al contenido de la constitución, es decir, cuando dichas disposiciones violentan principios, valores, reglas, derechos y obligaciones consignados en la Ley Suprema.

La inconstitucionalidad por el contenido puede ser alegada contra disposiciones específicas de un cuerpo normativo ó contra la totalidad del mismo. Cuando la pretensión de Inconstitucionalidad, recae sobre ciertas disposiciones jurídicas, el fundamento fáctico, debe indicar de forma clara las razones que dan origen a la violación constitucional, confrontando el contenido de la disposición impugnada con el contenido de las disposiciones constitucionales que contradice, de manera que se evidencie la confrontación ínter normativa apreciada por el demandante. Cuando la pretensión de inconstitucionalidad, recae sobre la totalidad de un cuerpo normativo, el fundamento fáctico puede manejarse por dos vías: La primera, confrontando cada uno de los artículos que conforman la ley, decreto o reglamento con el contenido de las disposiciones constitucionales que contradice. La segunda, señalando de manera clara y precisa las disposiciones consideradas pilares fundamentales del cuerpo normativo impugnado, sin los cuales dicho instrumento perdería su razón de ser, para luego confrontar su contenido con el de las disposiciones constitucionales consideradas violentadas.

2.2.2.2 Inconstitucionalidad por la Forma.

Esta inconstitucionalidad, es denominada también inconstitucionalidad formal, existe cuando no se hubiere observado el procedimiento previsto por la constitución para la promulgación de una ley. Este vicio sobreviene cuando ocurren tres situaciones: la primera, cuando una norma ha sido elaborada sin

ajustarse a los trámites que se encuentran establecidos por la Ley Suprema; la segunda, cuando no se han adoptado las formas que para cada caso prescribe la Carta Magna; y la tercera, cuando la norma proviene de un órgano constitucionalmente incompetente para emitirla.

Nuestra constitución, instituye el proceso de formación, promulgación y vigencia de la Ley⁶⁶. Sobre la inconstitucionalidad por la forma, puede mencionarse a manera de ejemplo, que para lograr la efectiva vigencia de las leyes, es necesaria la publicación de las mismas en el Diario Oficial, siendo un requisito formal, que según la Sala de Lo constitucional, “ se encuentra en íntima conexión con la seguridad jurídica, ya que sólo así los destinatarios de las mismas podrán asegurar sus posesiones jurídicas, ejercer y defender sus derechos y garantizarse la efectiva sujeción de los mismos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. La obligación constitucional de publicar las leyes, deriva de una necesidad de certeza y seguridad jurídica”⁶⁷. Debe tomarse en cuenta que, la falta de publicación de una norma, posiciona a los ciudadanos en un déficit de certeza, por lo tanto, se hace exigible no solamente a las leyes en sentido estricto sino que también a todas aquellas disposiciones con carácter general, impersonal y abstracto. Respecto a este requisito formal, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que “la aplicación de la norma antes de transcurrido el plazo de ocho días o el lapso mayor fijado en la Ley misma, contados a partir de su real publicación, deviene en inconstitucionalidad (Sentencia de Inconstitucionalidad, ref.7-87 del 27 de Junio de 2000)”⁶⁸.

⁶⁶ Art. 133 y SS.

⁶⁷ Sobreseimiento de Inconstitucionalidad Ref. 10-94 del 14 de Enero de 2000, Centro de Documentación Judicial, CSJ, San Salvador.

⁶⁸ HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de Lo constitucional*, primera edición, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, proyecto para el fortalecimiento de la cultura y justicia constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea, San Salvador, año 2000, Pág. 283.

Según el Art. 183 Cn. Solamente existe la Inconstitucionalidad por contenido y por forma, sin embargo, y en atención a las modernas tendencias doctrinarias de interpretación constitucional, la Sala de lo Constitucional ha establecido jurisprudencialmente otros dos tipos de Inconstitucionalidad: la inconstitucionalidad por omisión y la inconstitucionalidad por conexión.

2.2.2.3 Inconstitucionalidad por Omisión.

La figura de la Inconstitucionalidad por omisión, establece “la posibilidad que el pretensor en esta clase de proceso impugne la inaplicación de los artículos directamente exigibles de la Ley Suprema por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad (Sentencia de Inconstitucionalidad, ref.19-98 del 26 de Febrero de 2002)”⁶⁹.

La Sala de lo Constitucional, ha sostenido, que esta figura es aplicable al sistema salvadoreño por diversas razones: una de ellas es que, Jurisprudencialmente, se han reconocido las características de normativa y supremacía de la Constitución, siendo estas características, las que fundamentan la necesaria eficacia de los mandatos constitucionales, la cual debe ser garantizada por La Sala, Máximo tribunal defensor de la Constitucionalidad. En consecuencia, al producirse un incumplimiento de los mandatos constitucionales, “la jurisdicción constitucional debe desarrollar mecanismos idóneos para evitar que la constitución sea vulnerada por el comportamiento omisivo de los órganos y entes públicos encargados de velar por su realización”⁷⁰.

Otra razón, por la cual se considera aplicable este tipo de inconstitucionalidad, es la necesidad de cumplir con la constitución, para

⁶⁹ Vid. HERNANDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional año 2002*, Op. Cit. Pág. 330

⁷⁰ *Ibíd.* Pág.330

lograr, de esta forma, una convivencia justa y democrática dentro de la comunidad estatal salvadoreña. La vigente Constitución, no puede ser considerada como un simple estatuto organizativo del poder, que se limita, a determinar los instrumentos de garantía de la esfera individual frente al ejercicio arbitrario de los poderes, como fueron consideradas las anteriores leyes primarias; sino que, debe ser entendida, según jurisprudencia de la Sala, “como un intento por cumplir con idénticas pretensiones de eficacia, la función de promoción de ciertas condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías heredados de las tradiciones del constitucionalismo individual, función que recibe su orientación en el concepto de justicia social, a que se refiere el Art.1 Inc. 3º de la Constitución”⁷¹

Se han establecido, límites para resolver un proceso de inconstitucionalidad por omisión, los cuales, se encuentran establecidos, en el siguiente orden: “primero, se debe constatar si existe en el texto de la ley suprema un mandato constitucional de regular o legislar. Luego, debe constatar si existe un comportamiento omisivo del ente con potestades normativas. Tercero, se debe establecer si dicho comportamiento ha sido exclusivamente dilatado. Y finalmente, se debe concluir, si con tal comportamiento omisivo, excesivamente dilatado vuelve ineficaz el mandato constitucional encontrado.”⁷²

La procedencia de la pretensión de la inconstitucionalidad por omisión, es un mecanismo para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, entendidos, como normas jurídicas que imponen a los órganos y entes públicos con potestades normativas, la obligación de desarrollarlos para dar cumplimiento a ciertos elementos del contenido de la Ley Suprema cuya eficacia está condicionada por la interpositio legislatoris.

⁷¹ Ibídem. Pág. 331

⁷² Ibídem. Pág. 332

2.2.2.4 Inconstitucionalidad por Conexión.

La Inconstitucionalidad por conexión, es una excepción al principio de congruencia, que debe inspirar todo proceso; ya que no se limita a lo pedido por el autor o demandante, sino que, “tiene por objeto, expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de la decisión adoptada; es decir, si se constatan o verifican las conexiones que se coligen de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede consentirse la validez de las disposiciones que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada inconstitucional”⁷³ Esta, puede producirse en caso que la declaratoria de inconstitucionalidad se extienda hacia otras y diferentes disposiciones, que coinciden, junto con la norma impugnada, en el efecto considerado por la sala como inconstitucional. Además, puede producirse una inconstitucionalidad de este tipo, cuando se conserven vigentes disposiciones que contraríen el fallo pronunciado “ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad, o por constituir disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regulación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional”⁷⁴

2.2.3 ACTOS SUJETOS A CONTROL CONSTITUCIONAL.

2.2.3.1 Leyes.

⁷³ Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 52-2003 del 1 de Abril de 2004, Centro de Documentación Judicial, San Salvador.

⁷⁴ *Ibíd.*

La ley, es definida en el Art. 1 CC como: “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada por la constitución, manda prohíbe o permite”. Cuando se trata de la inconstitucionalidad de una ley, en el art. 183 Cn., el término no se encuentra tomado en sentido amplio, quedando en evidencia el sentido meramente formal de este concepto. “En este sentido podría pensarse que cualquier acto normativo aprobado de acuerdo al procedimiento previsto de conformidad al trámite que regulan los Art.133 y Sigs. Cn. con independencia de su contenido es ley y estaría sujeto a este control”.⁷⁵ La sala de lo constitucional, ha establecido, que a través del recurso de inconstitucionalidad, tiene conocimiento de infracciones a la constitución, cometidas mediante leyes tanto en su contenido formal y material. Por tanto, no todas las actuaciones provenientes del órgano legislativo, son leyes, en sentido estricto; ya que muchas de ellas son actuaciones meramente administrativas.

2.2.3.2 Decretos y Reglamentos.

En relación a los decretos, el control por la vía de la inconstitucionalidad, incluye tanto los decretos previstos en la 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 ley en su contenido. 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 reunida⁷⁶.

⁷⁵ Vid, BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, segunda edición, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996, Pág.485.

⁷⁶ Art. 167 Ord. 6° Cn.

En el sistema jurídico salvadoreño, se reconocen dos tipos de reglamentos:

- **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. La sumisión del reglamento a la ley que ayuda a ejecutar, tiene tres consecuencias: La primera, es que el reglamento no se puede emitir más que para facilitar y asegurar la aplicación de la ley; la segunda, dicho reglamento no puede entrar en contradicción con los preceptos de la ley. Y la tercera, es que no puede suplir la ley, aunque el Presidente de la República considere regular un cierto contenido.
- **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. La finalidad de estos reglamentos puede ser variada, sin embargo debe tener una justificación constitucional.

Sobre estos reglamentos deben distinguirse dos ámbitos de aplicación: En primer lugar, el ámbito en materias administrativas que pertenecen a la esfera interna o doméstica de la administración, siendo el ámbito propio de la regulación que realizan los reglamentos organizativos, que comprende los aspectos vinculados con la estructuración y organización de las unidades administrativas dependientes del Órgano Ejecutivo. En segundo lugar, el ámbito de materias que regulan afectando los derechos y deberes de los

individuos como tales, éste es referido a cuestiones que, aún siendo administrativas, implican para los individuos la imposición de obligaciones o deberes, o la regulación de sus derechos a través de los reglamentos normativos.

Esta potestad organizadora que ejerce el ejecutivo, debe ser reconocida, contemplando la posibilidad de emitir reglamentos autónomos y organizativos, los cuales serán instrumentos que coadyuven al cumplimiento de sus funciones constitucionales. Esta potestad es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 167 Ord.1º Cn.

2.2.3.3 Tratados Internacionales.

Una de las novedades de la Constitución de 1983, es la regulación que incluye dentro de los instrumentos sujetos a control de constitucionalidad a los tratados internacionales, este control, se ejercerá en la forma prevista por la Ley Suprema para las leyes, decretos y reglamentos.⁷⁷ Como consecuencia del principio de Supremacía constitucional, cuando existe conflicto entre los tratados y la ley secundaria, prevalecerán los tratados, pero si el conflicto es entre el tratado y la constitución, prevalecerá en todo caso la constitución, este principio se refleja en las figuras de la inaplicabilidad y la posibilidad de la declaratoria general de inconstitucionalidad.⁷⁸

2.2.3.4 Decretos de Reforma Constitucional.

⁷⁷ Circunstancia regulada en el Art.149 Cn.

⁷⁸ El Art. 144 inc. 2º Cn. establece de manera expresa el principio de superioridad de la Constitución sobre el tratado. Este principio, se refleja, además, en la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, establecida en el Art.149 inc. 1º Cn.

De acuerdo con el principio de la rigidez constitucional, que considera a la constitución como una norma jurídica relativamente invulnerable, las reformas a este cuerpo normativo, deben seguir el procedimiento establecido en la misma, de manera que, al no observarse, se produce un vicio de inconstitucionalidad formal; quedando sujeto a este control. En nuestro sistema constitucional, por mandato de la constitución misma, algunos contenidos de la Carta Magna son irreformables; entre estos contenidos pueden mencionarse los referidos a: la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República⁷⁹. El control de constitucionalidad a este tipo de reformas también se ejerce cuando se producen vicios de fondo, a fin de establecer si el contenido de las mismas no ha afectado dichas disposiciones irreformables.

2.2.3.5 Ordenanzas Municipales.

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”⁸⁰. Al respecto, la sala de lo Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que la declaratoria de Inconstitucionalidad, es aplicable a toda disposición normativa de carácter general o con fuerza de Ley “independientemente de cómo se les llame en cada caso, sin que las denominaciones empleadas –leyes, decretos y reglamentos- impliquen en modo alguno, la exclusión de otras, tales como ordenanzas, acuerdos, etc.”⁸¹. Siempre y cuando tuvieren un contenido normativo de carácter general y obligatorio.

⁷⁹ Art.248 inc. Último Cn.

⁸⁰ Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág.490.

⁸¹ Inc. 7-91 del 16 de Julio de 1992.

2.2.3.6 Normas Preconstitucionales.

Existen normas emitidas con anterioridad a la vigente constitución, y que resultan contradictorias a sus preceptos, estas, son denominadas por la misma como normas preconstitucionales. La doctrina, ha sostenido que este fenómeno es una situación de derogatoria; y para ejercer dicho control, la competencia exclusiva es de los jueces ordinarios y no del tribunal constitucional⁸², esto, en razón que el mismo, tiene competencia para conocer de las inconstitucionalidades que sean sometidas a su jurisdicción y no para conocer sobre derogatorias. La solución planteada por la doctrina toma en cuenta un criterio jerárquico y uno temporal, según los cuales, si las normas preconstitucionales son contrarias a la constitución, debe considerarse que la ley fundamental tiene un carácter superior y además un carácter posterior, coincidiendo en ambos criterios la supremacía constitucional, lo que resulta, en primer lugar, en una inconstitucionalidad sobrevenida y por consiguiente en la invalidez de las normas que se oponen a la Carta Magna; y en segundo lugar, a la pérdida de vigencia a partir de que la constitución se crea para regular situaciones futuras⁸³.

En caso de que el objeto de inconstitucionalidad recae sobre normas preconstitucionales, lo primero que debe examinarse es si existe o no contradicción. La derogación o no derogación debe pasar por un juicio previo de inconstitucionalidad, que posee la misma naturaleza si la ley impugnada es anterior o posterior a la constitución, para conocer de este juicio previo, la competencia es de la Sala de lo Constitucional. La solución doctrinaria, plantea además, la ventaja de contribuir a la seguridad jurídica. “hay que advertir que sólo se habla de inconstitucionalidad sobrevenida cuando la normativa preexistente es incompatible con la materia constitucional nueva,

⁸² En nuestro caso es la Sala de lo Constitucional.

⁸³ Normas preconstitucionales, concebidas de esta forma a partir del Art.249 de la constitución 1983, el cual deroga de manera expresa todas aquellas leyes promulgadas con anterioridad a la misma y que estuvieren en contra de los preceptos de la misma.

más no con nuevos procedimientos que la carta magna viniese a imponer, o con la atribución de diferentes competencias de los órganos que generaron los actos.”⁸⁴

En nuestra constitución, se establece la derogatoria de todas aquellas normativas preconstitucionales que la contraríen, siendo esto una novedad, debido a que, históricamente, ninguna constitución establecía más que la derogación de la constitución anterior. Según la Sala de lo constitucional, la derogación a la que se refiere la Carta Magna, debe verse, solamente como resultado de la contravención a la constitución en sentido material o sustancial. “como sostiene Eduardo García de Enterría: el efecto de derogación ha de referirse precisamente a la contradicción con los Principios materiales de la constitución, no a las reglas formales de elaboración que ésta establece hoy; no puede reprocharse inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la constitución por la sola razón de que la aprobación que en su momento les dio valor normativo sea contraria a las reglas constitucionales actuales de aprobación de las leyes. El principio *tempus regit actum* distribuye racionalmente en el tiempo esos dos efectos: la aprobación de la ley se hizo conforme al orden constitucional vigente en su momento y la aplicación de la ley debe respetar los principios constitucionales del ordenamiento que rigen en el momento en que dicha aplicación tiene lugar”⁸⁵

Finalmente la Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia ha sostenido que: “es conveniente dejar en claro que el pronunciamiento que esta Sala realice sobre la compatibilidad con la constitución, de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional es para el solo efecto de producir seguridad jurídica; pues la aplicación de la derogatoria genérica del

⁸⁴ Vid. BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág.492.

⁸⁵ Vid, HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de Lo constitucional, Corte Suprema Justicia año 2000*, primera edición, Sección de Publicaciones, CSJ, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea, San Salvador, Pág. 137

art. 249 Cn, no es privativa de la Sala de lo Constitucional. Cualquier juez o tribunal de la República tiene plena potestad para realizar –de oficio o instado por las partes– un examen de compatibilidad entre la normativa preconstitucional y la ley suprema, y constatar la derogación de tales disposiciones, si como resultado de dicho examen encuentra contravención a la constitución; todo ello, sin necesidad de esperar un pronunciamiento general y obligatorio de esta Sala (Inc. 2-92 del 26 de julio de 1999).⁸⁶

2.2.3.7 Actos Políticos o de Gobierno.

Son actos que se emiten en uso de una función gubernativa, pueden provenir, por órganos de gobierno o por la Asamblea Legislativa. Teóricamente existen argumentos para excluir del control por la vía de inconstitucionalidad las cuestiones políticas, un primer argumento, se basa en el principio de división de poderes, considerado vulnerado, cuando el poder judicial juzga actos emanados del órgano ejecutivo o Legislativo. “Bidart Campos replica que ello es cierto, si las competencias de cada poder se ejercen válidamente de acuerdo con la constitución; pero cuando la competencia se ejerce en contra de la Constitución, ya no se trata de competencia reservada, sino susceptible de control judicial con base en la supremacía constitucional.”⁸⁷. Un segundo argumento, en contra del control de los actos políticos, vía inconstitucionalidad, es la existencia de facultades privativas para ciertos Órganos del Estado y bajo determinadas circunstancias, en contra argumento se sostiene que la denominación dada, en ningún caso puede otorgar inmunidad o una salida para esconder la violación constitucional. En tercer lugar, se sostiene que, este control

⁸⁶ *Ibíd*em Pág. 138.

⁸⁷ *Ibíd*em. Pág.493.

propiciaría el gobierno de los jueces, los argumentos a favor, sustentan que la vigilancia jurisdiccional se encuentra sometida a la Constitución y debe ser indeclinable. Se argumenta, además, a favor de este control, que el Órgano judicial es el guardián de la Constitución, y se instituye en el sistema jurídico salvadoreño como el único que tiene competencia para declarar cuando una actividad, sea estatal o privada, es conforme o no a la constitución, razón según la cual, la integridad del orden jurídico depende del Poder Judicial.

2.2.4 PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

2.2.4.1 Legitimación Activa.

La legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad, es referida a todo aquel ente o sujeto, legitimado para incoar el control de constitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, considerada violatoria a la Ley Suprema. En nuestro sistema jurídico, los sujetos facultados para iniciar dicho proceso son: Cualquier ciudadano, las personas jurídicas por medio de un ciudadano, el Fiscal General de la República y el Procurador para la Defensa de Los Derechos Humanos.

2.2.4.1.1 Legitimación a cualquier Ciudadano.

Cualquier ciudadano, puede interponer un recurso de inconstitucionalidad, en razón de la denominada “acción popular de inconstitucionalidad”.⁸⁸ El interés que legitima a cualquier ciudadano a pedir

⁸⁸ Esta acción se encuentra regulada expresamente por la misma constitución en el Art. 183 al establecer: “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes... y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”. es retomada, a pesar de ser una norma Pre- constitucional por la L. Pr. Cn. De

la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición o cuerpo normativo, no está dado por ser el titular de un derecho fundamental y haber recibido un agravio directo por parte de los actos impugnados, sino que, este interés, está dado por la defensa abstracta de la constitución.

No es admitido en este proceso, tanto por la doctrina como por las legislaciones y los mismos tribunales constitucionales, que pueda ser incoado de oficio por el propio Órgano jurisdiccional. Esto, en razón que, la Sala de lo Constitucional, se convertiría en un “súper poder político” que desbalancearía el equilibrio necesario entre los órganos fundamentales del Estado. La continuación oficiosa del proceso de inconstitucionalidad, es facultad de la Sala, esta la otorga la ley, estableciendo que: “iniciado cualquiera de los procesos constitucionales, no será necesaria la solicitud de las partes para su continuación, debiendo el tribunal pronunciar de oficio todas las resoluciones hasta la sentencia.”⁸⁹

2.2.4.1.2 Legitimación a Personas Jurídicas.

Se tiene en cuanto a esta legitimación, dos tipos de personas jurídicas: de Derecho Privado y de Derecho público. En relación a las personas jurídicas de Derecho privado, la Sala de lo Constitucionalidad ha declarado que, “de manera natural y lógica, basándose en la teoría de la representación, se considere que a pesar de ser personas naturales las que presentan la demanda, en realidad, es la persona jurídica quien posee la calidad de “peticionario”, y por lo tanto es la misma la que pide se declare la inconstitucionalidad. Sin embargo, el máximo tribunal ha considerado que este tipo de personas jurídicamente no podrán promover la acción de Inconstitucionalidad, “ya que solamente la pueden ejercitar las personas

1960, vigente, en su Art. 2, el cual establece: “cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad de las leyes...”

⁸⁹ Art. 5 Inc. 1° L. Pr. Cn.

naturales que tengan la calidad referida. También es del caso apreciar que los representantes...no pueden suplir la capacidad de que carece una persona jurídica, pues la calidad de ciudadanos les concierne a ellos personalmente”⁹⁰

En el año 2003, la Sala, sustituyó su jurisprudencia, estableciendo que “resulta obligatorio para esta sala plasmar ciertas acotaciones sobre el tipo de legitimación que se deduce del Art. 183 Cn., y retomar la jurisprudencia sostenida hasta la actualidad, a fin de entender la legitimación activa del proceso de inconstitucionalidad de una manera más flexible y de menor carácter formalista. En ese sentido, si bien el Art. 183 Cn., se refiere estrictamente a ciudadanos, es preciso de dotarle de ciertas implicaciones más amplias a las sostenidas hasta la fecha, pues no obstante siempre debe requerirse tal calidad, eso no significa la imposibilidad de postular la demanda de inconstitucionalidad en razón de un interés propio y directo, distinto al establecido en el Art. 63 Ord. 3º Cn.” Realizando estas consideraciones, la Sala, planteó que el establecimiento de la calidad de ciudadano es suficiente para la adecuada postulación procesal en el proceso de inconstitucionalidad, lo cual no es óbice para que la demanda presentada por un ciudadano salvadoreño en representación de una persona jurídica, sea rechazada.

En referencia a las personas jurídicas de Derecho Público, el máximo tribunal, ha sostenido que las personas jurídicas de Derecho Público, aún cuando poseen personería propia no encajan en la calidad de ciudadano que exige la ley. Este criterio, fue modificado por la Sala, sosteniendo las mismas consideraciones, que en el caso de las personas jurídicas de derecho privado.

⁹⁰ Inc. 1-63 del 12 de Julio de 1963 la cual fue presentada por los ciudadanos Guinea Contreras y Loucel, a nombre y Representación del Sindicato Gremial de Pilotos Automovilistas de El Salvador.

2.2.4.1.3 Legitimación al Fiscal General de La Republica y al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

La legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad otorgada al Fiscal General de la República, se instituyó a partir de las reformas Constitucionales de 1991, y se deduce del Art. 193 Ord. 2 Cn. en el cual se establece que: “corresponde al Fiscal General de la República:
2º Promover de Oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad”...

A partir de las mismas reformas, se instituyó, la legitimación activa del Procurador para la Defensa de los DDHH., establecida en el Art. 194 Rom. I Ord. 4º Cn en el que: “1.- corresponde al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos:

4º Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos”.

2.2.4.2 Legitimación Pasiva en el Proceso de Inconstitucionalidad.

Esta legitimación, se refiere contra quien se interpondrá la demanda de inconstitucionalidad. En nuestro sistema jurídico, la misma recae sobre la autoridad emisora del cuerpo normativo impugnado como inconstitucional, esta autoridad puede ser: 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.

2.2.5 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

2.2.5.1 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”⁹¹

2.2.5.2 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 suplir 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.

Al analizar el Art. 80 L. pr. Cn “se deduce que en los procesos de inconstitucionalidad no pueden suplirse de oficio las anomalías de la petición del ciudadano”⁹². Las omisiones pertenecientes al Derecho no pueden ser suplidas por la Sala., debido a que, si bien es cierto, la doctrina plantea que al juzgador debe concedérsele amplias facultades, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante y que el proceso de

⁹¹ Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág.480.

⁹² El Artículo citado 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”. En este Art. No se menciona el proceso de Inconstitucionalidad.

inconstitucionalidad puede ser incoado por cualquier ciudadano, esta facultad puede desnaturalizarse y convertirse en una iniciación oficiosa por parte de la Sala.

2.2.5.3 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, 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.

2.2.5.4 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”⁹³

2.2.6 TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.

En la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales no se encuentra regulado un plazo para la tramitación del proceso de Inconstitucionalidad, lo que impide otorgarle celeridad, la cual es necesaria, en razón que, es un proceso trascendental y relevante para el restablecimiento del orden constitucional quebrantado por la emisión de un ordenamiento jurídico contrario a los preceptos constitucionales .

⁹³ Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág.482.

2.2.6.1 Presentación de la Demanda.

La demanda de inconstitucionalidad, por ser una acción en la que se defiende, de manera directa, la supremacía constitucional, no admite la presentación de la misma de forma verbal, debido a que “supone características técnico-jurídicas que es necesario dotar de ciertas formalidades, una de las cuales es su expresión escrita”.⁹⁴ No existe plazo determinado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, y en consecuencia, no hay caducidad para ejercer la acción, esta circunstancia, se encuentra justificada por la doctrina considerando que, la defensa de la supremacía constitucional, debe operar en todo tiempo, tomando en cuenta, que el vicio de inconstitucionalidad no es ni puede ser saneado por el transcurso del tiempo. La presentación de esta demanda no exige la dirección letrada, es decir, no se requiere la intervención de un abogado.

Según el Art. 6 L. Pr. Cn.: Los requisitos formales que debe cumplir la demanda de inconstitucionalidad son:

- a) Las generales del peticionario como: el nombre, profesión u oficio y el domicilio del demandado.
- b) La ley, decreto o reglamento que se estime inconstitucional, citando el número y fecha del diario oficial en que se hubiere publicado, o acompañando el de otro periódico, si no hubiere usado aquél para su publicación. La Sala al respecto ha sostenido que “los motivos alegados por el demandante constituyen el aspecto fáctico o material que constituye su causa, pero tales motivos necesitan como presupuesto, la vigencia de la disposición impugnada. Ello porque para plantear adecuadamente la confrontación internormativa que se conocerá y

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 499.

decidirá en este proceso, es necesaria la existencia de los dos extremos (Inc. 14-95/6-96 del 12 de Enero de 1999).⁹⁵

- c) Los motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la constitución: este es uno de los requisitos más importantes de la demanda, estos motivos y los artículos de la constitución considerados vulnerados, deben ser claros, en razón del principio de estricto derecho.
- d) La petición de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento: esto en razón del principio de congruencia; la Sala, no puede declarar la inconstitucionalidad si no es solicitada por el peticionario, se convertiría en una declaración de oficio.
- e) El lugar y fecha de la demanda y firma del peticionario o de quien lo hiciere a su ruego. Este requisito, determina que para presentar una demanda de inconstitucionalidad, no es necesario que el peticionario sepa firmar, ya que puede solicitar la firma a ruego.
- f) Deben presentarse los documentos que justifiquen la ciudadanía del peticionario.

En la etapa de la presentación de la demanda, la Sala puede tomar tres posiciones: la primera admite la demanda, la segunda es declararla inadmisibile y la tercera, declarar improcedente la misma.

Si la Sala de lo Constitucional, considera cumplidos los requisitos formales de la demanda y se prueba la nacionalidad del demandante, la sala admitirá la demanda.

Sin embargo, si la demanda no cumple con estos requisitos, o no se comprueba la ciudadanía del peticionario, esta es declarada inadmisibile. Esta posición, fue modificada por la Sala, ya que actualmente, si la demanda

⁹⁵ Vid, HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional, Corte Suprema Justicia año 2000*, primera edición, Sección de Publicaciones, CSJ, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea, San Salvador Pág. 151.

tuviere errores u omisiones que no pudiesen ser subsanados de oficio; ésta no se declara inadmisibile, sino que, se previene al demandante, para que, subsane o corrija estos errores u omisiones dentro de un plazo razonable impuesto por el máximo tribunal, si cumplido este plazo, se realiza dicha subsanación, entonces se procede a declarar la inadmisibilidad.

La improcedencia es declarada en caso de que, el objeto o la pretensión planteada, no sea de los actos sujetos a control constitucional, vía el recurso de Inconstitucionalidad; como por ejemplo que se trate de actos corporativos, es decir, que se trate de actos emanados de los particulares pero que requieren de la autorización de una autoridad estatal, como por ejemplo: estatutos o reglamentos de personas jurídicas como sociedades o asociaciones, que deben ser controlados vía amparo. Otro motivo por el cual se puede declarar la improcedencia es cuando la normativa o disposición impugnada ha dejado de ser vigente, en razón que, siendo el objeto principal de la pretensión de inconstitucionalidad haría desaparecer la razón de ser del mismo.

2.2.6.2 Informe a la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado.

Admitida la demanda, “la sala pide informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición considerada inconstitucional, la que deberá rendirlo 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”.⁹⁶ Al no existir, en este caso, un plazo de caducidad o prescripción de la acción, “suele ocurrir que los titulares de los órganos de donde fluyeron las normas consideradas

⁹⁶ Art. 7 L. Pr. Cn.

inconstitucionales, ya no sean las mismas personas que los dictaron”.⁹⁷ Por esta razón, en la práctica, los informes se concretan simplemente a certificar el texto de ley, decreto o reglamento impugnado y a la descripción del proceso de elaboración. Circunstancia por la que, no se puede dar cumplimiento al principio de contradictorio y la garantía de audiencia.

Sobre la autoridad emisora del ordenamiento jurídico es necesario determinar, quién es dicha autoridad, en relación a este aspecto, la Sala ha mantenido el criterio claro de mandar a oír a la Asamblea Legislativa y al Presidente de la República. Sin embargo, fue a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley Anti- Maras, cuando cambió su criterio al establecer que: “la intervención del Presidente en el proceso de formación de la ley constituye un control interorgánico de naturaleza política para aceptar u oponerse a los proyectos de ley contrarios a la ley suprema, los intereses de la colectividad o los fines del Estado; y como tal, no implica en modo alguno que el Presidente de la República ejerza potestad legisferante. En ese sentido, la intervención procesal prescrita en el Art. 7 L. Pr. Cn. hace referencia al ente emisor, titular de la potestad normativa de la cual ha emanado el objeto de control constitucional. Es decir, para el caso, el órgano legitimado pasivamente en el proceso de inconstitucionalidad es la Asamblea Legislativa, pues ésta ha emitido el producto legislativo que fue considerado por el Presidente de la República en su fase de sanción. Es decir, la autoridad demandada a la que se refiere el artículo en mención es el órgano Legislativo, y se excluye, por tanto la intervención del ejecutivo en ese carácter. Sin embargo, es preciso aclarar que éste se tendrá por legitimado cuando la normativa impugnada sea un reglamento emanado del órgano Ejecutivo, pues en estos casos, efectivamente, a él corresponde la titularidad de la potestad normativa; o cuando se alegue que el vicio de forma de una

⁹⁷Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág. 507.

ley se ha producido en sede ejecutiva.⁹⁸ Además, la Sala, ha considerado que cuando la normativa impugnada sea un decreto ejecutivo, debe escucharse no solo al Presidente de la República sino que, además al ministro del ramo en el cual se emitió⁹⁹.

La intervención de la autoridad demandada, en este proceso, se justifica, según lo ha sostenido la Sala, por la misma naturaleza procesal que posee, y por esta razón, le son aplicables los principios que deben regir todo proceso, entre ellos el de bilateralidad o altera pars. Por lo tanto, para dar cumplimiento a este principio, la intervención de la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado, es en calidad de autoridad demandada, pues sobre ella recae, según el demandante, la responsabilidad por la producción de una ley que infringe la constitución. La intervención de esta autoridad, debe limitarse a fundamentar la actuación al emitir la disposición impugnada, es decir, el informe no debe tener otro contenido que la exposición de los argumentos que apoyen la constitucionalidad de su actuación, la solicitud de este informe, es para dar cumplimiento al principio de contradicción.

2.2.6.3 Traslado al Fiscal General de la República.

La ley establece: “de la demanda o informe se correrá traslado por un término prudencial que no exceda de noventa días, al Fiscal General de la República, quien estará obligado a evacuarlo dentro del plazo que se le señale”¹⁰⁰ A partir de la jurisprudencia de la SC de 1950 se ha entendido que la intervención del fiscal general en el proceso de inconstitucionalidad es en

⁹⁸ Inc. 53-2003 pronunciada el 1º de Abril de 2004.

⁹⁹ Inc. 7-95 Impugnación D. E. 65, se mando oír al presidente de la República y al ministro de economía.

¹⁰⁰ Esto lo establece el Art. 8 L. Pr. Cn.; debe tomarse en cuenta que los plazos en el proceso de inconstitucionalidad comprenden solamente días hábiles, debe considerarse además, que la ley establece un límite en dicho plazo, pero es la Sala quien impone un plazo específico el cual solamente debe ser prudencial y encontrarse dentro del límite establecido.

“defensa de la legalidad”, sin embargo, esta intervención es cuestionable desde una perspectiva del control constitucional, en razón que la defensa de la supremacía constitucional frente a una normativa infraconstitucional, corresponde a la Sala.

Sobre la intervención del Fiscal General, la jurisprudencia ha manifestado que debe diferenciarse cuando el fiscal interviene como sujeto activo en el proceso de inconstitucionalidad y cuando interviene en virtud de la defensa de la legalidad: “la L. Pr. Cn. regula la intervención del Fiscal General de la República en el proceso de inconstitucionalidad, en el entendido que ello se comprende en la atribución que confiere el Art. 193 Ord. 2º Cn., de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. En virtud de la disposición constitucional mencionada, se ha entendido que tal funcionario puede presentar demandas de inconstitucionalidad, en cuyo caso adopta el carácter de sujeto activo de la pretensión; pero cuando interviene en virtud del Art. 8 L. Pr. Cn., no lo hace en la calidad antes dicha, sino mas bien como un *amicus curiae*, que le da una opinión técnico-jurídica a este tribunal sobre los argumentos planteados por el actor, la cual puede o no ser tomada en cuenta al momento de realizar el correspondiente análisis de fondo sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada (Inc. 15-99 del 13 de Agosto de 2002)”.¹⁰¹ El fiscal, en este proceso se encuentra facultado únicamente a proporcionar una opinión que gire en torno a los motivos aducidos en la demanda o en las justificaciones de la autoridad emisora de la normativa considerada inconstitucional, no pudiendo, exponer otros argumentos que tiendan a sustituir, modificar o ampliar los ya manifestados por las partes, lo planteado por él, no es vinculante para la sala.

¹⁰¹ GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, *El proceso de inconstitucionalidad: Intervinientes*, artículo jurídico, Centro Nacional de la Judicatura, San Salvador, Pág. 188.

2.2.6.4 Pronunciamiento de sentencia definitiva.

El Art. 9 de la L. Pr. Cn. establece “evacuado el traslado por el Fiscal y practicadas las diligencias que se estimaren necesarias, se pronunciará la sentencia”. La sentencia definitiva se pronunciará con el informe del Fiscal ó sin él.¹⁰² No existe, en la L. Pr. Cn, plazo determinado para pronunciar sentencia, esta omisión, se ha convertido en un aspecto muy importante y discutido tanto en las legislaciones como en la doctrina, según las cuales “ es conveniente estudiar la necesidad de fijar aquél término para cumplir con esa etapa principal del proceso, es decir, el pronunciamiento del fallo, pues no hay razón alguna aparte de la “prudencia política” para no establecerlo, propiciándose con esa omisión una dilación injustificada sobre un procedimiento de capital importancia.”¹⁰³ La falta de un plazo para dictar sentencia por parte de la Sala, no solamente produce 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.

Anteriormente, existía una práctica viciada por parte de las autoridades emisoras de ordenamientos impugnados como inconstitucionales, la cual consistía en reformar la norma impugnada durante el proceso de inconstitucionalidad, lo que provocaba el cese de los efectos de la norma impugnada y de la inconstitucionalidad, por lo tanto, no habría razón para continuarlo, por lo que se declaraba el sobreseimiento. La realidad de estas reformas, es que son utilizadas como excusa para continuar con la violación,

¹⁰² El Art. 5 inc. 2º de la L. Pr. Cn. se establece que los plazos son perentorios e improrrogables y transcurrido cualquiera de ellos para una audiencia o traslado, sin que se haga uso de los mismos, se pronunciará la resolución que corresponda, procediendo de oficio al apremio, si fuere necesaria la devolución del expediente.

¹⁰³Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág. 510.

dando una apariencia diferente. La sala no puede prejuzgar, en razón de ello, debe resolver este problema analizándolo con la técnica jurisdiccional.

2.2.7 EFECTOS JURIDICOS 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.

2.2.7.1 Efectos de la Sentencia Estimatoria.

La sentencia estimatoria, es aquélla 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.¹⁰⁴

2.2.7.2 Efectos de la sentencia desestimatoria.

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 constitución¹⁰⁵, como tampoco podrá ampararse en el juramento que realiza todo funcionario antes de tomar posesión de su cargo, de cumplir y hacer cumplir la constitución.¹⁰⁶

Excepcionalmente, es admitido que se pueda volver a plantear la demanda de inconstitucionalidad, cuando el fallo ha sido desestimatorio, siempre que los demandantes aleguen motivos distintos a los desestimados en el proceso anterior. Esta excepción es en razón que el examen de constitucionalidad anterior no vuelve inexpugnable a la disposición impugnada por otros argumentos de control constitucional.

2.2.7.3 Efectos del sobreseimiento.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Esta figura se regula en el Art. 185 Cn., ya que en el sistema constitucional salvadoreño el modelo adoptado es el mixto, es decir el sistema concentrado ejercido por la Sala de lo Constitucional, a través de la Inconstitucionalidad y el sistema difuso, ejercido por los tribunales comunes a través de la inaplicabilidad.

¹⁰⁶ Este juramento se encuentra regulado en el Art. 235 Cn. estableciendo que el funcionario antes de tomar posesión de su cargo debe jurar cumplir y hacer cumplir la constitución ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen.

El sobreseimiento, puede decretarse por tres motivos: porque la norma impugnada pierde vigencia; porque existe vicio en la pretensión planteada y porque la pretensión ya fue conocida por la Sala.

La sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional no admite recurso alguno ya que es pronunciada por el máximo tribunal, y será obligatoria, de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica.¹⁰⁷ La Sala, debe mandar a publicar la sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días subsiguientes al de su pronunciamiento, para lo cual se remitirá copia de la referida sentencia al director de dicho periódico, y si este funcionario no cumpliera, la Corte ordenará que se publique en uno de los diarios de mayor circulación de la capital de la república, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido.¹⁰⁸

2.3 ANÁLISIS COMPARATIVO DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO.

2.3.1 Aspectos Generales sobre El Proceso de Amparo.

El proceso de amparo, tutela y protege los derechos concretos o difusos, implícitos o explícitos, individuales o sociales, humanos o fundamentales y los principios consagrados constitucionalmente, ante la obstaculización de su ejercicio o ante violaciones actuales o inminentes de los mismos.¹⁰⁹ Al igual que el de inconstitucionalidad, su resolución, es competencia de la Sala de lo Constitucional. La jurisprudencia ha establecido que el proceso de amparo

¹⁰⁷ Art 10 Inc. 1º L. Pr. Cn.

¹⁰⁸ Art. 11 L. Pr. Cn.

¹⁰⁹ El derecho que se excluido es la libertad, ya que se protege por la garantía constitucional del Habeas Corpus o exhibición personal.

“es una institución jurídico procesal, extraordinaria en su materia, establecida para proteger al gobernado de los actos de autoridad que violen los derechos y garantías constitucionales (Sentencia de Amparo 33-C-96 dictada el 27 de Agosto de 1996)”¹¹⁰. El objeto de este proceso, consiste en impartir al demandante la protección jurisdiccional contra cualquier acto de autoridad o de particular que sea inconstitucional y que violente de forma específica sus derechos o los principios constitucionales consagrados de los que sea titular.

Cuando la violación es cometida por particulares, éstos deben encontrarse en una posición de poder o jerarquía frente al demandante y que este no cuente con mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos frente a la autoridad o particular demandado¹¹¹. Según la Sala de lo constitucional la pretensión en el proceso constitucional de amparo, debe fundamentarse en la normativa constitucional, para habilitar, de manera plena su competencia.

2.3.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE AMPARO.

2.3.2.1 Legitimación Activa.

Esta legitimación, no necesita poseerse, sino que, basta con atribuírsela de manera subjetiva en la demanda, sin embargo, resulta imprescindible comprobarla para obtener una sentencia de tipo estimativa, de lo contrario, podría surgir un rechazo de la demanda en el desarrollo del proceso, en atención al principio de economía procesal. Este aspecto, en el proceso de amparo, ha evolucionado con la jurisprudencia pues, legalmente solamente

¹¹⁰ CADER CAMILOT, Aldo Enrique, *Aspectos Generales sobre el Proceso de Amparo en El Salvador*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2001 Pág. 15

¹¹¹ Los funcionarios en el caso de que el acto lesivo sea ejecutado fuera del ejercicio de sus funciones, deben ser demandados en calidad de particulares.

se legitima a la persona agraviada de manera directa,¹¹² sin embargo, la jurisprudencia ha legitimado activamente no sólo al gobernado que haya sufrido directamente un agravio, sino que además, a aquel o aquellos que lo sufran directamente, esto, bajo la teoría de los intereses difusos.¹¹³

En el caso de intereses difusos, se ha determinado que la pretensión de amparo procede cuando ésta reúne todos los requisitos formales de la misma, “sin necesidad que el interés que motive o fundamente dicha pretensión sea “concreto”, sino que perfectamente puede ser difuso y con ello, también puede ser admitida la demanda¹¹⁴. Esta evolución atiende a las nuevas realidades jurídicas que se presentan en la sociedad.¹¹⁵ Esta modificación se ha considerado necesaria, ya que si se admitiera solamente la legitimación para un interés concreto, se estarían dejando fuera ciertos derechos constitucionales que se establecen para toda la población, como por ejemplo el derecho al medio ambiente, afectando el principio constitucional de acceso a la justicia, privando a los titulares de los mismos, del derecho a solicitar una protección, cuando estos sean vulnerados por una autoridad o por particulares.

2.3.2.2 Legitimación Pasiva.

En el proceso de amparo debe conocerse a quién demandar, de lo contrario, la pretensión se puede rechazar desde el momento de la presentación de la demanda. Al respecto la ley determina que: “la acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier

¹¹² Art. 14 L. Pr. Cn. establece de manera expresa que la persona agraviada es la legitimada para presentar la demanda de amparo

¹¹³ Por ejemplo: cuando un grupo de personas, se pronuncian por la violación al derecho a un medio ambiente sano, por la construcción de una carretera en una zona considerada como reserva forestal.

¹¹⁴ Debe aclararse que este interés es referido a la pretensión y no a la acción, ya que esta sí es un derecho constitucional abstracto y autónomo del derecho material controvertido.

¹¹⁵ Esta evolución se evidenció en el caso de la carretera Chiltiupán, en el cual se estableció que mantener un criterio jurisprudencial por siempre, es creer de manera errónea que el fenómeno jurídico es estático, con lo cual se sabrían resolviendo casos actuales con pensamientos antiguos.

autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo...”¹¹⁶ de la lectura de esta disposición se entiende que el amparo procede contra actos de autoridad, entendidos, como actos unilaterales, investidos de la potestad de imperio capaces de vulnerar la esfera jurídica de los gobernados. Tradicionalmente se consideraba que, el amparo únicamente procede contra actos de autoridad, incluyendo, solamente, aquellos que emanan de autoridades públicas legalmente constituidas como, Ministros, Consejos Municipales, Jueces, Magistrados, Alcaldes, etc.

No obstante, se incoaron amparos, basados en posibles violaciones a derechos constitucionales de los gobernados, por parte de actos emitidos por particulares. Este supuesto, fue admitido por la Sala a partir de un replanteamiento profundo del criterio esbozado tradicionalmente¹¹⁷. Los principales motivos para admitir una demanda de amparo contra un particular fueron, según la Sala, en primer lugar, que “... el Estado debe brindar a las personas una protección dentro de la esfera de sus libertades, y garantizar a cada ciudadano un status socialis en sus relaciones jurídicas con los demás, y en especial, con las imponentes fuerzas sociales, los grupos y asociaciones, cuyo descomunal poderío en la sociedad moderna amenazan a los individuos en forma directa”, en segundo lugar, que: “..el concepto de autoridad y por consiguiente los actos de la misma, no pueden ser exclusivamente formales ; esto es, atender a que efectivamente forme parte de algunos de los órganos del Estado, sino además, debe ser un concepto material, de tal manera que comprenda aquéllas situaciones en las que las

¹¹⁶ Art. 12 inc. 2º L. Pr. Cn.

¹¹⁷ Estas demandas se fundamentaron en el hecho de que, algunos particulares sean personas naturales o jurídicas, que se encontraban en relación de superioridad respecto del demandante, producían actos limitativos de derechos constitucionales del mismo como si se tratase de verdaderos actos de autoridad.

personas o instituciones que formalmente no sean autoridad, sean materialmente consideradas como todas”, y finalmente, se tomó en cuenta que: “lo básico para la existencia de una relación procesal en el proceso de amparo, es que la parte legitimada pasivamente, esto es, el sujeto pasivo de la pretensión, actúe materialmente como autoridad, por encontrarse de derecho o de hecho, en una posición de poder; es decir, que el acto de autoridad materialmente considerado es en sí el contenido del acto mismo. Lo que caracteriza o define al acto de autoridad, son las características propias del acto sin importar quien lo ejecuta.”¹¹⁸

Sobre la legitimación activa existe la problemática al definir a qué autoridad se debe demandar, si a la autoridad que ordena el acto o a la autoridad que lo ejecuta, cuando existe esta circunstancia,¹¹⁹ en el criterio jurisprudencial anterior, se sostuvo que cuando el agravio ha sido causado por varias autoridades, deben ser demandas todas las que han participado en la ejecución del acto. Sin embargo, actualmente; la Sala ha determinado que para la procedencia de la demanda, debe realizarse contra la autoridad que decide, ya que la que ejecuta, solamente cumple lo ordenado por el tribunal o autoridad superior.

2.3.2.3 Otros intervinientes en el proceso de Amparo.

a) El Fiscal de la Corte Suprema de Justicia¹²⁰: en este proceso, la intervención del Fiscal es en defensa de la constitucionalidad, representando al Ministerio Público, la ley, establece la intervención del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, como representante del Fiscal

¹¹⁸ Amparo 143-98, del 1 de Junio de 1998, en el cual se admitió amparo contra el colegio médico de El Salvador, este amparo es citado por Cáder Camilot, Aldo Enrique, *Aspectos Generales sobre el Proceso de Amparo en El Salvador*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2001 Pág. 26 y 27.

¹¹⁹ Podemos citar como ejemplo: cuando un juez de primera instancia en un proceso de usurpación y existe comisión para que sea el juez de paz quien lo ejecute.

¹²⁰ Art. 17 L. Pr. Cn.

General de la República. “dicho funcionario, según lo dispuesto en el artículo 7 número 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, es parte del personal permanente de la Fiscalía General de la República y, de conformidad al artículo 7-A número 7 de la misma Ley, es Agente Auxiliar del Fiscal General de la República”.¹²¹

- b) El tercero beneficiado o perjudicado por el acto impugnado¹²²: este se encuentra subordinado a alguna de las partes, y toma el proceso en el estado en que se encuentra, pudiendo ejecutar todos los actos procesales, sin contradecir los ejecutados por la parte a quien se subordina. El actor, está obligado a señalar quién es el tercero beneficiado con el acto u omisión reclamada, pero si lo omite, el tercero, puede presentarse por su propia voluntad; teniendo el tribunal, la obligación, de notificarle también a este tercero, toda providencia judicial. La calidad del tercero beneficiado, dentro del proceso, es de tercero opositor, compareciendo, con un interés determinado y diferente al del actor y de la autoridad demandada, que consiste en la defensa de sus derechos o beneficios adquiridos por el acto reclamado que ocasionó la supuesta vulneración de derechos del demandante.

2.3.3 ACTOS IMPUGNABLES POR LA VÍA DEL AMPARO.

- 1) **Contra resoluciones judiciales:** El Amparo procede contra resoluciones judiciales dictadas por jueces o tribunales, que vulneran los derechos consagrados en la constitución; la vulneración debe ser imputable de manera directa e inmediata a la autoridad judicial y puede producirse

¹²¹ MONTECINO GIRALT, Manuel Arturo, *El Amparo en el Salvador*, primera edición, Sección de Publicaciones, CSJ, San Salvador, 2005 Pág. 93

¹²² Art. 16 No 2º L. Pr. Cn.

tanto por una acción como por una omisión. “Dichas resoluciones judiciales pueden ser de variada naturaleza, ya que comprenden a los decretos de mera sustanciación, las interlocutorias y las sentencias definitivas”¹²³ las omisiones pueden referirse a: lesión del derecho de audiencia por falta de notificación de una resolución, lesión a la protección jurisdiccional por la falta de motivación en las resoluciones que lo requieren; entre otras. Las razones por las cuales puede producirse la vulneración de derechos en sede judicial son: por el desconocimiento de una norma por parte del juzgador; por la interpretación errónea de la misma; por la aplicación de una norma inconstitucional y por una actuación material del juzgador.

- 2) **Contra actos administrativos:** En los procesos de Amparo, la alegación de la vulneración de derechos constitucionales, a causa de actos administrativos, no solamente pueden ser imputables a las autoridades integradas por el Órgano ejecutivo, sino que, además, a las autoridades del Órgano Legislativo, Judicial y cualquier otra entidad del Estado¹²⁴. “Se incluye en este supuesto, los actos producidos por el silencio administrativo y los producidos por los actos tácitos o implícitos”¹²⁵.
- 3) **Contra leyes y otras disposiciones de carácter general:** Las leyes pueden ser impugnadas vía amparo, pueden tratarse tanto de leyes

¹²³ Vid. MONTECINO GIRALT, Manuel Arturo; *“El Amparo en el Salvador, Op. Cit.”* Pág. 115

¹²⁴ Por ejemplo, un empleado del Órgano legislativo, impugna el acto, emanado de dicho Órgano, que da por finalizada la relación laboral existente, por considerarse vulnerado el derecho a la estabilidad laboral y de audiencia.

¹²⁵ El silencio administrativo es una presunción legal a través de la cual, la ley, al no tener la voluntad expresa de la autoridad, presume como ciertos o falsos los hechos sobre los cuales debió pronunciarse dicha autoridad, se tendrán por ciertos o falsos según los efectos que se requieren o son solicitados. Por otra parte, los actos tácitos o implícitos son aquéllos en los cuales la voluntad administrativa no se exterioriza de manera formal, sino que se presume a partir de hechos, actitudes o comportamientos determinados.

autoaplicativas como heteroaplicativas. El amparo contra ley “ha sido considerado como un instrumento de naturaleza procesal a través del cual se atacan todas aquéllas disposiciones legales, emanadas de cualquier órgano con potestades normativas, que infrinjan derechos o categorías consagrados en la normativa constitucional”.¹²⁶ Es decir, que no solamente contra las leyes emitidas por el órgano legislativo, sino que también contra las emitidas por cualquier entidad que tenga potestad normativa, la cual es atribuida por la misma constitución.¹²⁷

“En el caso concreto del amparo contra ley autoaplicativa, el control recae sobre un tipo de norma particular, ya que ésta se caracteriza por ser directamente operativa, en el sentido que no precisa de ningún acto posterior de ejecución o aplicación, sino que produce desde su sola promulgación efectos jurídicos; y si una ley de ésta naturaleza causa un daño e importa un acto lesivo desde su entrada en vigencia, es susceptible de ser impugnado por la vía del amparo.”¹²⁸ No debe pretenderse el mero control abstracto de las normas, ya que esto desnaturaliza el proceso de amparo; los efectos de la sentencia estimatoria en este tipo de amparo, son aplicables al caso concreto, es decir, que la no aplicación de la norma no es extensible a otras personas que sufran un perjuicio en sus derechos a consecuencia de los efectos de la norma. En relación a las leyes heteroaplicativas, el amparo procede, contra actos de aplicación de una disposición general, la cual vulnera derechos o categorías de derechos consagrados en la constitución, requiriendo, necesariamente de un acto de aplicación posterior por parte de una autoridad para producir sus consecuencias jurídicas. Este tipo de amparo controla la actividad de todos los órganos, funcionarios del

¹²⁶Vid. MONTECINO GIRALT, Manuel Arturo, *“El Amparo en el Salvador, Op. Cit. Pág. Pág. 111*

¹²⁷ Puede mencionarse, entre estas entidades: el consejo de ministros, la corte de cuentas, los concejos municipales.

¹²⁸ Vid. MONTECINO GIRALT, Manuel Arturo, *Op. Cit. Pág. 112*

Estado o particulares que posean la potestad de aplicar normas jurídicas, por ello, es que no se enmarca en la categoría de amparo contra actos judiciales o administrativos. La sala respecto a éste amparo, ha establecido: “resulta lógica y gramaticalmente correcto hablar de amparo contra ley, pues el acto reclamado no es la ley en sí considerada, como regla que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas abstractas e impersonal, sino por un acto concreto de autoridad que afecta la esfera jurídica particular, determinada mediante aplicación individual del precepto legal¹²⁹”

- 4) **Contra actos de particulares:** este supuesto, no se encuentra previsto en la Ley de Procedimientos Constitucionales; sino que, con el avance de las realidades, la Sala de lo Constitucional, ha considerado, necesario su establecimiento. “La incorporación del amparo contra particulares pretende, responder a las transformaciones que han operado al interior de la sociedad, en la que los actuales mecanismos de protección de los derechos resultan insuficientes, pues éstos, en virtud de su inspiración individualista liberal, se encuentran diseñados únicamente frente a los ataques provenientes de Estado, y no esos centros privados de poder.”¹³⁰ la vigente constitución de 1983, establece que el amparo puede pedirlo toda persona por violación de los derechos que le otorga la misma, de esta disposición se concluye, que delimita el bien litigioso, pero no así, los sujetos de quienes puede provenir el acto que afecte a la persona. Por otra parte, la L. Pr. Cn.; sí establece una delimitación de los sujetos de donde pueden provenir los actos sujetos al recurso de amparo; pero debe tenerse presente que ésta data de 1960 y es una normativa pre constitucional. En el acto contra el que se reclama, según la

¹²⁹ Ibídem. Pág. 121

¹³⁰ Ibídem. Pág. 123

jurisprudencia; deben concurrir, ciertas características, para que proceda su revisión vía amparo, estas características son: el particular que emitió el acto debe encontrarse en una situación de poder respecto de la persona que impugna el acto; el asunto planteado, debe trascender a la esfera constitucional, no debe tratarse de una simple inconformidad; el demandante debe haber agotado los recursos que el ordenamiento jurídico ha establecido para impugnar el asunto planteado frente a la sala, o que estos no existan o existiendo sean insuficientes para garantizar los derechos constitucionales del demandante; y que la categoría jurídica protegible de carácter constitucional que se ha vulnerado, sea exigible u oponible frente al particular demandado.

- 5) ***Contra actos políticos:*** la Sala de lo Constitucional, actualmente no ha emitido una resolución que estudie la procedencia del amparo contra actos políticos; sin embargo, en su jurisprudencia, al conocer del proceso de inconstitucionalidad; se pronuncia a la posibilidad genérica de revisar la constitucionalidad de los mismos, lo cual la hace aplicable al amparo en cuanto mecanismo de control. la jurisprudencia emitida por la sala, ha sostenido que al no aceptarse el análisis de los actos políticos, se estaría dejando exentas de control constitucional, pero su competencia no es revisar la conveniencia y oportunidad de estos actos, sino, la compatibilidad de los mismos con la Constitución, no atentando contra el principio de independencia y división de poderes. La jurisprudencia emitida por la sala, es aplicable al proceso de amparo por dos razones: la primera, porque si un acto de naturaleza política ocasione un agravio constitucional a una persona, ésta se encuentra facultada para impugnarlo vía amparo; y la segunda; es referida a que constitucionalmente se establece que los actos de todo funcionario civil o militar deben estar sujetos a la Ley Suprema, no estableciendo excepción

alguna, en este caso, debe tomarse en cuenta que la Carta Magna, regula el proceso de Amparo como un instrumento para impugnar los actos que violen los derechos constitucionales de la persona, no estableciendo excepción alguna¹³¹.

2.3.4 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES APLICADOS AL PROCESO DE AMPARO.

- a) **Principio de iniciativa a instancia de parte:** el proceso de Amparo, debe ser iniciado por la persona que se considere agraviada por el acto que impugna, no pudiendo ser iniciado de oficio por parte de la Sala, esto, ya que los intereses que se ponen en conflicto en este proceso por el sujeto activo dentro de este proceso son privativos del demandante.
- b) **Principio de la existencia del agravio:** este principio establece que el agravio debe cumplir todos los elementos del mismo, es decir que existe un daño (elemento material u objetivo), se da la existencia de la persona que sufre el daño (elemento subjetivo o pasivo), existe quien ocasiona el daño, sea la autoridad o un particular (elemento subjetivo activo) y finalmente existe la norma constitucional que protege el derecho que se ha establecido como violentado en la demanda (elemento jurídico). Además debe cumplir las características del mismo, es decir, que se de la determinación concreta de la persona de quien lo sufre (personal), que la afectación sea precisa en contra del titular del derecho (directo) y la afectación sea real y determinada del derecho (objetivo)".¹³²
- c) **Principio de definitividad** (Art. 12 L. Pr. Cn.): denominado también como principio de subsidiariedad, consiste en que para el ejercicio de la acción

¹³¹ Estas circunstancias se encuentran reguladas en el Art. 235 y 247 Cn.

¹³² Salvo cuando se esté presente en interés difuso o colectivo como en el caso de daño al medio ambiente, pudiendo mencionarse, además, la vulneración de derechos de los consumidores.

de amparo, es necesario el agotamiento de los recursos ordinarios que contempla la ley para impugnar el acto. El no cumplimiento de este principio produce, la improcedencia de la demanda de amparo. Por este principio, los derechos al honor y a la imagen, deben ser demandados ante los tribunales comunes. Las excepciones a este principio son: que no existan recursos que puedan impugnar dicho acto y que existan, pero sean insuficientes para lograr la protección de los derechos del demandante.

- d) Principio de la suplencia de queja deficiente** (Art. 80 L. Pr. Cn.): “este principio posibilita que la Sala de lo constitucional pueda suplir errores u omisiones de las partes pertenecientes al derecho, sin violentar el principio de congruencia insito en toda sentencia que se dicta en los procesos de amparo”.¹³³
- e) Principio de relatividad** (Art. 81 L. Pr. Cn.): este principio establece que, el contenido de la sentencia de amparo, produce los efectos de cosa juzgada contra toda persona o funcionario demandado, solamente en cuanto a que el acto impugnado sea o no constitucional; y si vulnera derechos constitucionales. El contenido de esta sentencia no constituye declaración, reconocimiento o constitución de derechos privados subjetivos de los particulares o del Estado, por lo tanto, no puede oponerse como excepción de cosa juzgada en ningún proceso posterior que se ventile ante los tribunales de la República.

2.3.5 PROCEDIMIENTO DEL PROCESO DE AMPARO ANTE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Revista de Derecho Constitucional, Julio-Septiembre de 1997, Sección de Publicaciones, Sala de lo Constitucional, 1997, Pág. 494.

En el proceso de amparo, se dan las etapas fundamentales de todo proceso, los actos en este proceso se clasifican en: actos de iniciación, de desarrollo y de conclusión, que pueden ser de conclusión normal o anormal.

2.3.5.1 ACTOS DE INICIACIÓN.

Estos actos son aquellos que determinan o delimitan el acto reclamado, al igual que sus fundamentos y la resistencia de la autoridad o particular demandados. Estos actos son:

2.3.5.1.1 Presentación de la demanda.

La demanda de amparo debe cumplir con los requisitos formales establecidos en la ley, estos requisitos¹³⁴ son:

- ✓ Las generales del demandante o persona agraviada (nombre, edad, profesión u oficio y domicilio): este proceso puede ser promovido por el mandatario de la persona agraviada, debiendo expresar las mismas generales. En el caso que el demandante sea una persona jurídica, además de expresar sus generales, debe expresar el nombre, la naturaleza y el domicilio de la persona jurídica que demanda.
- ✓ La autoridad o funcionario demandado: esta determinación debe ser precisa y clara para que la Sala pueda proceder contra dicha autoridad.
- ✓ El acto contra el que se reclama: este acto debe estar investido de la potestad de imperatividad, si procede de una autoridad o de un particular en calidad de superioridad, pero en todo caso debe vulnerar derechos constitucionales del demandante.
- ✓ El derecho protegido por la constitución que se considere violado u obstaculizado en su ejercicio.
- ✓ Relación de las acciones u omisiones en que consiste la violación.

¹³⁴ Estos requisitos son establecidos en el Art.14 de la L. Pr. Cn.

- ✓ Las referencias personales del tercero a quien benefició el acto reclamado, en caso de que lo haya: este requisito establecido por la ley demuestra que la participación de este tercero, es relativa y no es necesaria su intervención en todo proceso que se desarrolle, sino que puede existir o no existir en el proceso.
- ✓ Lugar y fecha del escrito.
- ✓ Firma del demandante o de quien lo hiciera a su ruego.

Los requisitos formales o extrínsecos, pueden dividirse en esenciales y no esenciales. Los requisitos formales esenciales son los necesarios para conocer y definir la pretensión planteada, entre estos pueden mencionarse: el establecimiento del acto reclamado, la autoridad o funcionario demandado y las generales del demandante (sea a través de mandatario o persona jurídica a través de su representante), la falta de los mismos provoca que la Sala prevenga al demandante y le determine un plazo para que supla estas deficiencias, debido a que sin estos requisitos la demanda es inadmisibile, y se declarará de esta manera, sólo si el demandante no suple las deficiencias mencionadas, las suple extemporáneamente o lo hace de manera deficiente¹³⁵. Por otra parte, los requisitos formales no esenciales, son aquéllos que lo conforman requisitos establecidos como meros formalismos, como por ejemplo: la profesión del demandante, estos son requisitos que doctrinariamente se consideran que no deben detener el curso del proceso, al no ayudar sustancialmente a conocer el caso, y por lo tanto no deben producir prevención, correspondiendo en este caso, la admisión de la demanda.

¹³⁵La inadmisibilidad, se encuentra establecida de manera expresa en el Art. 18 L. Pr. Cn. luego de que la Sala ha recibido la demanda y ha analizado si cumple o no con los requisitos que establece la misma ley para su presentación. el plazo que esta disposición establece para subsanar la prevención hecha es de tres días tomando en cuenta que los días en este proceso son días hábiles.

La inadmisibilidad, es en sí el rechazo de la demanda por motivos de forma o vicios en los formalismos establecidos para su presentación, cuando ésta es declarada, la consecuencia que produce es que la demanda se tiene por no presentada y por lo tanto, queda la posibilidad de poder ser interpuesta nuevamente. Esta consecuencia, es en razón de que, la pretensión constitucional planteada se deja intacta, pues su rechazo ha sido in limine y ha recaído sobre requisitos formales los cuales al no ser suplidos satisfactoriamente imposibilitaron cualquier pronunciamiento sobre la pretensión.

En cuanto a la improcedencia, esta es declarada, por vicios en la pretensión, los cuales generan imposibilidad a la Sala en su facultad de juzgar. La improcedencia, para ser declarada no necesita de una prevención, ya que de la pretensión planteada, se deduce que, la Sala no tiene la facultad de juzgar el caso que se le plantea, y doctrinariamente se ha sostenido que al hacer una prevención, al ser suplida, se tendría en un mismo proceso dos pretensiones distintas, lo cual va contra toda lógica jurídica; y puede suceder que la segunda pretensión planteada puede ser promovida en otro proceso. El motivo más común y definido por la ley de Procedimientos constitucionales, para declarar la improcedencia del recurso de amparo es: “cuando la pretensión del demandante esté referida a asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales y respecto de sentencias definitivas ejecutorias en materia penal”¹³⁶. En estos casos la pretensión se basa en los denominados asuntos de mera legalidad y no en la vulneración de derechos protegidos constitucionalmente. “Por otro lado, la pretensión de amparo es improcedente, cuando, en sede infraconstitucional, no se ha hecho uso de los recursos establecidos por la ley para “atacar” el acto impugnado, objeto de la pretensión; recursos que, ha dicho de la

¹³⁶ Art. 13 L. Pr. Ch.

jurisprudencia constitucional y en contradicción con la regla de interpretación “donde no distingue el legislador no debe distinguir el juzgador”, sólo se refiere a los recursos cuyo conocimiento corresponde a una autoridad superior.”¹³⁷

En este último caso la improcedencia no será definitiva, puesto que esta imposibilidad puede desaparecer, y esto sucederá, cuando el demandante agote todos los recursos previos y requeridos para que, en otro proceso posterior, la Sala pueda admitir la demanda. Se plantea un aspecto muy importante como motivo de declaratoria de improcedencia de la demanda, y es; en el caso de que exista la falta de legítima contradicción, es decir, cuando quien pide no es quien debe hacerlo o frente a quien se pide no es el obligado a responder por la supuesta vulneración. Por este motivo la doctrina ha sostenido que debe declararse la improcedencia, en razón del principio de economía procesal y de pronta y cumplida justicia; pero, sino se percató, debe pronunciar lo que se conoce en materia civil como sentencia inhibitoria, en caso de que surja en las primeras etapas del proceso, o que la sentencia sea desestimatoria, en caso que el motivo surja en la etapa de dictar sentencia. Sin embargo, también se ha sostenido que este no debe ser un motivo de improcedencia, ya que: “esto no implica que lo que se pide no sea competencia de la Sala de lo Constitucional; es decir, que el objeto es procedente sólo que los sujetos de la relación no están vinculados procesalmente hablando”¹³⁸. La Sala de lo Constitucional, ha visto este requisito como necesario para la habilitación de pronunciar sentencia, es decir como causal de improcedencia o desistimiento dependiendo de la etapa en que se descubra este vicio. La doctrina ha sostenido que: “el problema se genera con la definición de improcedencia que se maneje. Así, si ésta es

¹³⁷ Vid, CÁDER CAMILOT, ALDO ENRIQUE, *Aspectos Generales sobre el Proceso de Amparo en El Salvador*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2001 Pág. 33.

¹³⁸ *Ibíd.* Pág. 34

derivada por cualquier vicio de la pretensión, la falta de legítima contradicción será causal pura de improcedencia, si esta especie de rechazo implica, un defecto absoluto en la facultad de juzgar por falta de competencia o por vicio en el objeto que redunde en aquella falta, la ausencia de legítima contradicción no es causa de improcedencia.”¹³⁹

Si la demanda cumple, con los requisitos formales esenciales, que permiten el conocimiento del contenido de la pretensión, y no existe ningún motivo de rechazo, entonces debe admitirse, en el caso del recurso de amparo, la Sala en el mismo auto resolverá sobre la suspensión del acto reclamado aún cuando el peticionario no la hubiere solicitado. Luego de la admisión procede decidir sobre la suspensión de dicho acto.¹⁴⁰

2.3.5.1.2 Informes a la autoridad Demandada.

En relación a la autoridad demandada, a ésta se le solicitan dos informes durante el curso del proceso de amparo. El primero de estos informes, es con el objetivo de que la autoridad demandada se pronuncie solamente sobre la existencia o no del acto reclamado, sin fundamentar ningún aspecto, aunque legalmente no existe impedimento que prohíba hacerlo¹⁴¹. El objetivo de establecer la existencia o no existencia del acto reclamado, es que la existencia real de dicho acto, es un requisito indispensable, para analizar el fondo del asunto, es decir, que al comprobar dicha circunstancia, se posibilita entrar a satisfacer la pretensión constitucional de amparo, si la existencia de este acto, es negada por la autoridad demandada, el actor, se encontrará en la obligación de probarla dentro del proceso, de lo contrario se dará un sobreseimiento. El segundo informe va más allá, en el mismo, la autoridad demandada no debe solamente pronunciarse sobre la existencia o no del

¹³⁹ *Ibíd.* Pág. 36

¹⁴⁰ Art. 19 L. Pr. Cn.

¹⁴¹ Art. 21 L. Pr. Cn.

acto, sino que debe presentar los fundamentos y razones que apoyen la constitucionalidad del acto, en caso que se pronunciara afirmativamente sobre la existencia del acto en el primer informe; o que apoyen la inexistencia de dicho acto, en el caso de haberlo manifestado así en el primer informe.

2.3.5.2 ACTOS DE DESARROLLO.

Luego de establecer plenamente el objeto del amparo, ya que al tenerse la demanda y la respuesta fundamentada de la autoridad demandada, queda por concluida la etapa inicial de este proceso, por lo cual se da paso a la etapa de desarrollo.

2.3.5.2.1 Traslado al Fiscal de la Corte.

La audiencia que se lleva a cabo en el proceso de Amparo, está dirigida hacia El Fiscal de la Corte¹⁴², este tiene calidad de interviniente dentro del proceso, pero no es parte dentro del mismo. El fiscal de la corte se asemeja a la figura del *amicus curiae*, quien ilustra al tribunal con una opinión técnica objetiva, alejada de la subjetividad que embarga a las partes. La importancia de esta audiencia, es que, el Fiscal se pronuncie en relación a la actividad jurisdiccional proveniente de la Sala, es decir, sobre los actos de admisión de la demanda y las medidas cautelares adoptadas; su intervención, esencialmente es para refutar o confirmar, desde su punto de vista lo actuado por el tribunal. El fiscal debe pronunciarse luego de notificado, al siguiente día hábil. Se corre traslado además, a la parte actora, en el plazo de tres días. La intervención del fiscal en el proceso de amparo, se da en tres ocasiones: la primera cuando el tribunal requiere su opinión sobre la suspensión del acto reclamado; la segunda, luego que la autoridad demandada ha rendido el segundo informe; en un plazo de tres días, y servirá para que la Sala resuelva sobre una apertura o no a prueba. La

¹⁴² Art. 27 L. Pr. Cn.

tercera y última intervención, tiene lugar cuando se ha concluido el plazo probatorio, por un plazo de tres días, se corre traslado, con el objetivo de que opine de modo general sobre el proceso, y que este informe pueda servir a la Sala para pronunciar una resolución que ponga fin a éste, ya sea advirtiendo una causal de sobreseimiento o resolver sobre la constitucionalidad o no del acto reclamado. Estos informes no son vinculantes en la decisión de la Sala, además; no puede pronunciarse sobre hechos no controvertidos o planteados en el proceso.

2.3.5.2.2 Plazo probatorio¹⁴³.

En este proceso, existe un plazo para probar los hechos alegados por ambas partes, este plazo es cuando se han solventado los traslados, este plazo es común y es de ocho días. Jurisprudencialmente se ha sostenido que en este aspecto son aplicables todas las reglas del procedimiento civil, es decir se aplican todas las reglas establecidas en la Ley de Procedimientos Civiles, ya que es de aplicación supletoria en todo proceso constitucional; siempre y cuando no contraríe las disposiciones establecidas para tales procesos¹⁴⁴. Uno de los medios de prueba que es considerado improcedente en este proceso constitucional es la absolución de posiciones, puesto que éste es aplicable para probar hechos de carácter personal; en el caso del amparo, la autoridad demandada no comparece en defensa de intereses propios, ni de hechos personales, sino que en defensa de hechos realizados por la institución como órgano y no como persona.

Este plazo es importante, para la parte actora, en el sentido que debe ocuparlo, para probar el acto reclamado, si no lo ha hecho antes, o si la autoridad demandada ha negado la existencia del mismo en sus informes,

¹⁴³ Art. 29 L. Pr. Cn.

¹⁴⁴ Este criterio se ha establecido a través de la jurisprudencia, ya que la Ley de Procedimientos Constitucionales, no contiene reglas específicas en cuanto a medios de prueba y su presentación.

puesto que el valor de estos informes, es de veracidad, la cual no es absoluta; pero, genera la obligación de probar lo contrario por parte del demandante, con el objetivo de lograr una sentencia estimatoria. Este plazo puede suprimirse, cuando del contenido de la demanda y de los informes de la autoridad demandada la Sala se percate que se ha reconocido tácita o expresamente los hechos sobre los cuales recaerá la decisión jurisdiccional, siendo innecesario este plazo probatorio, por considerarse establecidos todos los elementos de juicio necesarios para la aplicación de la Constitución¹⁴⁵. La jurisprudencia, en este caso, declara los procesos de amparo como de “mero derecho”, se suspende el plazo probatorio y los traslados al Fiscal y las partes, para que formulen y presenten sus alegatos por escrito, y el proceso se pone en Estado de dictar sentencia.

2.3.5.3 ACTOS DE CONCLUSIÓN.

Estos son los actos finales, es decir que concluidos los actos de iniciación y desarrollo, el proceso queda en Estado de dictar sentencia. Este es el acto de conclusión, es decir, la sentencia. En esta etapa, la Sala determina si no existe ninguna forma anormal de terminación del proceso (se refiere al sobreseimiento); establecido este supuesto, le corresponde al tribunal, examinar la pretensión del demandante y las alegaciones de la parte demandada. La sentencia en este proceso puede ser: estimatoria o desestimatoria.

La sentencia estimatoria, se dicta cuando se dan por probados los hechos alegados por la parte demandante y contrariamente, cuando no se han probado o han sido probados de manera insatisfactoria, la sentencia es desestimatoria.

¹⁴⁵ La posibilidad de suprimir el término probatorio, en este proceso, es consecuencia de la aplicación supletoria del Art. 514 y SS. C. Pr. C.

2.3.5.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA PRONUNCIADA EN EL PROCESO DE AMPARO.

Cuando el análisis del amparo se ha realizado en todas sus etapas, corresponde examinar lo relativo a la responsabilidad del demandado, cuando el tribunal ha declarado la existencia de violaciones constitucionales. El efecto normal y principal de la sentencia que concede el amparo es el restitutorio¹⁴⁶, este debe ser entendido de forma amplia, atendiendo a la doble finalidad del amparo, la primera es el restablecimiento del orden constitucional violado y la reparación del daño causado.

Si la existencia de un agravio personal y directo al actor, es reconocida por la Sala, su consecuencia es la reparación del daño causado, restaurando las cosas al estado en que se encontraban previo a la ejecución del acto violatorio de derechos, el restablecimiento, consistirá en el pleno uso y goce de los derechos violados del agraviado; pero en algunos casos ésta restitución no debe entenderse en un sentido físico, sino que debe ser desde un punto de vista jurídico o patrimonial.

Se ha establecido que cuando el acto reclamado, se ha ejecutado de un modo irremediable, habrá lugar a la acción civil de indemnización de daños y perjuicios contra el funcionario responsable personalmente y subsidiariamente contra el Estado. Esta acción, puede hacerse efectiva a través de un proceso civil sumario declarativo de indemnización por daños y perjuicios, directamente contra quien realizó el acto u omisión reclamada, éste proceso, será independiente del proceso de amparo.

2.3.6 EL SOBRESEIMIENTO COMO FORMA ANORMAL DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO.

¹⁴⁶ Art. 35 L. Pr. Cn.

Las causales de terminación del proceso de amparo por sobreseimiento son¹⁴⁷:

- a) ***Por desistimiento del actor***, sin que sea necesaria la aceptación del demandado: el desistimiento no delimita sus direcciones, es decir, que no se distingue si se aparta o se abandona la pretensión. Pero por la atipicidad del mismo, los legisladores no distinguen el mismo, por ello, los tribunales no distinguen, por lo que, la consecuencia del desistimiento es que al apartarse de su derecho material y de la vía procesal, no puede plantear nuevamente su pretensión.
- b) ***Por expresa conformidad del agraviado con el acto reclamado***. Esta causal, se produce cuando la Sala advierte, de los informes y de la documentación anexa al proceso, que el pretensor ha consentido el agravio, es decir, que el agravio ha sido consentido voluntariamente por el demandante. En este caso, el amparo constitucional carece de objeto, y en consecuencia, debe sobreseerse.
- c) ***Por advertir el tribunal que la demanda se admitió en contravención a los requisitos procesales y formales para continuar el proceso, o se ha planteado un caso de improcedencia***: en el caso de improcedencia, por falta de competencia de la Sala, se ha establecido, que esta puede ser advertida en cualquier estado del proceso. La falta de requisitos procesales no deben ser referidos a errores de derechos, ya que uno de los principios de este proceso es la suplencia de la queja deficiente.
- d) ***Por no rendirse prueba sobre la existencia del acto reclamado, cuando aquella fuere necesaria***: uno de los requisitos sine qua non para satisfacer la pretensión del actor en el proceso de amparo, es que éste pruebe la existencia del acto reclamado o de la omisión impugnada, de lo

¹⁴⁷ Causales establecidas en el Art. 31 de la L. Pr. Cn.

contrario, la pretensión no puede ser sujeta a un pronunciamiento satisfactorio. Esto, es porque, como consecuencia lógica de falta de pruebas, la Sala, no puede verificar la existencia de la violación constitucional planteada en la demanda, y no probada dentro del desarrollo del proceso.

- e) **Por haber cesado los efectos del acto reclamado:** “si probado el acto reclamado han cesado sus efectos, ya no es posible entrar a determinar si los mismos eran inconstitucionales, es decir que si se eliminan los efectos del acto u omisión reclamada, al pretensor se le ha satisfecho su interés de manera anticipada al posible efecto de una sentencia de amparo estimable.”¹⁴⁸ Jurisprudencialmente, se ha establecido, como otra causa de sobreseimiento; la imposibilidad de que el acto produzca efectos, esto en razón de que, “para que una demanda de amparo proceda se requiere que el sujeto activo de la pretensión sufra un agravio derivado de los efectos del acto reclamado”¹⁴⁹ (Amparo 170-97 del 20 de Julio de 1998)
- f) **Por fallecimiento del agraviado si el acto reclamado afectare únicamente a su persona:** esta causal, es en razón de que, el amparo, sólo puede ser promovido de forma personal y directa el agravio, aunque esta teoría, ha sufrido modificaciones con la figura de la sustitución procesal y por la tesis de los intereses colectivos y difusos.

El sobreseimiento, es considerado como la forma anormal de terminación del proceso por motivos procesales que no permiten conocer el fondo de la pretensión del demandante.

¹⁴⁸ Vid, CÁDER CAMILOT, Aldo Enrique, *Aspectos Generales sobre el Proceso de Amparo en El Salvador*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001 Pág. 52

¹⁴⁹ *Ibíd*em Pág. 53

2.4 LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO COMO MEDIDA CAUTELAR APLICADA AL PROCESO DE AMPARO.¹⁵⁰

En el proceso de amparo, la Sala, en el auto que admite la demanda, debe resolver sobre la suspensión del acto contra el que se reclama, aún cuando el peticionario no la hubiere solicitado; esta suspensión, procede solamente, respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos. Para aplicar esta suspensión se requiere la presencia de dos requisitos fundamentales: el primero; que exista un derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y; el segundo, que la ejecución del acto reclamado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación (*periculum in mora*). El acto reclamado puede consistir en un acto positivo, es decir, que implique una acción de hacer; o en un acto negativo, es decir, que implique una acción de no hacer por parte de la autoridad contra quien se demanda. De la suspensión provisional del acto, se pedirá informe a la autoridad o funcionario demandado, en este informe, la autoridad se debe limitar a expresar si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen; y debe presentarlo dentro de veinticuatro horas; sucediendo que, la falta del mismo, hará presumir la existencia del acto reclamado para los efectos de la suspensión. Luego de este informe, se manda oír en la siguiente audiencia al Fiscal de la Corte y con la contestación del mismo o sin ella la sala debe resolver sobre la suspensión, ya sea, decretándola, declarándola sin lugar o en caso de que se trate de una suspensión provisional, debe confirmarla o revocarla si se hubiere decretado. La resolución, que deniega la suspensión del acto reclamado, puede ser revocada en cualquier etapa del proceso, cuando la Sala lo estime conveniente, antes de la sentencia definitiva.

La medida cautelar adoptada, en este proceso, debe ir encaminada simplemente a salvaguardar las posibles resultas del amparo, por ningún

¹⁵⁰ Art. 19 y SS. L. Pr. Cn.

motivo, debe entenderse que la suspensión del acto reclamado, es un indicio de la obtención de una sentencia estimatoria. “Dentro de este rubro, lo más común, es que, si no se ha ejecutado o si no se tratase de una omisión, se suspenda la ejecución o los efectos positivos del acto reclamado.”¹⁵¹ Tradicionalmente, la medida cautelar aplicada en este proceso, es la suspensión del acto reclamado, sin embargo, la doctrina abre la posibilidad de la aplicación de otras medidas. El establecimiento de la medida cautelar no es de manera definitiva dentro del proceso,” lo cual no es correcto, precisamente porque las medidas cautelares responden a la “rebus sic stantibus”, tanto en lo relativo a su adopción como a su mantenimiento, en cualquier estado del proceso”¹⁵²

Sin embargo, existen circunstancias en que el daño causado, se hubiere ejecutado de modo irremediable, en estos casos, habrá lugar a la acción civil de indemnización de daños y perjuicios contra el responsable, si se tratase de funcionario público, esta responsabilidad será subsidiada por el Estado. La filosofía de la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado consiste en, que sería ilógico dictar sentencia después de un arduo proceso, cuando ya no existe ninguna posibilidad de satisfacer las pretensiones de la persona agraviada.

2.4.1 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON EL PROCESO DE AMPARO.

Para efectos de este apartado, es necesario realizar un análisis comparativo entre los procesos de Inconstitucionalidad y de Amparo.

¹⁵¹ Vid, CADER CAMILOT, Aldo E., Op. Cit., Pág. 38

¹⁵² Ibídem. Pág. 40

2.4.1.1 Semejanzas.

- a) En cuanto a la pretensión, en ambos procesos debe fundamentarse en la violación de disposiciones constitucionales, teniendo como objetivo, hacer efectivo el principio de Supremacía Constitucional.
- b) Ambos procesos, se encuentran inspirados en el principio de iniciativa a instancia de parte.
- c) En el proceso de Inconstitucionalidad, al igual que en el de amparo, la acción para interponer la demanda no prescribe ni caduca.
- d) La intervención del Fiscal General de la República, aunque con denominación diferente; en estos procesos, es en calidad de “amicus curiae”, es decir, en defensa de la constitución.
- e) En relación a la legitimación activa, en ambos procesos, puede ser ejercida por personas jurídicas a través de su representante legal. Además de proceder la firma a ruego.
- f) La inadmisibilidad, en ambos procesos, solamente se declara cuando existen vicios formales, y al ser prevenidos por la Sala, estos no se suplen, se suplen de manera deficiente o se suplen fuera del plazo determinado por la Sala.
- g) El sobreseimiento, es aplicable tanto en el proceso de Amparo, como en el de inconstitucionalidad; aunque en éste último se da por aplicación analógica.
- h) Los plazos en ambos procesos, se contabilizan en días hábiles.
- i) El informe del Fiscal, en ambos procesos, es vinculante no determinante.

2.4.1.2 Diferencias.

- a) En el proceso de Inconstitucionalidad, la legitimación activa, recae sobre la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado; referida a

autoridades estatales o de gobierno; en el amparo, la parte demandada, puede ser una autoridad estatal o un particular.

- b) La legitimación activa en el proceso de Inconstitucionalidad, la ostenta cualquier ciudadano sin que medie un interés directo para su presentación; en el proceso de Amparo, la legitimación activa la ostenta la persona que se encuentre afectada directamente por el acto emitido por la autoridad demandada.
- c) En el proceso de Amparo, la sentencia estimatoria, tiene un efecto restitutorio, es decir, busca volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la emisión del acto reclamado; la sentencia estimatoria en el proceso de Inconstitucionalidad, busca expulsar del ordenamiento jurídico, la normativa declarada inconstitucional.
- d) El proceso de Amparo, se inspira en el principio de la suplencia de la queja deficiente, el de inconstitucionalidad; se inspira en el principio de estricto derecho.
- e) En el amparo, cuando se considera necesario, debe darse la apertura a prueba, en el proceso de Inconstitucionalidad, la Sala, decide la apertura a pruebas tomando en cuenta los alegatos e informes de las partes y los otros intervinientes.
- f) La sentencia estimatoria en el proceso de Inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes, es decir generales, en el caso del amparo, los efectos son particulares, es decir solamente son aplicables al caso concreto.
- g) En el proceso de amparo, es aplicable el principio de definitividad o subsidiariedad, en el de inconstitucionalidad, no es necesario el agotamiento de los recursos previos para incoar el mismo.
- h) La Inconstitucionalidad constituye un control abstracto de Constitucionalidad, en cambio, en el amparo contra ley, la misma debe

producir un daño o un acto lesivo contra persona particular (esta es una diferencia sustancial).

- i) La responsabilidad para la autoridad demandada, solamente es aplicable en el proceso de amparo, en el de Inconstitucionalidad, no existe ninguna responsabilidad contra la autoridad emisora del ordenamiento jurídico impugnado.

2.4.2 ADAPTACION DE LA MEDIDA CAUTELAR DE LA SUSPENSION DEL ACTO RECLAMADO AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Una problemática, de mucho interés en el actual proceso de inconstitucionalidad, es la falta de adopción de medidas cautelares, las cuales, a pesar de que dicho proceso, no cuenta con un plazo razonable para su resolución, no han sido contempladas legal ni jurisprudencialmente. Existen, como se ha establecido en el apartado anterior, muchos aspectos comparativos entre el proceso de amparo y el proceso de Inconstitucionalidad. La suspensión del acto reclamado adaptada al proceso de Inconstitucionalidad puede traducirse en la no aplicación de la normativa impugnada durante el proceso de Inconstitucionalidad, en el caso que esta se encuentre vigente y en el caso, que todavía no se hubiese aplicado, se traduce en la suspensión de la vigencia de dicha norma, sin olvidar, que dicha medida sería aplicable no sólo a las partes en el proceso, sino de un modo general.

Esta medida cautelar, adaptada al proceso de Inconstitucionalidad, no debe bajo ninguna circunstancia desnaturalizar, el objeto de dicho proceso, ya que debe recordarse que lo que se busca es expulsar del ordenamiento jurídico la normativa impugnada. Por lo tanto, esta desaplicación no debe solicitarse personalmente, sino más bien, alegando, el perjuicio que causa

sobre la población civil o sectores del mismo, la vulneración a la supremacía constitucional causada por la normativa impugnada. En el amparo contra ley, como en toda clase de amparo, la persona que se encuentra afectada por la promulgación de la norma, debe poseer un interés directo y resultar afectado de manera directa por el acto que surge a partir de su aplicación; en caso de dictarse sentencia estimatoria sus efectos son aplicables solamente a la persona demandante y esto no impide por el principio de relatividad, que se promueva una acción posterior ante los tribunales competentes. En cambio, en el proceso de Inconstitucionalidad, sus efectos son generales y obligatorios, sin que medie interés o afectación directa; aunque en algún momento, pueden existir sectores determinados afectados por la norma impugnada, pero que buscan expulsar esta normativa del ordenamiento jurídico. Sus efectos por ser generales, no permiten que pueda incoarse en un proceso posterior una acción basada en la normativa ya declarada inconstitucional. Por ejemplo: en el caso del sector lancharo, que impugnó la Ley del FOVIAL; por considerar que ese impuesto no debía ser aplicada a ese sector por no utilizar las carreteras, el artículo de la Ley fue declarado inconstitucional, por lo tanto, dicho sector se encuentra exento del Impuesto, sin que exista posibilidad de un cobro posterior por parte del Fisco.

El proceso de Inconstitucionalidad, como se ha establecido anteriormente, no posee un plazo para su tramitación. Sin embargo, la norma impugnada, puede causar ambos supuestos doctrinarios que se necesita para la aplicación de la medida cautelar, es decir; que puede darse la probable existencia de un derecho amenazado, pues, en muchos casos; la norma constitucional que se considera vulnerada, es precisamente referida a normas establecidas para la protección de derechos fundamentales, lo cual afecta a la población en general. Y además, la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación, que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento; esto, puede concretarse en el proceso de

Inconstitucionalidad, en el hecho de que al no establecerse un término legal para su procedimiento, la aplicación de la norma impugnada puede ocasionar un daño en la población. por ejemplo: si se emite una ley que decreta la privatización del sistema de Salud y ésta se impugna como inconstitucional, sería adecuado que durante el proceso se suspendiese la aplicación de dicha ley, es decir suspender la privatización, ya que, de lo contrario, si se aplica, la población en general, se vería afectada con la vulneración al derecho a la Salud gratuita, establecida en el Art. 66 Cn.; causando daño en el patrimonio de todos los habitantes de escasos recursos, el cual, no puede resarcirse, de ninguna manera debido a que el proceso de Inconstitucionalidad, no tiene una finalidad restitutoria y que, la autoridad emisora no es susceptible de ninguna responsabilidad, ante una sentencia estimatoria.

En el ejemplo anterior, se dan dos supuestos, el primero que la Ley del sistema de Salud, es contrario, en su contenido, a lo dispuesto en la Constitución en el Art. 65 y SS. Puesto que vulnera el apartado referido a la Salud Pública y asistencia social, en la que obliga al Estado el proporcionar a los habitantes de la República, los servicios de salud de manera gratuita, proporcionando todos los insumos necesarios para lograr esta obligación. El segundo supuesto, es que si la ley se aplica, vulneraría este derecho de los habitantes de la República, y al no aplicar la suspensión, y llevarse a cabo la privatización; ésta no podrá revertirse, causando, si es declarada inconstitucional, daños a la población y erogaciones mayores al Estado. En conclusión se da la existencia de un derecho amenazado, concretado, en el derecho a la Salud (*fomus bonis iuris*), y el daño que ocasionaría dicha ley en el desarrollo del proceso o procedimiento, concretado, en el daño patrimonial causado a la población en general, por la retardación de justicia en el proceso de Inconstitucionalidad. Finalmente, debe tomarse en cuenta, que el supuesto establece “la probable” existencia de un derecho amenazado, es decir que dicha amenaza, puede ser realizable, en un momento dado durante

el transcurso del proceso; no necesariamente la amenaza o vulneración se da al iniciar el proceso, pero deben mencionarse los motivos por los cuales la amenaza se puede concretar o en su caso, las razones por las cuales debe cesarse la vulneración del mismo.

CAPITULO III

CONSIDERACIONES TEORICO-DOCTRINARIAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA POTESTAD CAUTELAR

"El tiempo necesario para obtener la razón, no debe convertirse en daño para quien tiene razón"
Giuseppe Chiovenda

SUMARIO

3.1 Introducción. 3.2 Antecedentes Históricos y Evolución de las Medidas Cautelares: 3.2.1 Generales; **3.2.2** En el control jurisdiccional de constitucionalidad de las Leyes. **3.3 Las Medidas Cautelares: 3.3.1** Concepto; **3.3.2** Naturaleza; **3.3.3** Clasificación de las medidas cautelares; **3.3.4** Características; 3.3.4.1 Instrumentalidad; 3.3.4.2 Provisionalidad; 3.3.4.3 Temporalidad; 3.3.4.4 Variabilidad; 3.3.4.5 Proporcionalidad; 3.3.4.6 Jurisdiccionalidad; **3.3.5** Presupuestos; 3.3.5.1 Apariencia de Buen Derecho (*Fumus bonis iuris*); 3.3.5.2 Peligro por la Mora Procesal (*periculum in mora*). **3.4 La Potestad Cautelar: 3.4.1** Concepto, **3.4.2** Características, **3.4.3** Naturaleza, **3.4.4** Fundamento Constitucional, **3.4.5** Límites a la potestad cautelar 3.4.5.1 Principio de Legalidad, 3.4.5.2 Principio de Proporcionalidad, **3.4.6** La Tutela Cautelar en los distintos sistemas de Justicia Constitucional, 3.4.6.1 Principales elementos diferenciadores de los modelos difuso y concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, 3.4.6.2 El distinto modo de articular la potestad cautelar en uno y otro sistema de justicia constitucional. **3.5 Posturas Teóricas sobre la suspensión de la norma impugnada en el Proceso de Inconstitucionalidad: 3.5.1** Postura que admite la suspensión de la norma impugnada, **3.5.2** Postura que rechaza la suspensión de la norma impugnada. **3.6 Las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en la actualidad.**

3.1 INTRODUCCION

Ante el estudio de cualquier figura jurídica, se plantea la necesidad de conocer la historia de su surgimiento y su posterior desarrollo en la realidad, así como definir el concepto esencial que la constituye, a fin de establecer con acierto la naturaleza jurídica de dicha figura, determinar sus características, y en su momento oportuno ubicarla dentro del derecho positivo.

El presente capítulo hace una breve referencia histórica de las medidas cautelares en cuanto al ámbito civilista y su posterior adopción en los procesos constitucionales. Asimismo, se desarrollara de forma teórica y doctrinaria aspectos característicos de las medidas cautelares, tanto de forma generalizada como de manera mas específica en cuanto a su aplicación en los procesos constitucionales, y sobre todo del proceso de inconstitucionalidad, objeto de estudio de la presente investigación.

Además, se desarrolla lo relativo a la Potestad Cautelar considerada como un 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. La aceptación de dicha potestad cautelar en el proceso de inconstitucionalidad se refleja tanto en la doctrina como en la practica judicial de varios países, lo cual se ha logrado a través del desarrollo teórico de aquellos que se adhieren a las posturas que admiten la posibilidad de la adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad y los que rechazan tal posibilidad en la actualidad.

3.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.2.1 Generales

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La Pignoris Catio, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la *legis actiones*, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.¹⁵³

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis acciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.¹⁵⁴

¹⁵³MORALES GALITO, Einstein Alejandro, *Medidas Cautelares*, Venezuela, puede consultarse en Internet en <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

En lo que a la anotación preventiva de la demanda se refiere, sus orígenes en el Derecho Romano como intervención judicial, juntamente con el depósito judicial, se encontraba en la Ley Primaria, Título IX, Partida II, para ciertos supuestos: “a) Cuando se sospeche del demandado, de que la cosa la altere, la empeore o maltrate; b) Cuando el poseedor de un bien litigioso apelo la sentencia dada contra el y se teme que empeore la cosa o disipe los frutos; ...”.¹⁵⁵

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.¹⁵⁶

En el Derecho Español, encontramos en las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de general aplicación en América Latina durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808;

¹⁵⁵ ABARCA, Luís Amparo y otros, *Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia*, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2000, Pág. 4.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República; ésta Ley tampoco previó de modo especial las medidas preventivas: las, dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo.¹⁵⁷

Así, en Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "De las Incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal sobre medidas preventivas. Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de **información sumaria**; la medida podía pedirse en **cualquier estado de la causa** y procedía:

1 °) cuando había temor de que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero, frutos o cosa mueble objeto de litigio o no tuviere responsabilidad; 2°) en el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer; 3°) cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte de los bienes que le toca; 4°) cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia; 5°) en el caso de que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa; 6°) aun si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos; y 7°) cuando la sentencia

¹⁵⁷ Vid, MORALES GALITO, Einstein Alejandro, op. Cit.

definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa fuere apelada por éste y no diere fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble. En cuanto al arraigo, podía pedirse cuando se temiera la ausencia o fuga del demandado y consistía en la obligación de éste de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzara las resultas del juicio, siempre que fundadamente se temiera su ausencia fuera de la República.¹⁵⁸

Además, en el Código Civil español de 1889 y la Ley de Enjuiciamiento Civil recogían el deposito judicial o secuestro con el fin de asegurar los bienes litigiosos, pero en realidad el aseguramiento de bienes como medida de intervención judicial tienen su origen en el anteproyecto de bases para el Código Procesal Civil español, el cual en su base 82 apartado 4 establecía como procesos cautelares el secuestro e intervención judicial de bienes; el primero comprendía la regulación del deposito judicial y la anotación preventiva, y el segundo comprendía la intervención judicial en la administración de determinados bienes¹⁵⁹.

Con respecto a nuestro ordenamiento jurídico, dicha institución el Código Civil la recoge y desarrolla a partir del art. 719, en los siguientes términos: “Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos (...) el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, la constitución de cualquier derecho real,...”; en cuanto al secuestro de bienes, el Código de Procedimientos Civiles regula dicha institución a partir del art. 143 y siguientes.¹⁶⁰

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ Vid, ABARCA, Luís Amparo y otros, *op. Cit.*

3.2.2 En el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de las Leyes.

Las medidas cautelares, si bien es cierto constituyen un gravamen para la parte afectada, por su uso en determinado proceso, éstas han demostrado a lo largo de la historia, que cumplen un papel importante en la salvaguarda de los derechos o intereses de las partes que, a criterio del juzgador y luego de un profundo análisis, se verían mayormente afectadas por el solo transcurso del proceso en donde se presenten hechos o actos que pudieran impedir la eficacia de la resolución final, y que posiblemente le sea favorable al término del proceso.

En el caso de los controles jurisdiccionales de constitucionalidad de las leyes, las medidas cautelares surgieron, en un primer momento, en el Modelo norteamericano de control difuso, en donde se reconoce desde el año de 1824 la admisibilidad de las *prohibitory injunctions* -sobre la base de la Teoría de los Poderes implícitos- para impedir a un sujeto ejecutar una ley considerada inconstitucional e imponer su desaplicación, y a partir de 1938 se introducen explícitamente, por la Federal Rules of Civil Procedure, las *mandatory injunctions* consistentes en un hacer o un dar específico. Desde entonces han constituido un instrumento de relevante importancia en la evolución de la jurisdicción constitucional norteamericana, tanto por su fuerza como por el continuo uso que de ellas se ha hecho, hasta el punto de constituir un elemento fundamental y caracterizador sobre el plano fáctico del sistema de control de constitucionalidad.¹⁶¹

El sistema “concentrado” de control de constitucionalidad, si bien es cierto en varios países como Alemania, Italia, España, entre otros, se han permitido el uso de medidas cautelares en las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, a diferencia del modelo norteamericano,

¹⁶¹ VECINA CIFUENTES, J., *Las Medidas Cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 1993, Pág. 94.

reconoce el uso de las mismas siempre y cuando éstas se encuentren reguladas de una manera expresa en las normas legislativas.

En el caso de Alemania, pese a no estar contemplada expresamente la posibilidad de adoptar medidas provisionales en los procesos constitucionales, el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich alemán, posteriormente, consideró a la misma como una facultad inmanente a su potestad jurisdiccional. Así, la admisibilidad de las resoluciones -medidas provisionales resulta reconocida en la Sentencia de 10 de octubre de 1925, al afirmar el Tribunal que “Nada implica que deba quedar excluida la posibilidad de decretar resoluciones provisionales”. Actualmente, la potestad cautelar genérica y para todo tipo de procesos se encuentra contenida en el § 32.1 BVerfGG.¹⁶²

En Italia, algunos autores –como Sorrentino- rechazan la posibilidad de que, ante el silencio normativo, la Corte Costituzionale italiana pueda considerar como implícitos en su potestad jurisdiccional ciertos poderes cautelares, pues estos “no parece que puedan justificarse, en un Estado de Derecho, sino en base a precisas disposiciones legislativas”.¹⁶³

España, aun cuando tardíamente, se inscribe -con la Constitución de 1978- en el movimiento constitucional que sigue a la segunda guerra mundial y que se caracteriza por el de una recuperación pura y simple de la concepción originaria de la Constitución o del modelo liberal normativo de Constitución que, surgido a finales del siglo XVIII como producto de la acumulación paulatina de una serie de ideas y postulados aparecidos a lo largo de la historia en la cultura jurídica europea.¹⁶⁴

El texto constitucional español de 1978, claramente tributario en estos aspectos de los ejemplos alemán e italiano, reúne todas las notas propias de

¹⁶² *Ibidem*, Pág. 95.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Vid, GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Pág. 42.

ese modelo liberal de Constitución, sobre todo su condición de *lex superior*, tanto en orden formal como en el material, de supremacía sobre las restantes normas jurídicas. Dicha súper legalidad de la Constitución constituye el presupuesto y el fundamento de la aparición del control constitucional de las leyes, control que la misma Constitución confía a un órgano constitucional ad hoc.¹⁶⁵

La Constitución española de 1978, en su artículo 161.2, y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, a lo largo de su articulado, reconocen, de forma expresa, una sola modalidad de cautela procesal consistente en la suspensión de la ejecución de la norma o acto impugnado que resulta únicamente de aplicación algunos procesos constitucionales: recursos de amparo constitucional (art. 56.1 LOTC), conflictos positivos de competencia (arts. 64.2 y LOTC), impugnaciones formuladas por el Gobierno al amparo del título V LOTC (art. 77) y, por último, recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley autonómicas (art. 30 LOTC).

En Latinoamérica, dos son los países que poseen una regulación expresa de la tutela cautelar en procesos de inconstitucionalidad, Guatemala y Ecuador. Así, el primero de ellos regula por primera vez la tutela cautelar en la inconstitucionalidad en la actual Constitución de 1985, 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 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 fuera notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión provisional se publicara en

¹⁶⁵ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, op. Cit., Pág. 97-98.

el Diario Oficial. Asimismo, sucede en Ecuador, en donde se regula de manera expresa, en su Constitución de 1998, 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.

3.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son fundamentales en todo proceso ya que por medio de ellas es permisible que las resoluciones surtan efectos positivos y que además se tutelen bienes jurídicos en acción; por lo que lógicamente las mismas están orientadas a resguardar, durante los procesos constitucionales, la Supremacía de la Constitución¹⁶⁶ y en consecuencia, a la protección de los Derechos Fundamentales.

Las medidas cautelares son consideradas como instrumentos jurídicos procesales¹⁶⁷, las cuales tienen como finalidad asegurar el resultado de la sentencia en un proceso determinado; además puede decirse que son actos procesales sujetos a la razonabilidad de las partes y del juez, con el objetivo de buscar la adecuada tutela del derecho que se invoca¹⁶⁸, ya que lo que se espera es que la ley a través de las medidas cautelares asegure la

¹⁶⁶ La Supremacía de las normas constitucionales puede abordarse desde una doble perspectiva: (a) *la formal*, afincada en el entendimiento que el ordenamiento jurídico es un sistema, cuyas disposiciones se encuentran estructuradas sobre la base de relaciones de jerarquía y fuerza jurídica, por ejemplo es ella la que atribuye a determinados sujetos la competencia de producción normativa, establece los procedimientos básicos para el ejercicio de tales competencias y determina las principales materias en que pueden ejercerse; y (b) *la material*, que encuentra su asidero en que, por ser la Constitución expresión del consenso de valores de la comunidad estatal, las restantes normas del ordenamiento jurídico deben ajustarse a los patrones establecidos por el Constituyente en el cuerpo normativo fundamental y fundamentador. Además, es necesario señalar al respecto, que son las normas constitucionales las dotadas de mayor fuerza jurídica, tanto activa como pasiva, debiendo entenderse la primera como la capacidad de intervenir en el ordenamiento jurídico creando Derecho o modificando el existente, y la segunda, como la resistencia frente a las modificaciones originadas en disposiciones de inferior rango. Vid, HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2003*, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005, Pág. 193.

¹⁶⁷ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, Op. Cit., Pág. 29.

¹⁶⁸ AGUILAR HENRÍQUEZ, Roxana Patricia y otros, *Aplicabilidad de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador*, Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, San Miguel, 2003. Pág. 38.

efectividad de un derecho que todavía no ha sido reconocido por el órgano jurisdiccional.

De lo anterior puede deducirse que quien tiene un derecho pleno frente a un obligado pudiere ejercitarlo inmediatamente sin más trámites, pero esto no es posible sin iniciarse antes, mediante el derecho de acción, un proceso donde exista una actuación formal del juez y las partes con el objetivo de obtener mediante el órgano jurisdiccional, la satisfacción jurídica de la pretensión deducida, para lo cual es necesario un lapso de tiempo que podría suponer un grave peligro para la efectividad práctica de la sentencia.

En ese sentido, las medidas cautelares permiten que el proceso principal funcione o se desarrolle con tranquilidad; ya que preventivamente aseguran los medios para hacer que la resolución definitiva pueda tener la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico en caso de que fuese emanada inmediatamente o cuando lo sea.¹⁶⁹

Por lo tanto, la aplicación o adopción de medidas cautelares en cualquier tipo de proceso van dirigidas a evitar que la ejecución de cualquier acto pudiera ocasionar daños de imposible reparación.

En consecuencia, se debe tener claro que las medidas cautelares deben estar condicionadas a la concurrencia de dos requisitos procesales esenciales -los cuales, serán desarrollados detalladamente en los siguientes apartados-, siendo estos los siguientes: 1) la probable existencia de un derecho amenazado, considerándose la conveniencia de que no solamente porque el peticionario solicite que se imponga una medida cautelar, la autoridad competente deberá acceder a ella; sino que debe hacerse una justificación de la necesidad razonable de la medida, que para el caso sería la existencia y vigencia de una ley (*fumus bonis iuris*); y 2) el daño que

¹⁶⁹ Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit, Pág. 28.

ocasionaría el desarrollo temporal del proceso, y a las personas la aplicación de una ley que se esté impugnando de inconstitucional (*periculum in mora*).

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

Finalmente, la utilización del término “medidas cautelares” es referida al concepto doctrinario, surgido inicialmente en el marco del proceso civil, resultando en términos generales trasladables a los demás ámbitos procesales y, por supuesto, al ámbito constitucional, ya que el *periculum in mora*, en sus dos modalidades de peligro de infructuosidad y de retraso, puede acontecer igualmente en los procesos cuyo conocimiento tiene competencia la Sala de lo Constitucional.

3.3.1 Concepto.

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos interesa, significa prevención, disposición; la prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el ámbito jurídico, son entendidas como aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho¹⁷⁰.

Las medidas cautelares son consideradas como “un instrumento procesal ideado para lograr la eficacia de las resoluciones judiciales”¹⁷¹. Asimismo, se puede decir que por medio de éstos instrumentos procesales

¹⁷⁰ OLCHEA V., Natascha, *Las Medidas Cautelares*. Puede ser consultada en Internet en: <http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>

¹⁹ CANALES CISCO, Oscar Antonio, *Derecho Procesal Civil Salvadoreño 1*, primera edición, San Salvador, 2001. Pág. 160.

“se asegura la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”¹⁷².

En tal sentido, son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: *primero*, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido, con mayor o menor intensidad por un acto posterior; *segundo*, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y *tercero*, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.¹⁷³

Para **Couture**, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.¹⁷⁴

Guasp, afirma que la finalidad de las medidas cautelares es que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial. Y para, Podetti, "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 sentencias de los jueces".¹⁷⁵

Por consiguiente las medidas cautelares se constituyen un medio para asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando durante el desarrollo del proceso, una de las partes demuestra la verisimilitud de su

¹⁷² MONTERO AROCA, Juan y otros, *El Nuevo Proceso Civil, Ley 1/2000*, segunda edición, Tirant lo Blanch; Valencia, 2001, Pág.

¹⁷³ Vid, MORALES GALITO, Einstein Alejandro, *Medidas cautelares*. Puede ser consultada en Internet en: <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

derecho, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida. Por dichas consideraciones se puede deducir que “el fundamento en toda medida cautelar es el hecho de mantener la igualdad jurídica de las partes en litigio, evitando así que se conviertan en ilusorias las sentencias que le dan fin a un determinado proceso”.¹⁷⁶

En conclusión, las medidas cautelares pueden ser definidas como actos procesales orientados a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso, pierda su eficacia durante el tiempo que dure dicho proceso hasta que sea dictada la sentencia, asegurando de esta manera bienes o manteniendo situaciones de hecho existentes al tiempo de deducida la demanda con el objetivo de preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso.

3.3.2 NATURALEZA JURÍDICA

En estos últimos años se ha superado la teoría clásica de las medidas cautelares –defendida por quienes abogan por la función y efectos estrictamente de aseguramiento-, consolidándose la opinión de que con las medidas cautelares se cumple, en ocasiones una función anticipatoria de la resolución.

Durante mucho tiempo la posición defendida por un sector de la doctrina procesal fue la de considerar que con las medidas cautelares se aseguraba tan solo la ejecución de la sentencia. Esta función de aseguramiento era característica típica de las mismas, dado que, por un lado, servía para diferenciarlas de las restantes medidas instrumentales existentes en el proceso, y, por otro, servía para intentar diferenciarlas de las medidas ejecutivas.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Vid, AGUILAR HENRIQUEZ, R., Op. Cit. Pág. 40.

¹⁷⁷ Vid, MONTERO AROCA, Juan y otros, op. Cit., Pág. 836.

Hoy estas medidas pueden diferenciarse según su finalidad, pudiendo, atendiendo a este criterio, distinguir entre: a) medidas que aseguran la ejecución; b) medidas que conservan la situación de hecho tal cual se encontraba al inicio del proceso principal; y c) medidas que anticipan el resultado del proceso (la efectividad de la sentencia).¹⁷⁸

Todas ellas son cautelares, entendiendo por tales las que guardan ese carácter instrumental respecto del proceso principal. La confusión actual –y probablemente mayor aun parece avecinarse- deriva de que se asume legalmente la posibilidad de adoptar una pluralidad de medidas, que claramente responden a una necesidad de tutela de garantía, protectora, e incluso en algunos supuestos, preventiva, que desborda, con mucho la concepción que han asumido los procesalistas españoles.

Las instituciones o providencias cautelares se diferencian de lo que es la acción preventiva definitiva en cuanto a lo que es la permanencia de sus efectos, ya que estos son provisionales y la existencia de la medida depende o se deriva de un acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta.

Calamandrei en su obra “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares”¹⁷⁹, realiza un análisis de los distintos criterios en base a los cuales se pudiera lograr un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones que dicta el juez durante el transcurso del proceso; según expresa Calamandrei este criterio, no radica en el aspecto subjetivo, porque no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto; así como tampoco en el criterio formal ya que no existe una forma peculiar en ellas que permita distinguirlas exteriormente de las demás providencias que dicta el juez; por ejemplo: la forma de la sentencia que decreta un secuestro

¹⁷⁸ *Ibíd.*, Pág. 837.

¹⁷⁹ Que actualmente podría decirse que es la sistematización más completa y profunda sobre la materia de inconstitucionalidad.

es igual a cualquier otra sentencia. Por lo que también puede creerse que el único criterio del que se puede esperar una real diferenciación sea sustancial, haciendo relación al contenido de la providencia, es decir, a sus efectos jurídicos, pero con este criterio se observa que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las demás providencias de cognición o de ejecución; o sea de efectos meramente declarativos o constitutivos, e incluso ejecutivos, pero no diversos a los de aquella.¹⁸⁰

En consecuencia, el criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el que diferencia las de cognición con las de ejecución; ya que están situadas en diferentes dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero sin fundirse en una clasificación única; por lo tanto el criterio diferenciador de las medidas cautelares, se puede decir que, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas, en este sentido puede hablarse de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia del proceso de cognición ni del de ejecución.¹⁸¹

Para Calamandrei, con respecto al criterio diferenciador piensa que “a las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales.”¹⁸²

Por otra parte, las medidas cautelares se promueven como accesorias de un proceso principal ya sea para salvaguardar la cosa peticionada o impedir transformaciones en la misma o prevenir daños no teniendo así un fin en si mismas sino que sirven a un proceso principal, es decir, que sin la existencia de este no tendría razón de ser.

¹⁸⁰ Vid. MORALES GALITO, E., Op. Cit.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

Ante tal circunstancia se manifiesta que la actividad jurisdiccional cautelar no puede verse como un proceso cautelar en el que el 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.

3.3.3 CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Se considera que en la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación en lo que a medidas cautelares se refiere; por una parte están los que la limitan a las providencias que actúan una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; y por otra parte, en cambio, los que engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva.

En cuanto al primer grupo se ubica, la clasificación de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, la cual tiene importancia práctica para discernir el tipo de ejecución que amerita la medida precautelativa: clasificándola “Desde un punto de vista teórico”, atendiendo a que la obligación sea; **1) De dar cosa genérica (dinero); 2) De dar cosa específica: 2.1.) Mueble; 2.2) Inmueble; 3) De Hacer; y, 4) De no hacer**”.¹⁸³

Cuando el objetivo es garantizar el cumplimiento de una obligación, es decir, de dar una suma de dinero, el procedimiento de ejecución es el más dispendioso, ya que es necesario sacar a remate los bienes aprehendidos, a menos que lo embargado sea una suma de dinero; y cuando se trata de dar una cosa específica, el mandamiento de ejecución consiste en entregar la cosa a quien tiene derecho sobre ella. La prevención en las obligaciones de

¹⁸³ Vid, OLECHEA V., Natascha, Op. Cit.

hacer o no hacer puede revestir un doble carácter, según se pretenda evitar la magnificación del daño o garantizar el pago de una indemnización equivalente.

De acuerdo a COUTURE, las clasifica en seis tipos: **a)** nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, como por ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas pre-constituidas; **b)** medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible. Cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción del deudor, administración judicial de la comunidad o sociedad; **c)** medidas de tutela de la propiedad o del crédito: probada *prima facie* la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; así por ejemplo el embargo, el secuestro, la interdicción; **d)** medidas de ejecución anticipada, cual es el embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento; de la cual su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colación, supeditada a lo que decida la sentencia; **-e)** medidas cautelares negativas, son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existente para evitar el daño que implica la modificación: es decir, no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Como por ejemplo, prohibición de innovar, prevención en las acciones de obra nueva; y finalmente, **f)** medidas de contracautela: que son las únicas decretables en favor del deudor, y no del acreedor.¹⁸⁴

¹⁸⁴ *Ibíd.*

La división que hace ALSINA consta de cuatro grupos; los cuales son: **a)** las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario, **b)** las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa; **c)** comprende aquellas de las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable: separación de los cónyuges, alimentos provisorios, prohibición de innovar; **d)** la caución que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias, como es el caso de fianza para constitución de embargo.¹⁸⁵

La clasificación de GOLDSCHMIDT comprende cuatro especies:¹⁸⁶

1°, el embargo preventivo que tiende al aseguramiento de la ejecución forzosa de créditos en metálico o susceptible de ser reducidos a metálico, que hace hacer un derecho pero no con fines de pago inmediato, sino de aseguramiento, pudiendo convertirse en embargo definitivo susceptible de ejecución.

2°, las medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura de cualquier exhibición o devolución de cosas, cesión de inmuebles, constitución de hipoteca, entrega de menor.

3°, medidas provisionales protectoras de la paz, mediante la regulación provisional de una situación de hecho, que de no regularse tendría consecuencias irreparables, como es el caso de posesión, protección de bienes en interdictos, uso de servidumbres, retención, separación provisional de los cónyuges en divorcio.

4°, las medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias, mediante una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, y comprende los casos de alimentos, litis-expensas, gastos de atención médica.

¹⁸⁵ Vgr. la constatación de un hecho por peritos, deposición de un testigo anciano o enfermo grave, o bien, próximo a ausentarse. Son las medidas de puro conocimiento de que habla COUTURE.

¹⁸⁶ Vid, OLCHEA V., Natascha, Op. Cit.

PODETTI, adoptó una clasificación tripartita sobre las medidas cautelares, la cual es: medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa; medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados; y, medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes.¹⁸⁷

La clasificación que hace CALAMANDREI, comprende cuatro grupos que son:¹⁸⁸

a) El primer grupo es el de las "providencias instructorias anticipadas", con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno.

b) El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Pues bien, las providencias instructorias anticipadas del primer grupo aseguran la eficacia de la fase de conocimiento; en cambio, estas otras aseguran la eficacia de la fase ejecutiva. Permiten, respectivamente, que se dicte sentencia ajustada a la verdad y que su dispositivo de condena sea cumplido.

c) Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar halla su razón de ser en la urgencia de la

¹⁸⁷ *Ibidem.*

¹⁸⁸ *Ibidem.*

decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes; y

d) cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

3.3.4 CARACTERÍSTICAS

La búsqueda de caracteres inherentes a toda medida cautelar que permitan diferenciarlas de otras providencias, ha sido, y sigue siendo aún, auténtica y constante en las ya numerosas construcciones doctrinales surgidas en torno al análisis de la tutela cautelar¹⁸⁹ cualquier estudio crítico que se haga del régimen jurídico de las medidas cautelares debe partir de la individualización y del análisis de las diferentes notas características que por el hecho de ser circunstanciales de las mismas, deberían estar presentes en un determinado instituto jurídico para poder atribuírsele una naturaleza cautelar. La mayoría de autores, siguiendo las enseñanzas de Calamandrei¹⁹⁰, consideran a la “instrumentalidad” como una de las notas más sobresalientes de toda medida cautelar.

Por otra parte, con respecto a los demás caracteres no toda la doctrina tiene similitud, tal como lo demuestran las diversas clasificaciones que existen, donde unas veces los autores introducen caracteres novedosos, otras se fusionan en uno varios, o todos, los rasgos tradicionalmente definidores de las medidas cautelares, hasta el punto de hacerlos desaparecer por completo.

¹⁸⁹ Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit, Pág. 29. “Calamandrei, quien dedica a este respecto gran parte del Capítulo I de su obra “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares” marca un amplio análisis con respecto a los caracteres de las medidas cautelares”.

¹⁹⁰ *Ibidem*. Págs. 29-30.

No obstante lo anterior, puede afirmarse que los caracteres de mayor acogimiento doctrinal, en cuanto definidores de las medidas cautelares en general, han sido los de instrumentalidad, provisionalidad, sujeción a la regla *rebus sic stantibus*, jurisdiccionalidad y homogeneidad, presentando todos como común denominador el derivar de una forma inmediata y directa de la propia finalidad de las medidas cautelares. Por consiguiente, la nota de instrumentalidad, destacada por algunos autores como la única que verdaderamente configura los institutos cautelares, presentará un significado, más o menos amplio, dependiendo la amplitud con la que se conciba la finalidad que deben perseguir las medidas cautelares; pero lo decisivo para otorgar naturaleza cautelar a una determinada medida es que la finalidad que persiga la misma, coincida con la que es propia de la categoría jurídica mencionada, que garantiza el rendimiento práctico; es decir, la efectividad práctica de la resolución judicial que ponga fin al proceso principal.

3.3.4.1 Instrumentalidad

La idea de instrumentalidad responde a la idea de que las medidas cautelares no tienen 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, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad practica aseguran preventivamente.¹⁹¹

Entendida la instrumentalidad como la relación de dependencia o subordinación que une a las medidas cautelares con la sentencia que ponga fin al proceso principal, cuya efectividad práctica tratan de asegurar preventivamente, parece lógico deducir de dicha nota la exigencia de que las medidas cautelares sólo puedan adoptarse estando pendiente un proceso

¹⁹¹Ibídem. Pág. 32.

principal, ya que dicho aseguramiento únicamente cobra sentido una vez que el proceso correspondiente ha sido incoado y es previsible su finalización mediante sentencia.

La nota de instrumentalidad que concurre en toda medida cautelar exige la pendencia del proceso principal, pues a diferencia del enjuiciamiento sobre la cuestión principal el cautelar no puede ser autónomo, sino que necesita del primero, ya que según manifiesta Carnelutti “el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el proceso definitivo”; si bien, dicha dependencia no precisa ser actual, bastando con que resulte efectiva en un futuro inmediato.

En definitiva, las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, siendo instrumentales del proceso principal y de su posterior ejecución. Es por ello que se les configura como instrumentos del instrumento.

3.3.4.2 Provisionalidad

Las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben levantarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en la posterior ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

La provisionalidad de las medidas cautelares hace referencia a que solo se mantendrán mientras cumplan con su función de aseguramiento, es decir, que la medida cautelar solo puede durar mientras subsista el peligro y se pone en resguardo del riesgo invocado y que se trata de impedir, por lo que se deberá levantar la medida decretada, en cualquier estado del juicio, si el demandado prestare caución o garantía suficiente.

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.

Si la instrumentalidad hace alusión, como se ha expuesto, a la pendencia actual o en un futuro próximo de un proceso principal, la provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas terminan, perdiendo toda eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción y, en todo caso, cuando finaliza el mencionado proceso principal.

La nota de provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad básica de las medidas cautelares. Se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente el que dicha sentencia tarde en obtenerse.

Así pues, 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 pendencia del proceso principal. 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.¹⁹²

Conceptuada de esta forma la nota de provisionalidad, no puede sino señalarse, que no es cierto que las medidas cautelares, adoptadas sobre un juicio hipotético acerca de la existencia del derecho alegado por el actor, se encuentren sometidas a la condición resolutoria de la declaración de

¹⁹² *Ibíd.*, Pág. 41.

inexistencia del derecho hecho valer en el proceso principal, desde el momento en el que las mismas se encuentran destinadas a venir a menos no solo cuando la condición se verifica, sino también cuando no se verifica, es decir, cuando la sentencia declara la existencia de aquel derecho respecto al cual la medida cautelar habría declarado el simple *fumus*.

Independientemente del resultado favorable o adverso a la pretensión contenido en la sentencia, una vez emanada ésta y, en todo caso, concluido el proceso principal, las medidas cautelares deben, pues, extinguirse porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados.

Ahora bien, el hecho de que todas las medidas cautelares sean provisionales no implica necesariamente que los efectos que las mismas producen mientras pende el proceso también lo sean. En ciertos casos, y principalmente tratándose de medidas anticipatorias, todos o algunos de los efectos desplegados por ellas desde su concesión hasta su extinción podrán convertirse en definitivos, de modo tal que la sentencia que finalmente declare la existencia del derecho alegado por el autor consolidará los efectos producidos por la medida cautelar, que a partir de entonces encontrarán la justificación de su permanencia no en la medida cautelar sino en la sentencia que viniendo a sustituirlos ponga fin al proceso principal.

Cuando se hace referencia a que las providencias cautelares están a la espera de que otra providencia ulterior impida un peligro, se aborda el aspecto de su provisoriedad. Por lo que, en tal sentido, "La provisoriedad de las providencias cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), da inicio de los cuales señalaría la cesación de la primera", es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea

sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente. En consecuencia puede decirse que la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal, se observa en que lo temporal es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar. Por eso, es errado el vocablo temporalidad para significar lo provisorio.¹⁹³

3.3.4.3 Temporalidad

Las medidas cautelares tienen una duración limitada, sin que sea la misma determinable a priori, si bien por su propia naturaleza nacen para extinguirse. Se adoptan por tiempo limitado, que dependerá, en todo caso, de la duración del proceso principal. Es decir que las medidas cautelares pese a producir sus efectos desde el momento que es concedida, tiene una duración limitada a la pendencia del proceso principal; nace con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho.

Otro aspecto importante y que no debe obviarse es el hecho de no confundir lo que es la provisionalidad de las medidas cautelares con la temporalidad que se encuentra presente, con carácter eventual, tan solo en algunas de ellas. La diferencia radica, en que mientras temporal es simplemente aquello que no dura siempre, sino que independientemente del sobrevenir de otro evento tiene por sí mismo una duración limitada, provisional es, por el contrario, aquello que está destinado a durar mientras no sobrevenga un evento sucesivo; que, tratándose de medidas cautelares, no es otro que la resolución jurisdiccional que ponga fin al proceso principal.

Esta diferencia repercute en el ámbito cautelar, de tal manera que, la provisionalidad es una nota común a toda medida cautelar, no puede decirse

¹⁹³ Vid, MORALES GALITO, E., Op. Cit.

lo mismo de la temporalidad que, junto con la provisionalidad, tan sólo concurre en algunas de ellas.¹⁹⁴ Y en los procesos constitucionales, la base por ahora mencionar que también la temporalidad es una característica de la medida suspensiva de adopción automática.¹⁹⁵

3.3.4.4 Variabilidad.

Las medidas cautelares son susceptibles de modificación y alzamiento, tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, 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 *fumus boni iuris*. La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas). Por lo tanto, es conocido que la adopción por el órgano jurisdiccional de una medida cautelar depende de la presencia de presupuestos procesales, pero si dichos presupuestos cambian o se extinguen puede dar lugar a que en cualquier etapa del proceso tales medidas sean modificadas, sustituidas o revocadas, dado que partiendo del principio *rebus sic stantibus*, las medidas cautelares son susceptibles de alteración, modificación y de revocación.

Finalmente 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.

3.3.4.5 Proporcionalidad

¹⁹⁴ Vgr. En el ámbito del proceso penal, la temporalidad acompaña a la prisión provisional.

¹⁹⁵ Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit, Pág. 43.

Para Garberi Llobregat el principio de proporcionalidad supone un límite al ejercicio de la actividad represiva del Estado, pues obliga a que cualquier acción pública de esta índole observe una proporción o justa medida con el objetivo pretendido con su puesta en práctica, de forma que cuando el mismo pueda lograrse a través de cauces alternativos manifiestamente menos gravosos, se imponga la utilización de estos últimos.¹⁹⁶

Para el Tribunal Constitucional alemán, el principio de proporcionalidad connota la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él representa una exigencia excesiva, sin que con ella además se vea favorecido el interés general o resultando beneficiada la comunidad.¹⁹⁷

La medida cautelar debe ser proporcionalmente adecuada al fin que pretende obtener –cual es el de garantizar la efectividad de la sentencia–, de modo que se adoptara cuando no sea susceptible de “sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado”¹⁹⁸

Es importante destacar que los términos de comparación que permiten averiguar la infracción o no del principio de proporcionalidad se ha señalado que son, por un lado, la medida o resolución que adopta la autoridad competente, y del otro, el fin perseguido de acuerdo a la legalidad.

3.3.4.6 Jurisdiccionalidad

Las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad práctica de la sentencia que ponga fin al proceso por lo que la adopción éstas, en cuanto implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye una potestad claramente jurisdiccional encuentra reservada con carácter exclusivo a

¹⁹⁶ HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2004, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 159.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Vid, MONTERO AROCA, J., Op. Cit. Pág. 834.

aquellos órganos que tienen encomendado su ejercicio. De este modo, no sólo los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Jurisdiccional estarán habilitados para acordar medidas cautelares que aseguren la eficacia práctica de sus sentencias; también otros órganos jurisdiccionales situados fuera del mismo, pero ejercientes igualmente de la potestad jurisdiccional, podrán al menos potencialmente, decretar tales medidas. Vale decir, que solo tiene competencia para acordar el mismo órgano ordinario a quien le corresponde el conocimiento del proceso principal, del cual es conexo.¹⁹⁹

3.3.5 PRESUPUESTOS.

Para la adopción de las medidas cautelares se hace necesario que concurren una serie de elementos fundamentales que la doctrina denomina “presupuestos” para la adopción de medidas cautelares, los cuales son: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro por la mora procesal (*periculum in mora*).

3.3.5.1 Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

La adopción de las medidas cautelares no puede depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate en éste, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar solo porque lo pida el actor. Entre uno y otro extremo la adopción precisa que se acredite unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de “apariencia de buen derecho”.

El *fumus boni iuris* comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Este

¹⁹⁹ Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit, Pág. 50.

fundamento responde así al justo termino medio entre la certeza que comporta la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre base de la iniciación de ese proceso. A ese termino medio es a lo que se denomina verosimilitud, o, en términos del Tribunal Constitucional Español, “juicio probalístico y con alcance limitado” (STC 262/91).

Así, la jurisprudencia que expone la SAP Navarra de 15 de mayo de 1998 es muy significativa: “Es básico para poder ejercer la tutela cautelar por medio de alguna de las medidas que el ordenamiento establece, la determinación de la situación jurídica que se quiere amparar, la cual se relaciona fundamentalmente con el tipo de pretensión que se esta ejercitando en el proceso principal. Por esta razón, ha de existir un cierto juicio positivo por parte del Juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor; es lo que se denomina apariencia de buen derecho. No obstante, esta no supone un convencimiento absoluto de que esa pretensión del demandante será estimada en todo caso, sino que es suficiente con la mera probabilidad de que tal resultado se pueda producir efectivamente”.²⁰⁰

El *fumus boni 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.

3.3.5.2 Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*).

Implica la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal, de modo que existe peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria. Esta ineffectividad puede derivarse

²⁰⁰ Vid, MONTERO AROCA, J., Op. Cit. Pág. 838.

de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir por la demora.

Para la configuración del *periculum in mora* dos son los sistemas que pueden acogerse: *in abstracto*, o bien mediante la determinación *in concreto* de los riesgos que, en cada una de las medidas cautelares, se pretenden conjurar. La legislación española ha optado por la configuración *in abstracto* de este presupuesto, atendido el peligro de la duración, que podría aprovecharse por quienes participan en el proceso, haciendo inefectiva la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia.

El peligro de la demora o *periculum in mora*, consiste en que, ante la necesidad del proceso para la obtención de la razón, aquél no debe convertirse en un daño para el que tiene la apariencia de tener razón.

En síntesis, 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.

3.4 LA POTESTAD CAUTELAR

En mayor o menor medida, la legislación procesal suele siempre conferir al juez o Tribunal, cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que pertenezca, la facultad de adoptar durante el curso del proceso determinadas medidas cautelares. Dicha facultad, que bajo ciertos presupuestos permite al juez ordenar provisionalmente, por ejemplo, el embargo preventivo, la anotación preventiva de la demanda o la cesación de una determinada actividad, viene denotada por uno de los conceptos básicos del Derecho, cual es el de *potestad*. Ello es así, porque la modificación incluso coactiva, de

las situaciones jurídicas que su ejercicio acarrea, deriva directamente de la posición de supremacía en la que se encuentra, conforme al ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional respecto de los justiciables durante el transcurso del proceso. Éstos, frente a la potestad del órgano judicial de ordenar la práctica de cualquiera de las medidas cautelares que se acaban de mencionar, 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 primera aproximación, 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”.²⁰¹

3.4.1 CONCEPTO

Potestad Cautelar es 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.²⁰²

²⁰¹ VECINA CIFUENTES, Javier, *La potestad cautelar: contenido y límites*; puede consultarse en Internet en http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD32.pdf, Pág. 5299-5300.

²⁰² *Ibidem*, Pág. 5306.

3.4.2 CARACTERÍSTICAS

De la definición de Potestad Cautelar se infiere con claridad cinco aspectos a desarrollar: 1) su carácter de poder-deber; 2) su origen legal; 3) su titularidad: la jurisdicción; 4) la sujeción gravosa de terceros que su ejercicio comporta, y 4) su finalidad.

1) Su configuración como un poder-deber

La Potestad cautelar no solamente se debe observar como conjunto de poderes, sino que además, como lo advierte Couture, en un conjunto de deberes de los órganos del poder público. Por lo tanto, se trata de un “Poder-deber”, según la expresión acuñada por Carnelutti; y en cualquier caso, de una potestad que ha de ser ejercitada necesariamente cuando concurren tantos requisitos previstos legalmente para ello: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, como las exigencias derivadas de los principios de legalidad y proporcionalidad.²⁰³

2) Origen legal

Como potestad jurídica que es, la potestad cautelar tiene un origen normativo. Los hechos, actos o negocios jurídicos no tienen la virtualidad de generarla; es pues, el Derecho objetivo, y contenido en él, el Derecho Procesal, su única fuente.

Desde la vertiente positiva del Principio de Legalidad ya no se contempla el Ordenamiento jurídico como un límite, sino como una fuente exclusiva y excluyente de habilitación o apoderamiento para el ejercicio de cualquier potestad. No en vano, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como recuerda en la Sentencia de Amparo 84/2001 de 15 de abril de 2002, viene reiterando de forma constante que “la medida cautelar debe adoptarse con arreglo a la ley, pues como previene el art. 11 de la

²⁰³ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, Op. cit., Pág. 5307.

Constitución, ninguna persona puede ser privada de su derecho a la libertad, a la propiedad y posesión, sino con arreglo a las leyes”.²⁰⁴

No obstante, dos precisiones deben hacerse al respecto cuando se trata de materia cautelar. En primer lugar, el ejercicio de la potestad cautelar implica, en mayor o menor medida, una injerencia negativa en la esfera jurídica de quien a ella se encuentra primera y directamente sometido, llegándose incluso al extremo de limitar provisionalmente, mientras se sustancia el proceso, un derecho constitucional. En consecuencia las normas jurídicas que confieren dicha potestad cautelar son normas excepcionales, y por consiguiente, normas de interpretación estricta, no susceptibles por tal motivo de interpretación extensiva o analógica. Todo lo cual, como es obvio, lleva a entender las medidas cautelares como un sistema de medidas cerrado, donde la enumeración es taxativa, sin perjuicio eso si de su mayor o menor indeterminación.²⁰⁵

La segunda implicación, es que la limitación de derechos constitucionales a que normalmente da lugar el ejercicio de la potestad cautelar, y por consiguiente ella misma en tales supuestos, habrá de proceder siempre del Estado, pues es a éste a quien le corresponde la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia y de legislación procesal.

3) 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

²⁰⁴ HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, *Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2002*; primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004, Pág. 146.

²⁰⁵ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, Op. cit., Pág. 5307.

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 entraña también un “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

4) Sujeción gravosa de terceros

Mientras el ejercicio de otro tipo de potestades publicas –que Vecina Cifuentes denomina de fomento- afecta positivamente a quienes a ellas se encuentran sometidos, ampliando sus posibilidades de actuación, el ejercicio de la potestad cautelar –que es de gravamen- lo hace de una forma negativa, limitando o restringiendo tales posibilidades.²⁰⁶

En abstracto, el objeto sobre el que recaen los actos procesales de gravamen en que la potestad cautelar se expresa puede consistir en una persona (ejemplo: detención provisional, libertad condicional, etc.), en una cosa u objeto en sentido estricto (Ej.: embargo, deposito, administración judicial, etc.) o en una actividad (Ej.: suspensión cautelar del acto o disposición impugnado). En los dos primeros casos, el perjuicio que se ocasiona sobre la esfera jurídica personal o patrimonial del sujeto pasivo del proceso o demandado, viene dado, directa o indirectamente, por la limitación mas o menos intensa de los derechos que la Constitución le reconoce: la libertad ambulatoria (art. 2 y 5 Cn), a la propiedad (art. 2 y 22 Cn), y la libertad económica (art. 102 Cn), normalmente, u otro que eventualmente pudiera lesionarse. En el tercer supuesto, en cambio tratándose de órganos del poder público, que es el supuesto mas frecuente, la intromisión se

²⁰⁶ Vid, VECINA CIFUENTES, J., op. Cit. Pág. 5309.

produce en el haz de facultades que dichos órganos ostentan, perjudicando mas que a éstos, al interés publico que persiguen con su actuación.

Por lo tanto, no es de extrañar, que tanto la potestad cautelar, como los actos en los que se exteriorice, hayan de estar plenamente justificados: la primera en abstracto, y los segundos en concreto, caso por caso, conforme exige, según se observara en su momento, el principio de proporcionalidad.

5) Finalidad

El fundamento de la tutela cautelar, según la mayoría de autores, es la necesidad de eliminar el denominado *periculum in mora*, es decir, el peligro de ineficacia que puede originarse como consecuencia del necesario devenir temporal del proceso. Y también suele señalarse de forma unánime su carácter instrumental.

En cuanto al objeto sobre el que recae la referida instrumentalidad, Calamandrei lo refiere a la resolución judicial definitiva, mientras que Carnelutti considera dicha instrumentalidad respecto al proceso mismo.²⁰⁷

De otro lado, 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 mas estricto y restringido, según el cual las medidas cautelares no serian un instrumento para garantizar la eficacia practica de la sentencia sino exclusivamente para asegurar su ejecución. Se establece así, según éste ultimo 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.²⁰⁸

²⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 5311-5312.

²⁰⁸ *Ibidem*, Pág. 5312.

Sin embargo, dos consecuencias prácticas derivan de semejante tesis. La primera, que al ser las sentencias de condena las únicas susceptibles de ejecución forzosa, solo en los procesos que puedan concluir por una sentencia de este tipo será posible la existencia de medidas cautelares; quedando así, fuera de dicha tutela cautelar aquellos procesos principales en los que lo deducido sea una pretensión meramente declarativa o constitutiva, al no existir respecto de la sentencia una ejecución en sentido estricto que le ponga término. Una segunda consecuencia derivada del efecto de mero aseguramiento que les es asignado desde esta posición a las medidas cautelares, las cuales tenderían únicamente a conservar inalterado durante todo el tiempo necesario para el desenvolvimiento de la potestad jurisdiccional el *statu quo* que se teme sea modificado por distintos eventos o por hechos de quien ocupa la parte pasiva en el proceso, pero no a producir una modificación del estado de hecho preexistente.²⁰⁹

Según Vecina Cifuentes, esta concepción restringida de las medidas cautelares resulta criticable sobre todo porque incurre en dos apriorismos, que la realidad se encarga de desmentir. En primer lugar, no es cierto que la eficacia práctica de las sentencias declarativas y constitutivas se encuentre totalmente garantizada, para darse cuenta de ello basta preguntarse, por ejemplo, que eficacia puede predicarse de una sentencia que declara la propiedad del actor sobre un bien cuando éste se ha destruido durante el proceso, menoscabado gravemente o perdido física o jurídicamente al convertirse en irrevindicable. La misma seguramente que cabría atribuir a la sentencia constitutiva que anula a la postre el acto impugnado cuando se ha permitido que éste, durante la sustanciación del proceso, despliegue de forma irreversible todos sus efectos.²¹⁰

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*, Pág. 5312-5313.

Tampoco es cierto, en segundo termino, que 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.²¹¹

En opinión del citado autor, la potestad cautelar no debe restringirse *a priori* en función del tipo de proceso, ni de la mayor o menor injerencia que, en abstracto, pudiera acontecer; excepto en aquellos casos en los que dicha injerencia negativa no pueda justificarse desde la Constitución. Por lo tanto, 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*. Como consecuencia lógica de esta visión del problema se acepta, en oposición a quienes conciben de forma estricta la relación instrumental de las medidas cautelares, la existencia de verdaderas medidas cautelares también en procesos donde la pretensión deducida es del tipo mero declarativa o constitutiva, y se mantiene, en consecuencia, la finalidad preventiva o asegurativa como propia de la potestad cautelar, pero extendida en un sentido amplio capaz de admitir en abstracto la existencia de medidas cautelares innovativas o anticipatorias.

En definitiva, aunque la razón de ser de la 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

²¹¹ *Ibídem*, Pág. 5313.

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 ligen dichas medidas con la sentencia que se dicte en el proceso principal, cuyo rendimiento practico aseguran preventivamente.

3.4.3 NATURALEZA

Para determinar concretamente el tipo de potestad de que se trata, es decir, la especie a la que pertenece, se pueden utilizar tres criterios diferentes: el primero, atiende al origen o fuente de la que la potestad procede, el segundo, al sujeto a quien se atribuye, y, el tercero y ultimo, a la función a la que sirve:²¹²

- a) **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*.
- b) **Por razón del sujeto u órgano al que 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.
- c) **Por razón de la función o finalidad**, en el cual suelen distinguirse tres momentos o manifestaciones de la potestad jurisdiccional:
 - ✓ *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

²¹² Ibídem, Pág. 5299-5301.

sean suscritos, o lo que es lo mismo, por utilizar la tradicional formula legal, para que pueda desempeñar legítimamente la función de “juzgar” (art. 172 inc. 1º Cn).

- ✓ 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 lo juzgado” (art. 172 inc. 1º Cn)
- ✓ La potestad cautelar: pese al silencio normativo, la doctrina científica reconoce mayoritariamente 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, 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-, podrán tener en la practica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realizadas, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno.

3.4.4 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Si 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, fructuosa pero tardía, carezca ya de utilidad por la simple mora del proceso principal, o por llegar en estos casos demasiado tarde.²¹³

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 practica, a los jueces y tribunales un conjunto de poderes jurídicos, mas 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.

Cabe observar además, que la suerte del proceso va inexorablemente unida a la de jurisdicción, y viceversa; por lo que si ésta fracasa –vgr. por ausencia de una eficaz tutela cautelar- aquel también lo hará, y a la inversa. No se debe olvidar que el proceso –en palabras de Guasp- es meramente un

²¹³ Ibídem, Pág. 5301.

instrumento de que el Estado se sirve, porque cree en su eficacia técnica, para obtener determinados fines, si tal confianza desaparece, es decir, si se estima que estos fines pueden alcanzarse mejor con otros medios, el proceso no tendría razón de existir.²¹⁴

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. El silencio a la función cautelar no debe interpretarse como una exclusión; los constituyentes de 1983, sin pretensión de innovar en esta materia, se limitaron a utilizar en dicho precepto una expresión de larga tradición mostrada en ocasiones como modelo de concisión y exactitud²¹⁵, pero en la que, actualmente, se echa en falta una alusión expresa a la misma como manifestación principal de la mas amplia potestad jurisdiccional. No obstante, la potestad cautelar debe entenderse comprendida, en abstracto, dentro de la formula constitucional, ya sea por su naturaleza instrumental respecto de las otras manifestaciones, o ya sea porque su ejercicio implica siempre un juzgar, y de ordinario, un hacer ejecutar lo juzgado, que es lo que la Constitución menciona expresamente.

Además, para satisfacer plenamente la justificación que acaba de darse, se puede abandonar la parte orgánica de la Constitución para buscar fuera de ella un derecho constitucional indisoluble ligado a la potestad cautelar, en una relación de medio a fin, como lo sería el derecho a un proceso con todas las garantías o el derecho al debido proceso, contenido en los artículos 11 y 14 de la Constitución, el cual tiene su equivalente en el Derecho constitucional español como el derecho a la tutela judicial efectiva, regulado

²¹⁴ *Ibíd.*, Pág. 5302.

²¹⁵ VECINA CIFUENTES, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 5303.

en el art. 24.2 de la Constitución Española, pero a diferencia de nuestro Derecho –que no regula expresamente la tutela judicial efectiva- posee una amplitud mayor que el derecho al debido proceso, ya que comprende el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una resolución judicial, de ser posible de fondo, motivada y congruente, el derecho a los recursos legales y a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Pese a todos los derechos contenidos en el derecho a la tutela judicial efectiva del Derecho español, la propia doctrina española considera que debería adicionarse a éste el derecho fundamental a las medidas cautelares, del que emanaría –según García de Enterría²¹⁶- el correlativo deber judicial de acordar la medida, valorada con la proporcionalidad que sea necesaria para asegurar la plena efectividad de la sentencia. A grandes rasgos, este derecho, todavía en gestación, podría ser formulado como “el derecho que asiste a las partes procesales a obtener del juez o tribunal la adopción de las medidas que en cada caso resulten necesarias para asegurar la total efectividad del futuro pronunciamiento judicial de fondo”, adopción que estaría condicionada obviamente a la concurrencia de los requisitos y presupuestos propios de toda medida cautelar.²¹⁷

3.4.5 LIMITES A LA POTESTAD CAUTELAR

El ejercicio de la potestad cautelar viene condicionado en especial por dos principios de inexcusable observancia: 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.

²¹⁶ Vid, GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, Pág. 126 y 174.

²¹⁷ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, Op. Cit., Pág. 5305.

3.4.5.1 El Principio de Legalidad

En párrafos anteriores fue tratada la vertiente positiva del principio de legalidad, en este apartado corresponde analizar dicho principio en su sentido negativo, el cual es visto como un autentico limite 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 –entendida en sentido amplio- que la determine previamente; o formulada de otro modo la misma máxima: todas las medidas cautelares que no estén permitidas legalmente con carácter previo están prohibidas (*nulla coactio sine lege*).²¹⁸

La coerción que puede ejercerse sobre la parte pasiva del proceso a través de estos actos procesales de aseguramiento debe considerarse medible, y la ley procesal el único baremo para su medida. Por tal motivo, la hipotética cuestión relativa a si los poderes y medidas cautelares han de considerarse *numerus clausus* o *apertus* ha de zanjarse en todo caso a favor de la primera alternativa.

Las anteriores afirmaciones conllevan a rechazar la pretendida existencia de una potestad cautelar implícita, cuya inherencia a la propia función jurisdiccional permitiría al Juez o Tribunal acordar aquellas medidas cautelares que considerase convenientes para asegurar los resultados del proceso, incluso las no previstas –especifica o genéricamente- por la ley.

²¹⁸ *Ibidem*, Pág. 5314-5315.

Ente intento por trasladar al ámbito procesal la “doctrina de los poderes inherentes o implícitos”, formulada originariamente en el Derecho público anglosajón y utilizada posteriormente en el Derecho Internacional, tropieza en el ámbito procesal con varios obstáculos insalvables.²¹⁹

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.

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

²¹⁹ *Ibíd.*, Pág. 5315

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.

3.4.5.2 El principio de Proporcionalidad

La potestad cautelar tiende, como se menciono en su momento, a la consecución de un fin de relevancia constitucional, y a tal objeto se desenvuelve en una serie de actos procesales coercitivos que llegan con relativa frecuencia a limitar incluso derechos constitucionales de quienes a ella se encuentran sometidos. Por esta razón su ejercicio se encuentra limitado por la vigencia del principio de proporcionalidad: las medidas cautelares “(iv) 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”.²²⁰

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 cual de ellos resulta preponderante en el supuesto planteado y determinar si la medida adoptada resulta proporcionada o desproporcionada en el supuesto en cuestión.

✓ Requisitos.

Para Vecina Cifuentes, antes de abordar los requisitos propios del principio de proporcionalidad, es necesario mencionar los dos presupuestos

²²⁰ Inc. 24-98 del 26 de febrero de dos mil dos, puede consultarse en Internet en <http://www.jurisprudencia.gob.sv>

de dicho principio: el de legalidad y el denominado de 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 subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²²¹.

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.

En el segundo de los grupos tienen cabida tres requisitos –intrínsecos- diferentes, consustanciales todos al principio de proporcionalidad, cuyo contenido habrá de verse desde la óptica de la tutela cautelar.

Desde esta perspectiva, el principio exige que la medida cautelar sea, 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.

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

²²¹ Vid, VECINA CIFUENTES, J., op. Cit., Pág. 5319.

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.²²²

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

3.4.6 LA TUTELA CAUTELAR EN LOS DISTINTOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

3.4.6.1 Principales elementos diferenciadores de los modelos difuso y concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes.

Como es sabido, la función característica de la justicia constitucional la constituye el control de la constitucionalidad de las leyes, ya que es la que presta a la institución su más genuino y original significado. Asimismo, es conocido que la condición esencial de la jurisdicción constitucional reside en el explícito o implícito reconocimiento de la existencia de normas de jerarquía superior o de la Supremacía de la Constitución, pues solo cuando se considera a la Constitución como norma, o conjunto de normas jurídicas, jerárquicamente superior al resto de normas que integra el ordenamiento jurídico y, especialmente, a las leyes, se hace necesario el establecimiento de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las mismas capaz de

²²² *Ibíd.*, Pág. 5320.

expulsarlas del sistema jurídico cuando contradigan, formal o materialmente, la Constitución.

No en vano, la justicia constitucional nace en Norteamérica como “judicial review of legislation”, como control de los productos del legislador, y en Europa, el modelo austriaco de 1920, auspiciado por Kelsen, se presenta como el de una justicia que tiene precisamente ese objeto, aunque conseguido por otros medios. Sin embargo, pese a ser idéntica su fundamentación, el sistema americano y el sistema austriaco, presentan desde el punto de vista procesal características opuestas, lo que se puede observar -siguiendo la terminología de CAPPELLETTI- en tres aspectos o elementos que explicados brevemente, son los siguientes:²²³

En primer lugar, en el aspecto “subjetivo”, o sea, en los órganos llamados a realizar el control de constitucionalidad de las leyes, pues mientras en el sistema americano dicha función corresponde ejercitarla a todos los órganos judiciales, sin distinción, en el sistema austriaco dicho poder de control se concentra en un solo órgano jurisdiccional al que se le atribuye el monopolio de la anulación de las leyes inconstitucionales.

La segunda gran diferencia entre los dos sistemas se advierte en el aspecto instrumental o modal, es decir, en la manera en que la cuestión de constitucionalidad es llevada a conocimiento del órgano judicial competente para decidir y resuelta por éste. Mientras en la judicial review americana el control se realiza en vía incidental o prejudicial, esto es, en el curso y con ocasión de un proceso ordinario en el que la ley debe ser aplicada, en el sistema austriaco-kelseniano dicho control se realiza, al menos en la formulación de 1920, en vía principal, es decir, en un proceso constitucional autónomo cuya incoación, mediante el ejercicio de la acción, se reserva a determinados órganos políticos.

²²³ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, *Las Medidas Cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 1993, Págs. 88-90.

La tercera y última gran diferencia entre ambos sistemas hace referencia a los efectos que la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad despliega respecto a la ley sujeta a control y, eventualmente, sobre el caso concreto en el que la misma ha sido presentada. En el sistema norteamericano la inconstitucionalidad, en cuanto contraria a una norma superior, es considerada absolutamente nula y por ello ineficaz. Consecuentemente, el órgano judicial que ejercita el control, no anula, sino meramente declara una preexistente nulidad de la ley inconstitucional. El control de constitucionalidad asume así un carácter meramente declarativo cuya eficacia opera en línea de principio *ex tunc*, retrotrayéndose los efectos de la nulidad al momento en el cual se produjo la contradicción de la ley con la Constitución, y además su eficacia es inter partes, limitándose el juez a desaplicar o a privar de eficacia a la ley inconstitucional para el caso concreto. Por el contrario, en el sistema austriaco el Tribunal Constitucional no declara la nulidad, sino anula una ley que, hasta el momento en el cual la resolución del Tribunal no sea publicada, es válida y eficaz aunque sea inconstitucional. Se trata pues de un control constitutivo de la invalidez y de la consiguiente ineficacia de la ley contraria a la Constitución, operando por tanto los efectos de la sentencia constitutiva de anulación *ex nunc* o pro futuro, y además dicha sentencia tiene una eficacia general, *erga omnes*, equiparándose a una derogación de la ley.

Las tres diferencias citadas, que originalmente existían entre los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, han sufrido mutaciones con el transcurso del tiempo, ya que tanto uno como otro han asumido características propias del sistema original contrario al propio, pero que a la larga han contribuido a un mejor funcionamiento de ambos sistemas.

3.4.6.2 El distinto modo de articular la Potestad Cautelar en uno y otro sistema de justicia constitucional

Una vez realizada una breve referencia a los elementos que originalmente diferenciaban a los sistemas difuso y concentrado de justicia constitucional, es necesario realizar una referencia sobre el modo de articular la tutela cautelar en uno y otro sistema.

Así, en el sistema norteamericano de control de constitucionalidad de las leyes, la competencia de cualquier órgano judicial alcanza también a la desaplicación de la ley inconstitucional en el proceso cuyo conocimiento tiene atribuido. Este es un poder-deber implícito o inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, un poder del que son titulares los órganos jurisdiccionales por el solo hecho de ser tales, independientemente de cualquier atribución legislativa, como clara y contundentemente lo expuso el juez Marshall en la resolución dictada en el famoso caso “Marbury versus Madison”.

El surgimiento de una cuestión de ilegitimidad constitucional en nada altera la competencia del juez o tribunal, al igual que tampoco se ven alteradas las potestades que les son conferidas en el conocimiento de cualquier otra controversia. Por ello todos los órganos judiciales cuentan en estos casos con aquellos poderes de *imperium* consistentes en la emanación de ordenes dirigidas a sujetos privados o públicos de prevención, de represión, no solo discrecionales sino remitidas a su prudente arbitrio, con facultad de innovar, en su caso el ordenamiento jurídico, tales como la *injunction*, los *prerogative writs*, *habeas corpus*, *mandamus*, *certiorari*, *prohibition*, etc.²²⁴

²²⁴ Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit., Pág. 93.

Aun cuando todos estos poderes difícilmente pueden ser considerados como una manifestación de un poder general de cautela, por cuanto no concurren en ellos las notas características de este tipo de institutos jurídicos, lo cierto es que de entre los citados existen algunos que si cumplen una evidente función cautelar en relación con otro proceso respecto al cual son instrumentales. Se trata de las *temporary injunctions* y las *interlocutory injunctions*, concedidas con *order* o *writ*, que son órdenes dirigidas por el juez a un sujeto privado o publico de hacer o no hacer una determinada acción para evitar perjuicios en el tiempo necesario para demostrar el propio derecho en el procedimiento jurisdiccional ordinario.²²⁵

Por el contenido que tales medidas presentan puede distinguirse, por un lado, una *prohibitory* (o *negative*) *injunction*, que es una orden del juez dirigida a una de las partes para que se abstenga de cometer o continuar cometiendo una determinada actuación, o tener un determinado comportamiento, y una *mandatory* (o *positive*) *injunction*, de otro, consistente contrariamente en ordenar un hacer o un dar específico.²²⁶

Ambas cumplen una función eminentemente cautelar en cuanto se dirigen a prevenir los perjuicios irreparables, aun no consumados, que pudieran derivarse de la tramitación del proceso, bien sea manteniendo inalterado el *statu quo* durante ese periodo, lo que constituirá la regla general, bien sea, excepcionalmente, modificando el mismo cuando así resulte preciso para garantizar la eficacia de la sentencia. Además, las *interlocutory injunctions*, por su naturaleza cautelar, presentan un carácter instrumental respecto de la sentencia cuya efectividad tratan de asegurar, que se traduce a nivel practico en el hecho de que las mismas solo pueden adoptarse una vez incoado el proceso principal o, excepcionalmente, con carácter previo a su iniciación, si bien en este ultimo caso se le impone al

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ibidem*, Pág. 94.

solicitante la carga de ejercitar la acción dentro de un plazo de tiempo brevísimo. Esa naturaleza que las mismas poseen exige además el carácter provisional e incluso temporal de las *interlocutory injunctions* cuyo límite máximo de vigencia corre parejo al del proceso principal.²²⁷

El sistema “concentrado” de control de constitucionalidad, por el contrario, estructurado sobre la base de un único Tribunal Constitucional que ostenta de forma exclusiva la competencia para expulsar del Ordenamiento jurídico las leyes que incurran en un vicio de inconstitucionalidad, presenta en este punto una estructura totalmente diferenciada a la del sistema norteamericano, pues dicho Tribunal es el único órgano jurisdiccional que, de forma coherente con el sistema adoptado, puede asumir potencialmente la potestad cautelar frente a aquellas leyes sometidas a su consideración por los órganos que la Constitución legitima para formular el proceso o la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, el hecho de que a nivel teórico la potestad cautelar solo pueda recaer únicamente en las Cortes Constitucionales, no significa que en la práctica dichos Tribunales la ostenten realmente, pues a diferencia del Tribunal Supremo norteamericano, el recurso a la teoría de los poderes implícitos no suele ser utilizado, salvo alguna excepción, por los Tribunales Constitucionales para autoreconocerse una potestad cautelar de la que legislativamente carecen. De esta forma, y dado el autorestringimiento de que han hecho gala los distintos Tribunales Constitucionales, la tutela cautelar frente a las leyes “inconstitucionales” únicamente resulta viable en aquellos países en donde tal atribución se contiene de una manera expresa en las normas legislativas, como es el caso de Alemania al estar reconocida

²²⁷ *Ibidem*.

la potestad cautelar genéricamente, y para todo tipo de procesos, en el § 32.1 BVerfGG.²²⁸

3.5 POSTURAS TEORICAS SOBRE LA SUSPENSION DE LA NORMA IMPUGNADA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

3.5.1 Postura que admite la Suspensión de la Norma impugnada

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” políticas²²⁹

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, 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.

²²⁸ *Ibidem*, Pág. 95.

²²⁹ 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 LIM, 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".²³⁰

Lo anterior supone –siguieron- que "las medidas cautelares forman parte del 'arsenal' con el que cuenta el poder judicial para dar cumplimiento a sus funciones y atribuciones. Cuando la Constitución determina que corresponde al Órgano Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 172), lo impone -

²³⁰ 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>.

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 –dijeron–, 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".

Si bien es cierto –argumentaron– 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. En ese sentido

–concluyeron, respecto de este punto–, sólo podría existir violación al art. 86 Cn. cuando se desatiende una ley prohibitiva de medidas cautelares -sin que preceda la correspondiente declaratoria de inaplicabilidad- o una ley regulativa de las mismas -sin que preceda la misma salvedad– 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.

3.5.2 Postura que rechaza la Suspensión 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:²³¹

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

Esta solución parece enteramente razonable como línea de principio, en cuanto que bien fundada en una “presunción de constitucionalidad de la ley”,²³² que debe llevar a que el gravísimo efecto de suspender la vigencia de una ley democráticamente aprobada –y expresión, por tanto, de la voluntad popular- sólo tenga lugar, en principio, cuando el órgano de la

²³¹ Vid, BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, Op. Cit., Pág. 503.

²³² BRAGE CAMAZANO, 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”.

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.²³³

Así, la postura teórica en que el efecto no suspensivo de la admisión de la acción es propia de los sistemas austriaco, italiano y español,²³⁴ 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 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 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:

²³³ Ibidem.

²³⁴ La 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.

- ✓ En el año 2001, fue presentado ante la Sala de lo Constitucional un recurso de inconstitucionalidad impugnando la Ley de Integración Monetaria²³⁵, la cual, entró en Vigencia en enero de ese mismo año, y era la que permitiría la circulación del dólar en nuestro país. En este proceso los demandantes presentaron una solicitud de acción urgente requiriendo la adopción de la medida cautelar de suspensión de la Ley de Integración Monetaria, mientras se obtenía una sentencia definitiva del proceso. 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 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.

²³⁵ Proceso de inconstitucionalidad 2-2001; 3-2001; 4-2001, sentencia pronunciada el 13 de Noviembre de 2001.

- ✓ Asimismo, en el año 2003 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 26 inc. 2º de la ley del FOVIAL²³⁶, 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.

3.6 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA ACTUALIDAD

La facultad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, si bien es cierto en la mayoría de regulaciones legales se encuentra limitada o es inexistente, existen países en donde si se ha considerado la posibilidad de utilizarlas, ya sea porque poseen regulaciones genéricas que permitan su adecuación, o en el mejor de los casos, si poseen una regulación expresa que les faculta a hacer uso de la potestad cautelar.

²³⁶ 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>.

En este apartado se presentara, de manera escueta, la manera en que algunos países hacen uso de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, considerando su respectiva legislación y jurisprudencia aplicada al caso concreto.

En Alemania, si bien es cierto no se regula de manera expresa la potestad cautelar en el proceso de inconstitucionalidad, en esta materia, el Bundesverfassungsgericht²³⁷ alemán ostenta una de las potestades cautelares mas intensas en comparación con el resto de sus homólogos europeos.

En efecto, junto a las normas particulares que establecen medidas cautelares de adopción en determinados procesos constitucionales, el § 32.1 BVerfGG habilita al Tribunal Constitucional Federal alemán “en caso de litigio, para regular una situación mediante medidas provisionales, cuando el interés general lo exija, para evitar graves perjuicios, prevenir un daño inminente o por alguna otra razón importante”.

Como se desprende del precepto transcrito, el BVerfG cuenta con una potestad cautelar genérica, en virtud de la cual, puede adoptar tanto medidas conservativas como plenamente anticipatorias de la pretensión del actor, cuando ello sea necesario para garantizar la eficacia practica de cualquiera de sus sentencias. Además, la potestad cautelar que se infiere del § 32.1 BVerfGG resulta aplicable en todos los procesos constitucionales cuyo conocimiento se encuentra atribuido al Tribunal Constitucional, pues a pesar de que así no se diga expresamente en el precepto citado el propio Tribunal ha defendido desde un principio la tesis de que el § 32.1 BVerfGG, tras su “sistemática situación en la ley”, es una “norma de procedimiento general” que debe encontrar aplicación para todos los procesos previstos. De este

²³⁷ “Tribunal Federal Constitucional alemán”.

modo medidas provisionales se han dictado por el Tribunal de Karlsruhe al amparo de esta norma en los conflictos de competencias entre órganos, § 13.5 BVerfGG; procesos de control abstracto de normas, § 13.6 BVerfGG; en los conflictos entre el Bund y los Länder, § 13.7 BVerfGG; y en las quejas constitucionales, § 13.8a BVerfGG.²³⁸

En España, a diferencia de la potestad cautelar general que posee el Tribunal Federal Constitucional alemán, posee una limitada potestad cautelar en cuanto a la adopción de medidas cautelares en los procesos constitucionales, ya que el legislador español, de forma tasada, ha establecido los únicos casos en donde es posible la adopción de medidas cautelares, siendo entonces, su uso, un caso excepcional.

Así, el art. 30 LOTC 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 para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”²³⁹; de su lectura se puede observar que la adopción de medidas cautelares en los recursos o en las cuestiones de inconstitucionalidad se considera una facultad excepcional, ya que se tiene presente a la hora de ponderar la admisión del recurso la presunción de legalidad de las leyes por ser una emanación de la voluntad soberana.

Sin embargo de la lectura del art. 161.2 CE²⁴⁰ se infiere que la sola impugnación de la norma autonómica, o la admisión, del recurso o la

²³⁸ Vid, VECINA CIFUENTES, J., op. Cit., Pág. 79-80.

²³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puede consultarse en Internet en <http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/leyesacuerdos/LOTC.pdf>

²⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Constitución Española, puede consultarse en Internet en <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>

cuestión de inconstitucionalidad, en su caso, produce la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal Constitucional español, en su momento, deberá ratificarla o levantarla, en un plazo no superior a cinco meses.

En Argentina, específicamente en la ciudad de Buenos Aires, existe una Ley de Procedimientos ante El Tribunal Superior de Justicia de La Ciudad de Buenos Aires, la cual regula lo relativo a lo que ellos denominan la acción declarativa de certeza de inconstitucionalidad.

La acción declarativa de certeza, en palabras de Carlos Fenochietto, tiene por objeto despejar el estado de incertidumbre existente respecto de una relación jurídica por medio de una decisión que con la sola declaración de derecho, otorgue a las partes la certeza requerida. _Está regulada en el artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación (CPCCN)²⁴¹.

En la acción declarativa, como proceso constitucional, proceden las medidas cautelares, y en caso de ser concedidas y apeladas, el efecto del recurso concedido será devolutivo²⁴².

Así, el Art. 14 Ley de procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires (LPTSJBA)²⁴³ establece que "cuando el actor acredite sumariamente que el gravamen invocado es "irreparable por la Sentencia", y la ilicitud resulte manifiesta, puede solicitar la suspensión de la actividad del otro poder que resulta lesiva a las atribuciones o competencia del accionante.

²⁴¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La incertidumbre constitucional en la Acción declarativa de certeza*; Asociación de Abogados de Buenos Aires, puede consultarse en Internet en <http://www.aaba.org.ar>.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Asociación de Abogados de Buenos Aires, *Ley de procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires*, puede consultarse en Internet en <http://www.aaba.org.ar>

De la petición se da traslado a la contraparte por el plazo de tres días. Vencido el plazo el Tribunal Superior, resuelve. A pedido de parte se prescinde del traslado y sólo cuando razones de urgencia lo justifican”.

Dicho artículo se relaciona con el Art. 17 de dicha ley, ya que establece que “la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa constitución o a la Constitución Nacional”²⁴⁴.

En Guatemala se regula la tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad en la actual Constitución de 1985, 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 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 fuera notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión provisional se publicara en el Diario Oficial.²⁴⁵

En Ecuador se regula de manera expresa la adopción de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, en su Constitución de 1998. 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.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Constitución Política de la Republica de Guatemala, puede consultarse en Internet en <http://www.cc.gob.gt/index-2.html>.

CAPITULO IV

MARCO JURÍDICO NORMATIVO APLICABLE AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

"La duración del proceso es uno de sus defectos humanos, que aún cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán jamás ser eliminados del todo".-
Francesco Carnelutti

SUMARIO

4.1 Preámbulo. **4.2 Legislación Nacional:** **4.2.1** Constitución de 1983; **4.2.2** Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960; **4.2.3** Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales: 4.2.3.1 Disposiciones relativas al Proceso de Inconstitucionalidad, 4.2.3.2 Disposiciones relativas a la aplicación de Medidas Cautelares en los procesos constitucionales, 4.2.3.3 Disposiciones comunes aplicadas a todos los procesos constitucionales: Inconstitucionalidad, Amparo y Hábeas Corpus, 4.2.3.4 Otras disposiciones comunes aplicadas en los procesos constitucionales. **4.3 Tratados y Convenios:** **4.3.1** Declaración Universal de los Derechos Humanos; **4.3.2** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; **4.3.3** Convención Americana de Derechos Humanos; **4.3.4** Convención Europea de Derechos Humanos. **4.4 Legislación Comparada:** **4.4.1** España; **4.4.2** Argentina: 4.4.2.1 La Acción Meramente Declarativa en la Jurisdicción Federal, 4.4.2.2 Requisitos para su procedencia; **4.4.3** Ecuador: 4.4.3.1 Acción de Inconstitucionalidad de Leyes y otros Actos Normativos (TC); **4.4.4** Guatemala: **4.4.4.1** Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, 4.4.4.1.1 Disposiciones relativas al proceso de Inconstitucionalidad, 4.4.4.1.2 Disposiciones relativas a la Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y disposiciones de carácter general, 4.4.4.1.3 Disposiciones relativas a las medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad. **4.5 Jurisprudencia:** **4.5.1 Jurisprudencia Nacional:** 4.5.1.1 Sentencia caso de Ley de Integración Monetaria; 4.5.1.2 Sentencia caso Ley del FOVIAL; **4.5.2 Jurisprudencia Comparada:** **4.5.2.1 España:** 4.5.2.1.1 Notas Características de la medida cautelar de Suspensión; 4.5.2.1.2 Presupuestos.: 4.5.2.1.2.1 Presupuestos de la suspensión inicial, 4.5.2.1.2.2 Presupuestos de ratificación de la suspensión inicial; **4.5.2.2 Argentina:** 4.4.2.2.1 El surgimiento jurisprudencial de La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad; 4.5.2.2.1.1 Caso "Provincia de Santiago del Estero contra El Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales."; 4.5.2.2.2 La Ratificación de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad; 4.5.2.2.2.1 El Caso "Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina"; 4.5.2.2.2.2 El Caso "Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba; 4.5.2.2.3 La Difusión de La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad; 4.5.2.2.3.1 Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores; 4.5.2.2.3.2 Finalidad preventiva de la ADI, ausencia de daño y medidas cautelares; 4.5.2.2.4 Los presupuestos de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. **4.5.2.3 Ecuador.** **4.5.2.4 Guatemala.** **4.5.2.5 Alemania.** **4.6**

Necesidad de la adopción de Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad salvadoreño: **4.6.1** Ausencia de regulación legal expresa de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad; **4.6.2** Ventajas e inconvenientes de la ausencia de una tutela cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad: **4.6.2.1** Ventajas de la suspensión: La certeza de las relaciones jurídicas mientras se tramita el proceso constitucional; **4.6.2.2** Inconvenientes de la no suspensión: La consolidación irreversible de situaciones y relaciones jurídicas; **4.6.3** Posibles Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad: **4.6.3.1** La Suspensión de la entrada en vigencia de una ley; **4.6.3.2** La Suspensión de la aplicación de una ley vigente; **4.6.4** Posibles presupuestos a considerar para la aplicación de la medida cautelar de Suspensión.

4.1 PREAMBULO.

La regulación de ciertas figuras jurídicas, como lo son el proceso de inconstitucionalidad y las medidas cautelares, es necesaria para la comprensión de su funcionamiento en el ordenamiento jurídico correspondiente; asimismo, lo es la jurisprudencia desarrollada en torno al proceso de inconstitucionalidad y respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares dentro del mismo.

El presente capítulo contiene la regulación, tanto nacional como internacional, del proceso de inconstitucionalidad y además de las medidas cautelares aplicables al mismo. Así, como un análisis de la Jurisprudencia que ha sido desarrollada en los diversos ordenamientos jurídicos, y la emanada de nuestra Sala de lo Constitucional.

Del análisis de la legislación y la jurisprudencia, nacional e internacional, se realiza una comparación para lograr adaptar ciertas figuras que, en otros países, sí han logrado un mayor desarrollo, a nuestra realidad jurídica, y así, proporcionar una posible solución a la problemática de la falta de adopción de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño.

4.2 LEGISLACIÓN NACIONAL

4.2.1 CONSTITUCIÓN DE 1983

El principal ordenamiento jurídico que establece, de manera esencial, lo relativo al proceso de Inconstitucionalidad, es la vigente Constitución, promulgada el 15 de Diciembre de 1983. Para comprender de manera adecuada la función y desarrollo del proceso de Inconstitucionalidad, se analizarán las principales disposiciones que regulan lo referente al proceso de inconstitucionalidad:

Art. 172 Inc. 1º: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado...”.

Esta disposición contiene la Potestad Jurisdiccional y el Principio de Exclusividad. La potestad jurisdiccional, es una potestad cualificada, mediante la cual se refleja la jurisdicción que emana de la Soberanía del Estado, y es ejercida de manera exclusiva por jueces y magistrados, quienes son independientes en virtud de la división de poderes del Estado. Dicha jurisdicción es para realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de manera irrevocable y ejecutando lo que ya ha sido juzgado.

De conformidad con la disposición citada “puede afirmarse que el ámbito de aplicación del ejercicio de la potestad jurisdiccional es básicamente el siguiente: i) protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas; ii) Monopolio en la imposición de las penas; iii) Control de la actuación de los órganos políticos, específicamente a través del control de la legalidad de la actuación administrativa y del control de la constitucionalidad

de la normativa infraconstitucional, así como de la regularidad constitucional de los actos de autoridad, en general.”²⁴⁶

El principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional del órgano judicial, es referido a 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: “los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la constitución y a las leyes.”

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, y además dicha independencia se manifiesta frente al mismo órgano.

En cuanto al proceso de Inconstitucionalidad, el órgano judicial debe ser independiente frente a otros órganos y someterse solamente a la constitución, y además velar por garantizar la supremacía de la Ley Suprema. Dicho sometimiento, no es potestativo, sino más bien, es obligatorio, en relación a la protesta que deben rendir los miembros de la Sala, antes de tomar posesión del cargo, y bajo su palabra de honor se comprometen a “cumplir y hacer cumplir la constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen”²⁴⁷.

²⁴⁶ ACOSTA BAIRES, Julio Henríquez, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de Lo constitucional 2004*, primera edición, Corte Suprema Justicia año 2004, Sección de Publicaciones CSJ, San Salvador, Pág. 270.

²⁴⁷ Art. 235 Cn.

Art. 174 Inc. 1º: La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de Inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos...”

Este artículo establece la creación de la Sala de lo Constitucional, la cual es parte del Órgano judicial y tiene la competencia para conocer y resolver el proceso de Inconstitucionalidad contra leyes, decretos y reglamentos. La Sala, posee, según ésta disposición, una potestad jurisdiccional efectiva, es decir, facultad absoluta de juzgar.

Art. 174 Inc. 2º: “La Sala de lo constitucional estará integrada por cinco magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su presidente será elegido por la misma... será presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial”.

La Sala de lo Constitucional como máximo tribunal dentro del Órgano Judicial, se compone por cinco magistrados, los cuales son elegidos por los Diputados de la Asamblea legislativa en virtud del proceso establecido en la constitución. Así, a través de una lista de candidatos presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura²⁴⁸ se lleva a cabo una votación nominal y pública, mediante la cual se eligen a los magistrados, dicha elección se realizara por lo menos con dos tercios de los diputados electos.²⁴⁹

Los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia son:

- a) Salvadoreño por nacimiento²⁵⁰: este requisito es indispensable y no se admite, bajo ninguna circunstancia que sean candidatos los salvadoreños por naturalización²⁵¹.

²⁴⁸ Art.186 Inc. 2º Cn.

²⁴⁹ Art. 130 Núm. 19º

²⁵⁰ Art. 90 Cn. en esta disposición se establece que son salvadoreños por nacimiento: los nacidos en el territorio nacional, los que son hijos de padre o madre salvadoreños, aunque hayan nacido en el extranjero y los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que posean domicilio en El Salvador y manifiesten su voluntad de ser salvadoreños.

²⁵¹ Art. 92 Cn.

- b) Del Estado seglar: el candidato a magistrado debe ser de la sociedad civil y no poseer cargos de tipo religioso, como ser sacerdote o de tipo militar.
- c) Mayor de cuarenta años: este requisito busca de una manera razonable la experiencia de los aspirantes a ser magistrados, por ser materias de gran trascendencia jurídica las que llegan a su conocimiento.
- d) Abogado de la República: el aspirante a magistrado debe ser conocedor del derecho y el desempeño de sus funciones requerirá de una formación técnico-jurídica para la resolución favorable de los conflictos que sean sometidos a su competencia, en especial los referentes a los procesos de Inconstitucionalidad, el cual al estar dirigido a defender la constitución - base de la organización político social y económico del sistema salvadoreño- se vuelve mucho mas compleja su tramitación.
- e) De moralidad y competencia notoria: debe ser una persona ejemplar y recta en toda circunstancia, ya que debido al cargo que desempeñará, su conducta debe ser irreprochable ante la sociedad.
- f) Haber desempeñado una magistratura de 2ª Instancia durante 6 años, o una judicatura de 1ª Instancia durante 9 años, o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos 8 años antes de su elección.
- g) Estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo²⁵².

Art.183 Cn: La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

²⁵² Art. 176 Cn.

Esta disposición, establece la competencia de la Sala para conocer el proceso de Inconstitucionalidad, asimismo expresa el objeto sobre el cual recae el control (Leyes, decretos y reglamentos), y además establece dos tipos de Inconstitucionalidad: la Inconstitucionalidad por el contenido y por la forma²⁵³. Y por último, es el fundamento de la legitimación activa popular, es decir, la que posee cualquier ciudadano para iniciar este proceso en defensa de la constitución.

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, que se introdujo con la constitución de 1983, 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. Lo cual se observa como un refuerzo para los controles establecidos por la Ley Suprema, como el “no... ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales,...”²⁵⁴, o cuando se establece que “no podrán celebrarse o ratificarse tratados... que de alguna manera 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.”²⁵⁵

²⁵³ La Inconstitucionalidad por conexión o por omisión no son mencionadas en el texto constitucional, sino que han sido establecidas y desarrolladas por la jurisprudencia.

²⁵⁴ Art. 145 Cn.

²⁵⁵ Art.146 Inc. 1o Cn.

4.2.2 LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DE 1960

La vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, fue promulgada el 14 de Enero de 1960, esta es una norma pre constitucional, sin embargo, se acopla a la Constitución de 1983, y las disposiciones de dicha Ley, que regulan el proceso de Inconstitucionalidad son las siguientes:

Art. 2 L.Pr.Cn.: cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio.

Esta disposición, hace efectiva la “acción popular” de Inconstitucionalidad regulada en el Art. 183 Cn, y faculta a cualquier ciudadano para promover la acción de Inconstitucionalidad en contra de leyes, decretos y reglamentos, y así velar porque se cumpla la supremacía constitucional.

Además se regula la inconstitucionalidad por su forma y contenido. La sustanciación del proceso corresponde al presidente de la Sala, dirigirá el proceso y ordenará a nombre de la Sala todos los actos y procedimientos necesarios para la tramitación del mismo.

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:

(1) El nombre, profesión u oficio y domicilio del peticionario; (2) 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; (3) Los motivos en que se haga descansar la Inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la Constitución; (4) La petición de la declaratoria de Inconstitucionalidad de la Ley, decreto o reglamento; y (5) 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.

Estos son los requisitos mínimos que debe contener toda demanda de Inconstitucionalidad, de lo contrario, la Sala prevendrá al peticionario y si éste no la subsana, lo hace de manera errónea o extemporáneamente, la demanda será declarada inadmisibile. La mención de las generales del peticionario, es necesaria, como en todo proceso, para la identificación del mismo como partícipe activo del proceso.

Asimismo, 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 y no el de suplencia de la queja deficiente, por lo que la Sala no puede suplir de oficio la deficiencia en los puntos alegados.

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, pero para lograr la invalidación de una disposición contraria a la constitución, ya sea por vicios en su forma o en contenido, solamente es posible cuando la disposición impugnada se encuentra en vigencia, lo cual se comprueba con el Diario Oficial; y es que la Constitución establece que “ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación”²⁵⁶, o en cualquier otro periódico de mayor circulación.²⁵⁷

²⁵⁶ Art. 140 Cn.

²⁵⁷ Art. 139 Cn.

La declaratoria de Inconstitucionalidad debe solicitarse de forma expresa, en virtud del Principio de Congruencia, ya que la Sala se pronunciará solamente sobre lo pedido por el demandante, por lo que el demandante debe solicitar a la Sala que declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento impugnado, caso contrario se le prevendrá sobre este requisito.

Debe especificarse el lugar y fecha de la demanda, la firma del peticionario o quien lo hiciere a su ruego, y debe presentarse la documentación que compruebe la ciudadanía del peticionario, de lo contrario, la demanda puede declararse inadmisibile.

Art. 7 L. Pr. Cn.: presentada la demanda con los requisitos mencionados se pedirá informe a la autoridad que haya emitido la disposición considerada inconstitucional, la que deberá rendirlo 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 secundarias²⁵⁸, 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 la Asamblea legislativa²⁵⁹, y además al Presidente de la República, por estar facultado para “celebrar tratados y convenciones

²⁵⁸ Art. 131 Ord. 5º Cn.

²⁵⁹ Art.131 Ord. 7º Cn.

internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento”²⁶⁰.

En el caso de los decretos y reglamentos, debe demandarse a la autoridad que los emitió, que puede ser el órgano Ejecutivo, al decretar un reglamento o decreto²⁶¹, como también la Asamblea Legislativa cuando se trata de su propio reglamento o de decretos²⁶².

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.

Art. 8 L. Pr. Cn.: De la demanda o informe se correrá traslado por un término prudencial que no exceda de 90 días, al Fiscal General de la República, quien estará obligado a evacuarlo dentro del plazo que se le señale.

Uno de los principales intervinientes en el proceso de Inconstitucionalidad es el Fiscal General de la República, el cual actúa en defensa de la constitucionalidad, y proporciona una opinión técnico-jurídica que se limita a los motivos aducidos en la demanda y en el informe de la autoridad demandada.

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,

²⁶⁰ Art. 168 Ord. 4º Cn.

²⁶¹ En Razón del Art. 168 Ord. 14º Cn.

²⁶² Art. 131 Ord. 1º Cn.

lo cual afecta los principios de celeridad y economía procesal, y atenta contra la garantía de pronta y cumplida justicia.

Art.10 L. Pr. Cn.: la sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona...

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.

Art. 11 L. Pr. Cn.: la sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial dentro de los quince días subsiguientes al de su pronunciamiento, para lo cual se remitirá copia de la referida sentencia al director del periódico, y si este funcionario no cumpliera, la Corte ordenará que se publique en uno de los diarios de mayor circulación de la capital de la República, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido.

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.

4.2.3 ANTEPROYECTO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

4.2.3.1 Disposiciones Relativas al 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 2001, 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 “es necesario sustituir la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, por otra que facilite la garantía y pleno respeto de los derechos consagrados en la normativa constitucional, la supremacía de la constitución y el funcionamiento regular de los Órganos de Gobierno”²⁶³; las disposiciones que regulan el proceso de Inconstitucionalidad se encuentran en el Capítulo III del título IV, y son las siguientes:

Art. 85 A.L.Pr.Cn.: 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 Anteproyecto²⁶⁴.

²⁶³ Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional Pág. 1

²⁶⁴ Figura que, actualmente, ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

Art. 86 A.L.Pr.Cn.: 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 A.L.Pr.Cn.: 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.

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 éste plazo 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.

Art. 19 A.L.Pr.Cn.: el Fiscal General de la República deberá intervenir en los procesos de inconstitucionalidad en defensa de la normativa constitucional y, además, podrá plantear la pretensión de Inconstitucionalidad.

Esta disposición, establece la calidad de “amicus curiae” en la que deberá intervenir el Fiscal General de la República, quien deberá intervenir en defensa de la constitucionalidad de la norma impugnada. Además, se concede de manera expresa, la legitimación activa a dicho funcionario, lo cual no es considerado por la actual Ley de Procedimientos Constitucionales.

Art.20 A.L.Pr.Cn.: el Procurador General de la República podrá pedir la declaratoria de Inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que considere violatorias de derechos cuya protección le esté encomendada.

Al igual que el Fiscal General de la República, la legitimación activa se establece para el Procurador General de la República, cuando las normas o sus disposiciones se impugnen de inconstitucionales por violentar derechos cuya protección se encuentra encomendada a dicho funcionario.

Art. 88 A.L.Pr.Cn.: 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 A.L.Pr.Cn.: 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.²⁶⁵

Art. 90 A.L.Pr.Cn.: “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.

²⁶⁵ 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 sentencias definitivas, quince días. Estos plazos se contabilizan desde el día, en que se haya realizado la última diligencia en el proceso o procedimiento.

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 publicado²⁶⁶. 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.

Art. 91 A.L.Pr.Cn.: 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.

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

Las disposiciones relativas a las medidas cautelares en los procesos constitucionales se encuentran en el Capítulo IV, del título II, del Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional, el cual contiene disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales. Entre estas disposiciones se encuentran:

²⁶⁶ 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. 32 Inc. 1º A.L.Pr.Cn.: 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 (*fumus boni 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 positivos²⁶⁷, 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 A.L.Pr.Cn.: 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.

²⁶⁷ Art. 19 Inc. 2º L. Pr. Cn. de 1960

Art. 33 A.L.Pr.Cn.: 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 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.

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 A. L. Pr. Cn.: 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 A.L.Pr.Cn.: 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.

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

Art. 4 A.L.Pr.Cn.: 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 A.L.Pr.Cn.: 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 al 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 A.L.Pr.Cn.: 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 días²⁶⁸.

²⁶⁸ Art. 41 A. L. Pr. Cn.

Art. 105 L.Pr.Cn.: 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.

4.2.3.4 Otras disposiciones comunes aplicadas en los procesos constitucionales.

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.²⁶⁹

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 leyes.²⁷⁰

Se regula la figura de la recusación de los miembros de la Sala de lo Constitucional, cuando no se garantice su imparcialidad, el tribunal competente para conocer de la recusación será la misma Sala, cuando se trate de un miembro, pero si son recusados la mayoría o todos los miembros

²⁶⁹ Art.5 Inc. 1o A. L. Pr. Cn.

²⁷⁰ Art.6 A. L. Pr. Cn.

de la Sala, será competente para conocer la Corte en Pleno²⁷¹. Los plazos comprenderán únicamente los días hábiles; además de que se caracterizan por ser perentorios e improrrogables.²⁷² Los procesos constitucionales se iniciarán mediante demanda escrita²⁷³, la improcedencia será declarada en estos procesos cuando la misma sea manifiesta, y la resolución que se emita sobre este punto debe ser motivada.²⁷⁴

4.3 TRATADOS Y CONVENIOS

Calificada doctrina americana y europea, advierte que el proceso jurisdiccional y, en su seno, la suspensión de la ejecución de normas u actos impugnados, integran la constelación de garantías indirectas o reflejas de protección de los Derechos humanos, formando parte de la exitosamente denominada **jurisdicción constitucional de la libertad**²⁷⁵.- En consecuencia, la suspensión de la ejecución de la norma o acto impugnado ante la jurisdicción competente, aparece como uno de los **recursos efectivos** instaurados por los instrumentos internacionales de protección de los Derechos humanos, incorporados a nuestro derecho positivo, en plena coherencia y desarrollo del régimen constitucional.-

²⁷¹ Art.7 A. L. Pr. Cn.

²⁷² Art.22 A. L. Pr. Cn.

²⁷³ Art.35 A. L. Pr. Cn.

²⁷⁴ Art. 2 A. L. Pr. Cn.

²⁷⁵ Frase acuñada por el notable jurista italiano Mauro Cappelletti, señala el mejicano Fix Zamudio en su libro *La protección procesal de los Derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, que en los países en los cuales no existen remedios específicos para tutelar los derechos humanos, son los tribunales, los que tutelan al particular frente a los actos de la administración, aún cuando esa tutela se refiere directamente a la afectación de los derechos ordinarios o secundarios de los gobernados, es decir, está dirigida de manera inmediata a la protección del principio de legalidad y no de la constitucionalidad, por lo que sólo de manera refleja se protegen los derechos fundamentales de los administrados. BIASCO, Emilio, *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares*; Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica de Uruguay, puede consultarse en Internet en http://www.ccee.edu.uy_ensenian_catderpu_material_acto.pdf.

4.3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos y libertades, incluyen previsiones sobre la necesaria existencia en todos los ordenamientos positivos internos de **recursos de amparo efectivos**, ante tribunales competentes, contra cualquier tipo de actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o las leyes. Así, el art. 81 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a un **recurso efectivo**, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

4.3.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Con mayor valor y fuerza jurídica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció la garantía del amparo, como **recurso efectivo** contra violaciones de derechos y libertades, cometidas por personas públicas o privadas, para ante autoridades administrativas o jurisdiccionales.

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos establece: **Art. 21, Nº 3.-** Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un **recurso efectivo**, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.-

4.3.3 Convención Americana de Derechos Humanos

En el ámbito americano, la Convención de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, estableció con carácter general, que toda persona tiene derecho a un **recurso sencillo, rápido y efectivo**, ante tribunales competentes en amparo de sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes y el propio pacto.

La Convención Americana de Derechos Humanos, establece: Art. 251.- Protección judicial.-1.- Toda persona tiene derecho a un **recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. - 2.- Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que **la autoridad competente** prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso.- b) A desarrollar las **posibilidades de recurso judicial**, y c) **A garantizar el cumplimiento**, por las autoridades competentes, **de toda decisión** en que se haya estimado procedente el recurso.

4.3.4 Convención Europea de Derechos Humanos

Con anterioridad a los documentos señalados, la Convención Europea de Derecho Humanos ya se había ocupado del tema, en los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Art. 131 del referido pacto establece: Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la presente Convención han sido violados, tiene derecho a la concesión de un **recurso efectivo** ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Sintetizando los textos señalados, Fix Zamudio define al **remedio procesal interno** de carácter específico como el instrumento establecido por el ordenamiento jurídico nacional, que por su carácter de rápido, sencillo y reparador, puede hacerse valer eficazmente por los particulares afectados ante un organismo judicial ordinario o especializado, para la defensa de sus derechos humanos, establecidos en la Carta Fundamental²⁷⁶.

Dichas normas establecen un verdadero y amplio ***derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, en todas sus manifestaciones, incluida la adopción de la más amplia gama de medidas cautelares***, tendientes a tutelar los derechos y libertades de las personas.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 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.

El Gobierno español esta 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

²⁷⁶ BIASCO, Emilio, *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares*; Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica de Uruguay, puede ser consultada en Internet en http://www.ccee.edu.uy_ensenian_catderpu_material_acto.pdf.

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 española.²⁷⁷

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es específica en cuanto a lo que regula, tal es el caso del artículo primero, el cual establece de manera determinante la independencia que posee dicho Tribunal, así como el grado jerárquico que se le atribuye en congruencia con la Carta Magna; en el artículo segundo se establece la competencia que ejerce, siendo una de ellas conocer todo lo referente a las inconstitucionalidades.

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 competente la respectiva Sección del Tribunal, quien dará cuenta de la suspensión al Pleno del Tribunal (art. 8 LOTC); en el segundo, por el

²⁷⁷ “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”.

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)²⁷⁸.

La suspensión de la ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley autonómica, no se produce inicialmente de un modo automático, es decir, con la mera interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Abogado del Estado²⁷⁹, 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.

Los efectos temporales de la suspensión inicial no se producen, *ex nunc* o *pro futuro*, sino que, según doctrina reiterada del TC, una vez admitida a

²⁷⁸ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, primera edición, Editorial Colex, Pág. 162.

²⁷⁹ El abogado de la Nación actúa en representación y defensa del Presidente del Gobierno (art. 82.2 LOTC).

trámite la demanda los mismos se retrotraen al momento de la formalización, interposición o presentación de la demanda de inconstitucionalidad.

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.

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.

Siguiendo ese orden de ideas, 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 *fumus boni 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.

4.4.2 ARGENTINA

4.4.2.1 La Acción meramente Declarativa en La Jurisdicción Federal

Uno de los institutos por el que se vehiculiza el control de constitucionalidad en el orden federal en Argentina, y que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de los tribunales inferiores, que ha logrado en los últimos tiempos un desarrollo inusitado, es el referido a la **acción declarativa de inconstitucionalidad** (en adelante ADI) como una de las más novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial del alto Tribunal, en virtud del ejercicio de un *poder constituyente material* que le permite, como intérprete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas²⁸⁰.

Denominase *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 podemos 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

²⁸⁰ RICARDO, Haro, *La acción declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, puede consultarse en Internet en <http://www.acader.unc.edu.ar>, Pág. 4.

declaración acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate²⁸¹.

De allí que la característica fundamental de este tipo de *pretensiones declarativas* consista en la circunstancia de que en ellas, 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 jurídica²⁸².

Ahora bien, cuando por esa pretensión declarativa se persigue la certeza del derecho que debe regir una relación jurídica determinada y la incertidumbre está motivada asimismo por la inconstitucionalidad que se cuestiona, entonces se están abriendo los caminos hacia la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuya existencia fue negada por la CSJN durante más de un siglo, y a partir de 1985 se adquirió carta de ciudadanía en el derecho procesal constitucional argentino por obra de un cambio en la jurisprudencia del Tribunal que vino a definir un proceso que ya se estaba insinuando con algunos muy pocos y aislados hitos tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina.

Así, La acción declarativa de certeza, en palabras de Carlos Fenochietto, tiene por objeto despejar el estado de incertidumbre existente respecto de una relación jurídica por medio de una decisión que con la sola declaración de derecho, otorgue a las partes la certeza requerida²⁸³.

²⁸¹ *Ibíd*em, Pág. 5-6.

²⁸² *Ibíd*em.

²⁸³ GIL DOMINGUEZ, Andrés, *La incertidumbre constitucional de la Acción Declarativa de Certeza*; puede ser consultada en Internet en <http://www.aaba.org.ar/bi110001.htm>.

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".*²⁸⁴

Es importante destacar que en la Exposición de Motivos del referido Código, se dijo: "Al consagrarse en el art. 322, la acción meramente declarativa, se ha acogido un postulado de la doctrina y de la legislación procesal modernas. Reemplaza al juicio de jactancia, abandonado ya por la actual legislación y *extiende la posibilidad de tutela a otros casos actualmente no amparados por aquella*".²⁸⁵

A partir del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "*Hidronor S. A. c/ Prov. de Neuquen*" (LL 154-516) el derecho judicial desarrolló el control de constitucionalidad mediante la acción declarativa de certeza. Desde de 1985, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha superado

²⁸⁴ 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>

²⁸⁵ Vid, HARO, Ricardo, op. Cit., Pág. 17.

el criterio de períodos anteriores que la circunscribía solamente a cuestiones de derecho privado. No se trata de una acción de inconstitucionalidad pura, sino que dentro del espectro de la incertidumbre causada por la relación jurídica, es viable plantear la inconstitucionalidad de una norma.²⁸⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Bs. As.*" (LL 1997-C, 322) señaló: "*Que tal como lo señala el Procurador General en su dictamen de fs. 223/227, la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación no constituye un óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo. Tal analogía ha sido advertida por esta Corte al señalar que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como idóneo –ya sea bajo la forma de amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional- para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.....La similitud entre ambas acciones también se desprende de la doctrina de diversos precedentes en los cuales se consideró evidente que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia del daño consumado...".²⁸⁷*

El Alto Tribunal siguiendo el precedente "*Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional y/u otro*" (LL 1986-C, 116) estableció un estándar doctrinario sobre los procesos constitucionales: "la acción de amparo, de hábeas corpus y hábeas data tienen **vasos comunicantes vinculantes** con varios aspectos de la acción declarativa". Por lo que de la

²⁸⁶ Vid, GIL DOMINGUEZ, Andrés, op. Cit.

²⁸⁷ *Ibidem*.

analogía existente entre la acción de amparo y la acción declarativa de certeza se deduce que:²⁸⁸

- ✓ Si en el proceso de amparo, por sus características: rápido, expedito y célere, no proceden *las excepciones de previo y especial pronunciamiento*, en la acción declarativa como proceso constitucional los vasos comunicantes vinculantes funcionan de manera tal que impiden interponer dichas excepciones.
- ✓ Siempre que existiera un acto u omisión de autoridad pública o de un particular, que de *forma manifiesta y palpablemente arbitraria o ilegal*, violente o amenace, derechos o garantías reconocidos por la constitución, la ley o un tratado, en principio el medio judicial más idóneo, es la acción declarativa. Y si existiera un medio judicial más idóneo en relación con el objeto del proceso, o sea que la demora usual de los procesos alternativos no tornara ilusoria o más gravosa la decisión que en definitiva se dicte (prohibición de cercenamiento del derecho de defensa y del derecho a la jurisdicción), corresponde al tribunal pertinente, demostrar la mayor idoneidad del trámite ordinario con relación a la acción declarativa.
- ✓ Cualquier habitante puede promover acción declarativa en defensa de la legalidad constitucional motorizada por la supremacía constitucional.
- ✓ En la acción declarativa como proceso constitucional proceden las medidas cautelares, y en caso de ser concedidas y apeladas, el efecto del recurso concedido será devolutivo.

4.4.2.2 Requisitos para su procedencia

Del examen de la normativa argentina, se puede establecer que los *requisitos* para la procedencia de la acción meramente declarativa, son los siguientes.²⁸⁹

²⁸⁸ *Ibíd.*

1) Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica.

La seguridad jurídica exige la certeza no sólo en el texto de las normas jurídicas, sino además en la interpretación que se haga de ella, todo lo cual no siempre es posible, dado a la vastedad y complejidad de las realidades sociales a contemplar en el contenido jurídico del precepto.

El artículo 322 expone que para la procedencia de la acción declarativa de certeza es necesario que exista una situación de incertidumbre. Cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, estamos ante un **estado de incertidumbre constitucional**, y es dentro de este esquema que los jueces deben procurar alcanzar un grado de certeza que satisfaga la pretensión esgrimida.

La formula léxical utilizada es: "*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....*". Al utilizar el legislador la coma y la disyuntiva "o", la necesidad de certeza puede surgir: a) sobre la existencia de una relación jurídica, y esencialmente b) sobre el alcance o modalidad de una relación jurídica. Y justamente estos últimos son los supuestos más usuales que generan un **estado de incertidumbre constitucional**, o sea una situación jurídica en donde los alcances o modalidades de una relación jurídica pueden vulnerar la legalidad constitucional.

La incertidumbre constitucional radica: a) sobre si existe una relación jurídica, porque a) si no existe una relación jurídica, su ausencia puede generar inconstitucionalidad por omisión, b) cuál es el alcance o modalidad de una relación jurídica en virtud de que puede producir una transgresión constitucional (inconstitucionalidad por acción).

²⁸⁹ Vid, HARO, Ricardo, op. Cit., Pág. 17 y sigs.

Así, si la constitución depara una determinada protección (conf. art. 75 inc. 23) a determinadas personas, ante una determinada plataforma fáctica de desamparo o discriminación, una persona de las incluidas en el radio de protección tuitiva de la norma constitucional o un grupo de personas, puede promover acción declarativa para saber si existe una relación jurídica que les depara protección constitucional o infraconstitucional (presupuesto a y a'). Una universidad nacional puede promover una acción declarativa contra un decreto de necesidad y urgencia que recorta el presupuesto asignado por ley del Congreso, porque determinados alcances y modalidades de dicha norma, generan incertidumbre en cuanto a la posible violación del bloque de la constitucionalidad federal (presupuesto b).

2) La posibilidad de que esa falta de certeza produzca un perjuicio o lesión actual al actor.

Este requisito descarta las demandas que sólo tienen por objetivo las meras cuestiones abstractas o conjeturables, dado que los tribunales de justicia sólo están facultados para decidir en conflictos dañosos producidos o inminentes en las relaciones jurídicas.

Al tener un carácter primordialmente -pero no exclusivamente- preventivo, la acción declarativa de inconstitucionalidad en sus diversas modalidades, debe tener un tratamiento célere que requiere de jueces ágiles y activos que resuelvan la pretensión en tiempo y forma oportuna; porque el derecho a la jurisdicción es la sumatoria de acceso más decisión jurisdiccional en debido tiempo de acuerdo a la pretensión esgrimida.

Si bien en el marco de este proceso constitucional no pueden ventilarse daños en un sentido estrictamente patrimonial, esto no impide, que se revise jurisdiccionalmente la existencia de **daños constitucionales** que se producen cuando se afectan bienes colectivos o sociales²⁹⁰. La óptica

²⁹⁰ Vid, GIL DOMINGUEZ, Andrés, op. Cit.

constitucional no puede quedar circunscripta al estricto ámbito de los daños en donde: a) existe un daño concreto, particularizado, actual o inminente, no hipotético, b) el daño debe surgir de alguna conducta u omisión de la demandada, c) debe existir la posibilidad de reparar el daño²⁹¹.

3) La inexistencia de otro medio legal para poner término inmediatamente a la incertidumbre.

Ello es de tener muy presente, pues se trata de acciones excepcionales que el ordenamiento procesal prescribe para lograr el objetivo de justicia que constituye su finalidad primordial, pero sólo en los casos que los procedimientos ordinarios no fuesen idóneos para satisfacer oportunamente la lesión que origina la incertidumbre, incertidumbre que bueno es recordar, siempre existe en toda pretensión que se plantea ante los órganos jurisdiccionales.

En cuanto al *procedimiento*, la acción declarativa interpuesta, se tramitará como un juicio ordinario de acuerdo al principio general dispuesto por el art. 319 1er. párr., pero 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 art. 486 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4.4.3 ECUADOR

4.4.3.1 Acción de Inconstitucionalidad de Leyes y Otros Actos Normativos (TC)

La Constitución Política de la República en su artículo 276 numeral 1 establece la competencia que tiene el Tribunal Constitucional para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de fondo o de forma que se presente

²⁹¹ *Ibídem.*

sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de las instituciones del estado, y suspender total o parcialmente sus efectos, según el art. 12 numeral 1 de la Ley del Control Constitucional.

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 encuentren 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. La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad se prevé por razones de seguridad jurídica, de manera que dicha declaratoria puede ser invocada y aplicada a partir del momento en que empieza a regir. 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.

4.4.4 GUATEMALA

4.4.4.1 LEY DE AMPARO, EXHIBICIÓN PERSONAL Y CONSTITUCIONALIDAD

4.4.4.1.1 Disposiciones relativas al Proceso de Inconstitucionalidad

En el título cuatro, de la ley se comentado se encuentran las disposiciones relativas a la inconstitucionalidad de las leyes. Entre estas disposiciones se encuentran:

ARTICULO 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.

ARTICULO 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. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho. En atención a la interpretación extensiva que debe hacerse de la ley, esta disposición establece la nulidad de pleno derecho de todas aquellas normas violenten, disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos constitucionales, por lo que éstas se redeclaran nulas. 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.

4.4.4.1.2 Disposiciones relativas a La Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General

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:

ARTICULO 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.

ARTICULO 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; en este proceso no se toma en cuenta la acción popular de inconstitucionalidad, como en nuestro medio, esta acción en Guatemala se encuentra de alguna manera reflejada en la inconstitucionalidad planteada en casos concretos.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

4.4.4.1.3 Disposiciones relativas a Las Medidas Cautelares en El Proceso de Inconstitucionalidad.

ARTICULO 138. *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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

4.5 JURISPRUDENCIA

4.5.1 JURISPRUDENCIA NACIONAL

4.5.1.1 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. En este proceso los demandantes solicitaron acción urgente de aplicación de la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la norma impugnada, ya que al momento de la presentación de la demanda no se había realizado la

publicación de la LIM en el Diario Oficial, por lo tanto solicitaron la suspensión de la vigencia de la misma. La demanda se presentó contra dicha ley por vicios tanto de forma como de contenido. Los demandantes solicitaron la aplicación de estas medidas, aunque la Ley de Procedimientos Constitucionales vigente no las regula, sin embargo, los argumentos planteados en su demanda fueron los siguientes:

- a) 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”²⁹². Esencialmente los demandantes argumentaron que la aplicación de medidas cautelares es, más que un mandato de ley, una potestad jurisdiccional para hacer efectiva la justicia que se busca lograr dentro del proceso. Por lo tanto, la adopción de las medidas cautelares, según los demandantes, poseen la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional, constituyendo, por lo tanto, potestades propias, inherentes, consustanciales e inmanentes a la función jurisdiccional; pero es una función jurisdiccional por antonomasia.
- b) Realizaron una referencia al desarrollo del constitucionalismo salvadoreño, razonando que la creación de la Sala de lo Constitucional puso de manifiesto el valor normativo de la Constitución, ya que si la finalidad de dicho tribunal es la defensa efectiva y judicial de la constitución, la ineffectividad de sus resoluciones, estaría en contra del desempeño de sus labores.

²⁹² Piero Calamandrei, citada por los demandantes para dar soporte doctrinario a su solicitud.

- c) 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.
- d) Sostuvieron que aunque no exista previsión legal para adoptar una medida cautelar de suspensión de una norma impugnada, tal posibilidad si 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”²⁹³. 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, en el caso de la LIM, se encuentra en el carácter

²⁹³ Resolución Interlocutoria de admisión de 26-IX-2000 bajo la referencia Inc. 33-2000

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

- e) 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.
- f) 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.

- g) 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.
- h) 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.

- i) 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”²⁹⁴. 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 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 en entre estos procesos, lo aplicable a uno, y salvo disposición legal en contrario, será aplicable a los

²⁹⁴ Klug, Urich, citado por los demandantes en sus argumentaciones.

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.

- j) 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.
- k) Un segundo 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 *fumus boni 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 sentencia

definitiva favorable en el proceso, es posible que existan muchas situaciones consolidadas que volverían nugatoria la ejecución de la sentencia. El supuesto del *fumus boni 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”.²⁹⁵

A pesar de los argumentos planteados por los demandantes la Sala de lo Constitucional resolvió de la siguiente manera: "I. A partir del examen del ordenamiento jurídico salvadoreño, este tribunal advierte que la potestad de decretar medidas cautelares en la substanciación del proceso de inconstitucionalidad no se encuentra actualmente prevista. II. En cuanto a la apariencia fundada del derecho, indispensable para decretar medidas cautelares, no aparece debidamente configurada. Los argumentos vertidos por la parte demandante no resultan convincentes para instituir un juicio de probabilidad efectiva sobre la transgresión de los principios constitucionales a que hacen referencia, durante la discusión y aprobación del proyecto de la LIM, circunstancia adicional que inhibe evidentemente a este tribunal para establecer o adoptar la referida medida cautelar. III. Finalmente, es pertinente aclarar a los peticionarios que esta Sala se encuentra facultada para determinar o fijar en sentencia definitiva, en atención a los elementos que rodean los asuntos sometidos a su consideración, los efectos de sus decisiones, con el propósito de lograr la plena actuación de su potestad jurisdiccional. Por tanto, con base en las razones expuestas en los acápites

²⁹⁵ Inc. 8-96 pronunciada por la Sala de lo Constitucional.

precedentes, esta Sala resuelve: Sin lugar la adopción de la medida cautelar de suspensión de la aplicación del Decreto Legislativo n° 201, correspondiente al 30-XI-2000, que contiene la Ley de Integración Monetaria, solicitada por los demandantes"²⁹⁶.

4.5.1.2 Sentencia caso Ley del FOVIAL

Este proceso se encuentra bajo la referencia de Inc.59-2003, fue presentada en el año 2003. Este fue 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.

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.

²⁹⁶Resolución 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>

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.

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.

4.5.2 JURISPRUDENCIA COMPARADA

4.5.2.1 ESPAÑA

En España, si bien es cierto que el legislador español ha regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la potestad para adoptar, en alguno de los procesos que ante él se siguen, las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la decisión que en ella se adopte. Sin embargo, según VECINA CIFUENTES, las facultades que el legislador ha atribuido al Tribunal Constitucional se encuentran muy reducidas y resultan insuficientes, tanto por la limitación del catálogo de medidas cautelares, como por lo reducido de la potestad cautelar atribuida al máximo interprete de la Constitución. No se le reconoce al Tribunal Constitucional una potestad cautelar general, como tradicionalmente se ha atribuido en el Derecho español a los tribunales del

orden civil²⁹⁷ o a los del contencioso-administrativo²⁹⁸, sino que se limitan las posibilidades de la tutela cautelar a una única medida: la suspensión de la ejecución de la disposición o del acto impugnado.²⁹⁹

Así, ocurre que quedan fuera de la tutela cautelar las pretensiones que se articulan en los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado y en las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, salvo que sea el Presidente del Gobierno de la Nación quien recurra una ley autonómica por considerarla inconstitucional e invoque el art. 161.2 de la Constitución Española en relación con el art. 30 de la LOTC, es decir, que el Tribunal Constitucional solo puede adoptar medidas cautelares en ciertos casos tasados³⁰⁰. Y es que el propio Tribunal Constitucional ha negado, en resolución ATC 462/1985, FJ único, la existencia de “poderes implícitos” que le permitan adoptar medidas cautelares ajenas a la regulación de la LOTC al establecer que “los poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados [...] prevista para otros casos [...] son reglas que convienen a cada uno de los supuestos para los que están establecidas, pero no pueden extenderse a casos distintos de aquellos para los que estén instaurados”.

Según MARTÍNEZ DE VELASCO, la prueba del reducido poder cautelar del Tribunal Constitucional es la inexistencia de previsión alguna al respecto

²⁹⁷ Esta potestad se encuentra regulada a partir del art. 721 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, según MOTERO AROCA, Juan y otros, *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Pág. 832.

²⁹⁸ La Potestad cautelar en este caso se regula en la ley 29/1998 de 13 de julio en su art. 129.1 el cual dice que “los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”; MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, *Las medidas cautelares en los procesos constitucionales*; Manual Practico de medidas cautelares, Editorial Comares, Granada, 2000, Pág. 5.

²⁹⁹ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, primera edición, Editorial Colex, Pág. 73 y sigs.

³⁰⁰ Tales casos son: en los recursos de amparo (art. 56.1 LOTC), en los conflictos positivos de competencia (art. 64.2 y LOTC) y en las impugnaciones formuladas por el Gobierno de la Nación contra disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas al amparo del título V de la LOTC (art. 77 LOTC).

en los procesos de control de la constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas y actos con fuerza de ley. Aun más, la única disposición expresa, lo es en sentido contrario, pues el art. 30 LOTC dice expresamente que la admisión de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad no produce efectos suspensivos sobre la vigencia ni la aplicación del producto normativo cuestionado. Tan solo, por excepción, la impugnación producirá tales efectos si su objeto es una ley, disposición o acto con fuerza de ley emanado de una Comunidad Autónoma y quien ejercita la acción es el Gobierno de la Nación.

301

Ahora bien, si la esencia de toda medida cautelar es ser una manifestación mas de la potestad jurisdiccional, quien esta llamado en el desarrollo de un proceso a resolver sobre las pretensiones articuladas en el mismo es quien, para la efectividad de su futura decisión y en garantía de los derechos tutelados en aquel, tras efectuar el juicio de ponderación pertinente decreta o no la adopción de las cautelas precisas, en el caso del art. 30 LOTC el Tribunal Constitucional se limita a constatar que al interponer el recurso el Gobierno, invocando el art. 161.2 CE, pide la suspensión de la disposición o acto impugnado, debiendo decretarla sin más margen alguno de apreciación por su parte, si es que decide admitir a tramite el recurso.

La anterior afirmación, según MARTÍNEZ DE VELASCO, solamente demuestra que no se trata entonces de una medida cautelar, y es que según el mencionado autor también el Tribunal Constitucional español ha entendido que se trata de “una potestad del Gobierno estrictamente tasada a los supuestos expresamente previstos [...] y de carácter excepcional, tanto por su alcance limitativo [...], como por ser contraria al principio de presunción de legitimidad de la norma [...], en contraposición al carácter de medida cautelar de la suspensión contemplada en el art. 64.3 LOTC, referido a los conflictos

³⁰¹ Vid, MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, op. Cit., Pág. 6.

positivos de competencia planteados por las Comunidades Autónomas [...]. La suspensión, previa invocación expresa del gobierno en el escrito de interposición de la demanda [...], se produce con efectos automáticos sobre la vigencia y aplicación en el caso de su admisión a trámite, según la práctica hasta ahora seguida en cada caso por este Tribunal” (ATC 74/1991 FJ 1º).³⁰²

Por el contrario, VECINA CIFUENTES, defiende la naturaleza de medida cautelar de esta suspensión, porque, según él, concurren en ella las notas propias de las medidas cautelares, como lo son la instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y sujeción a la regla *rebus sic stantibus*.³⁰³

4.5.2.1.1 Notas características de la medida cautelar de Suspensión.

La característica de *instrumentalidad*, según el citado autor, consiste en la dependencia del proceso principal, y se encuentra presente en las medidas cautelares que derivan del art. 161.2 CE, y concretamente en la que puede adoptarse en el curso de un proceso directo de inconstitucionalidad, tanto inicialmente, de una forma automática, como con posterioridad, en el plazo de cinco meses, si concurren los presupuestos que acompañan a toda medida cautelar.

En ese sentido, el art. 161.2 establece que la suspensión automática la producirá la impugnación que el Gobierno formule ante el Tribunal Constitucional en relación con las disposiciones y resoluciones autonómicas. Y en la misma línea, pero matizando el automatismo con que es concebido el efecto suspensivo en el art. 161.2 CE, la LOTC acoge también este requisito de dependencia. Así, el art. 30 conecta dicho efecto suspensivo a la admisión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra leyes y disposiciones procedentes de las Comunidades Autónomas, si bien, en todos los casos, la suspensión referirá temporalmente sus efectos

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Vid, VECINA CIFUENTES, J.: *Las medidas cautelares en los procesos...* Op. Cit.; págs. 138 y 139.

paralizantes al momento de la formulación del recurso, según tiene declarado el propio Tribunal Constitucional español (ejemplo: AATC 16/1981, de 13 de noviembre; Ant. 3, 102/1982, de 26 de febrero; Ant. 2, 38/1983, de 27 de enero; etc.)

La nota de *provisionalidad*, se encuentra presente en las medidas cautelares que pueden adoptarse, automática o condicionalmente, al amparo del art. 161.2 CE, de manera tal que la conclusión del proceso constitucional correspondiente, de un modo normal o anormal, llevará consigo la extinción también de la medida cautelar de suspensión.

Ahora bien, en el art. 30 LOTC no se hace mención sobre la vigencia o no de la nota de provisionalidad en la suspensión cautelar que cabe adoptar en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a leyes autonómicas. Sin embargo, la práctica constitucional ha dado en este punto un mismo tratamiento para todas las medidas, en donde el Tribunal Constitucional solamente se pronuncia sobre la ratificación o el levantamiento de la medida suspensiva si aun no se ha dictado sentencia (AATC 54/1985, de 24 de enero FJ.1 y 574/1984, 4 de octubre, FJ.2), y que acordada la suspensión, la misma se mantenga como máximo hasta que dicha sentencia tenga lugar (ATC 102/1982, de 26 de febrero) o, más correctamente, mientras dure la sustanciación del recurso de inconstitucionalidad (ATC 376/1989, 4 de julio), pues una vez concluido el mismo, de forma normal o anormal, la medida cautelar cesara en el despliegue de sus efectos, aún cuando no exista al respecto un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional.

Junto a la nota de provisionalidad se encuentra la nota de *temporalidad*, ya que la suspensión adoptada al inicio del proceso constitucional de un modo automático -con la sola invocación por el demandante del art. 161.2 CE-, posee una duración máxima de cinco meses, transcurridos los cuales sin haber concluido -de un modo normal o anormal- el proceso, el Tribunal

Constitucional esta obligado por imperativo constitucional a pronunciarse sobre su levantamiento o ratificación en el supuesto excepcional de que no se emita sentencia dentro de ese plazo.

Sin embargo, en la practica llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, hasta el año de 1987, se concebía el plazo de cinco meses cómo una limitación temporal “mínima” de la operatividad de la medida suspensiva, y por lo tanto el Tribunal no estaba autorizado a reducir en ningún caso; pero dicha practica encontró su primera quiebra en el ATC 1.140/1987, de 14 de octubre, en el cual no obstante reiterar el TC la idea de que, a tenor de lo dispuesto en el art. 161.2 y 65.2 LOTC, el plazo de cinco meses ha de entenderse transcurrido para que deba dictarse el Auto sobre el levantamiento o la ratificación de la suspensión inicial, el Alto Tribunal puntualizó que todo ello debe entenderse “sin perjuicio de que, siendo un plazo máximo el previsto en el art. 161.2, pueda el Tribunal, en casos muy excepcionales, previa ponderación de las razones invocadas por las partes, adelantar la decisión”.

Con este pronunciamiento el Tribunal Constitucional desradicaliza su postura inicial, al considerar ahora el plazo de cinco meses cómo un plazo “máximo”, lo que permite decidir sobre el mantenimiento o ratificación de la medida suspensiva en cualquier momento y, por lo tanto, también con anterioridad al transcurso de los cinco meses previstos en el art. 161.2 CE.

Posteriormente, en el ATC 503/1989, de 18 de octubre, se reitera dicha doctrina y se interpreta de un modo amplio la expresión “casos excepcionales”, entendiéndose por tales aquellos en lo que pudieran producirse “perjuicios irreparables o de difícil reparación”; considerando el TC oportuno en el ATC 117/1990, de 13 de marzo, adelantar el pronunciamiento previsto en el art. 65.2 LOTC por encontrarse ante uno de tales supuestos excepcionales, para la suspensión del precepto reglamentario, cuyo levantamiento anticipado se solicita, podría afectar a la aplicabilidad de una

norma con rango de ley, de la que aquel precepto no es sino una reproducción prácticamente exacta, ordenada por el propio Tribunal, planteando problemas de inseguridad jurídica que deben ser evitados en la medida de lo posible.

En definitiva, adelantar la decisión sobre el levantamiento de la suspensión “en casos excepcionales, previa ponderación de las razones invocadas por las partes”³⁰⁴ se puede observar tomando en cuenta “determinados supuestos, y teniendo en cuenta las circunstancias concretas que concurren en los mismos, (es) posible que la Comunidad Autónoma autora de la Ley recurrida por el Gobierno de la Nación solicite anticipadamente el alzamiento de la suspensión automática de la misma y que este Tribunal se pronuncie sobre tal solicitud, de modo que, de accederse, en su caso, a tal pretensión, la suspensión no llegue a agotar el plazo de los cinco meses”³⁰⁵.

4.5.2.1.2 Presupuestos.

La adopción de una medida cautelar no se produce, por regla general, de un modo automático, con la mera incoación del proceso principal o la simple solicitud por la parte actora, comportando la misma un doble juicio, uno de certeza y otro de verosimilitud, a cargo del órgano jurisdiccional en orden a detectar la presencia de los tradicionales *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.

Sin embargo, en el caso español, por imperativo constitucional, esta regla general presenta una excepción cuando el Gobierno de la Nación se ampare en lo prescrito en el art. 161.2 CE para impugnar en sede constitucional actos y disposiciones autonómicas, al establecer el citado precepto que por si sola dicha impugnación producirá la suspensión de la

³⁰⁴ ATC 1.149/1988, 11 de octubre. Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit., pág. 146.

³⁰⁵ ATC 355/1989, de 20 de junio, FJ1; y ATC 504/1989, de 19 de octubre FJ1. *Ibidem*.

disposición o resolución recurrida. En este caso la suspensión se produce de modo automático, sin necesidad de una valoración jurisdiccional sobre la presencia de los presupuestos tradicionales, al presumirse estos en todo caso como existentes por la norma constitucional citada. No obstante, su concurrencia si resultaría precisa para mantener la suspensión con posterioridad, es decir, en el momento, no superior a cinco meses desde el inicio del proceso, en el que el TC se pronuncie sobre su ratificación o levantamiento, pues, según constante jurisprudencia constitucional, el criterio que debe presidir esta decisión “no puede ser otro que el utilizado para acordar o denegar libremente la suspensión no producida automáticamente, esto es, el de atender a la imposibilidad o dificultad de reparar los perjuicios que la entrada en vigor de la disposición impugnada podría originar” ATC 674/1984, 8 de noviembre y 776/1986, de 9 de octubre, FJ1).

Así las cosas, es preciso diferenciar aquellos presupuestos cuya concurrencia resulta imprescindible para que se produzca la suspensión “automática” al inicio del proceso de inconstitucionalidad, de aquellos otros necesarios para ratificar en un momento posterior la suspensión inicialmente adoptada al amparo del art. 161.2 y que coinciden con los que requieren tanto la LOTC como el Tribunal Constitucional para adoptar de forma condicionada la suspensión cautelar de posible adopción en el marco del proceso de inconstitucionalidad.

4.5.2.1.2.1 Presupuestos de la suspensión inicial.

Para que la medida de suspensión contemplada en el art. 161.2 CE, como medida cautelar establecida exclusivamente a favor del Estado cuando impugne ante el Tribunal Constitucional disposiciones autonómicas por estimarlas contrarias a los preceptos constitucionales, tenga lugar de forma automática es necesario que concurren tres requisitos:

- a) Deber ser el Gobierno de la Nación, y por lo que se refiere al recurso de inconstitucionalidad, su Presidente (art. 30 LOTC y 162.1 a) CE), quien deduzca la pretensión actora frente a las disposiciones provenientes de las Comunidades Autónomas;
- b) La pretensión debe interponerse en el proceso constitucional, siempre y cuando dicho órgano estatal tenga reconocida la legitimación activa;
- c) La invocación expresa del art. 161.2 en el escrito de formalización del proceso por parte del Gobierno de la Nación, o su Presidente, en virtud de encontrarse facultado para hacer uso de la prerrogativa contenida en dicho precepto.³⁰⁶

De los tres requisitos citados, el último de ellos ha sido el único hasta el momento cuya falta ha motivado un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre este particular. Así ocurrió en el ATC 231/1985, de 28 de marzo, en el que tuvo ocasión de afirmar, en relación con la invocación del art. 64.2 LOTC, que la invocación del art. 161.2 CE debe hacerse en el trámite procesal adecuado, que no es otro, a juicio del Tribunal, que el escrito de formalización del conflicto; una vez pasado el mismo y perfeccionada la relación procesal, la invocación de dicho precepto, con los efectos que ello comporta, ya no puede efectuarse. En estos casos, la prerrogativa que constitucionalmente tiene atribuida el Estado desaparece situándose el mismo a idéntico nivel que las Comunidades Autónomas, pudiendo obtener, por lo tanto, los efectos paralizantes que la suspensión conlleva únicamente al amparo del art. 64.3 LOTC, es decir, mediante la acreditación de que de no acordarse ésta se producirían perjuicios de difícil o imposible reparación que convertirían en utópica la ulterior sentencia estimatoria del conflicto.³⁰⁷

³⁰⁶ En la práctica es al Abogado del Estado, a quien le corresponde hacer la invocación del art. 161.2 CE en el escrito de iniciación del proceso, de acuerdo con el art. 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la defensa y representación de los órganos ejecutivos del Estado.

³⁰⁷ Vid, VECINA CIFUENTES, J., Op. Cit., Pág., 148.

Esta doctrina del TC, aun cuando se establece en el marco de un conflicto positivo de competencias, es aplicada al recurso de inconstitucionalidad, al recoger el art. 30 LOTC expresamente este presupuesto, entendiéndolo así el TC en el Auto numero 74/1991, de 26 de febrero, cuando hace un tratamiento genérico del significado de la suspensión de las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, y en donde manifiesta que la invocación del art. 161.2 CE en un escrito distinto al de interposición de la demanda ha de considerarse extemporánea y, por lo tanto, no tendrá nunca efectos suspensivos.³⁰⁸

4.5.2.1.2 Presupuestos de ratificación de la suspensión inicial.

Cumplidos los presupuestos necesarios para la adopción de la suspensión al inicio del proceso, y acordada ésta por el TC en la providencia por la que se comunica a la Comunidad Autónoma demandada la formalización por el Gobierno –o su Presidente- del recurso, conflicto o impugnación constitucional, la misma deberá, no obstante, dado el carácter temporal que tiene constitucionalmente atribuida, ser ratificada o levantada por el Tribunal en un plazo no superior a cinco meses.

Si bien es cierto que ni el constituyente ni con posterioridad el legislador español, han previsto cuales deben ser los concretos criterios de decisión que el TC debe tomar en consideración a la hora de mantener o revocar la medida de suspensión previamente acordada, existe basta jurisprudencia constitucional al respecto³⁰⁹.

Así, el Tribunal Constitucional a la hora de proceder al levantamiento o mantenimiento de la suspensión inicial toma en consideración varios elementos como lo son el *periculum in mora*, contenido en el art. 64.3 LOTC; asimismo, se ponderan o valoran los intereses públicos comprometidos y las

³⁰⁸ *Ibidem*, Pág. 149.

³⁰⁹ *Ibidem*.

consecuencias que de una u otra medida pudieran depararse (ATC 472/1988, de 19 de abril); para lo cual constituye una práctica jurisprudencial reiterada conceder a las partes un plazo común de cinco días para que aleguen lo que estimen oportuno en relación con el citado pronunciamiento, emitiendo el mismo en atención sobre todo a las manifestaciones contenidas en los escritos que a este respecto deduzcan los contendientes; y con escaso peso específico el *fumus boni iuris*.³¹⁰

Ahora bien, respecto al *fumus boni iuris* como presupuesto a tener en cuenta por el Tribunal Constitucional a la hora de adoptar o ratificar la medida cautelar de suspensión, este no se encuentra regulado expresamente por la LOTC, y además el Tribunal Constitucional se ha negado expresamente a valorar este presupuesto, por cuanto dicha valoración le exige realizar un juicio de verosimilitud sobre la *causa petendi* de la pretensión actora, es decir, sobre la probable inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados por la parte demandante, y en consecuencia reduce su cognición cautelar básicamente a la existencia o no de un *periculum in mora*.³¹¹

El *periculum in mora* en el proceso de inconstitucionalidad se concreta en la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación acaecidos como consecuencia de la ejecución del acto o disposición impugnada. Los daños y perjuicios para ser relevantes y susceptibles de integrar el *periculum in mora* deben afectar a los intereses estatales o, en su caso a los intereses particulares; pero además, tales perjuicios deben proceder directamente de la ejecución del acto o disposición impugnado, que en el caso del art. 30 LOTC se traduce en la ejecución de una ley, acto o disposición normativa con fuerza de ley proveniente de las Comunidades Autónomas (ATC329/1990, de 18 de septiembre; ATC 417/1990, de 27 de noviembre).

³¹⁰ *Ibidem*, Pág. 149-150.

³¹¹ *Ibidem*, Pág. 150.

Perjuicios que, además, no pueden ser meramente hipotéticos, sino actuales y efectivos tal y como ha precisado el citado Tribunal Constitucional (AATC 79/1990, de 13 de febrero y 118/1990, de 13 de marzo).³¹²

La acreditación del *periculum in mora* se observa a través de la práctica procesal de conceder a ambas partes el plazo común de cinco días para que aleguen lo que estimen oportuno, recayendo la carga de la prueba en quien interesa la ratificación de la suspensión, es decir que corresponde a la representación del Gobierno de la Nación la carga de justificar debidamente la necesidad de mantenimiento de la suspensión (ATC 351/1990, de 2 de octubre) y en su ausencia, procede decretar el levantamiento de la suspensión (ATC 111/1985, de 14 de febrero).³¹³

Algunos casos que el Tribunal Constitucional español ha entendido que debía mantenerse la suspensión inicialmente adoptada, en cuanto a perjuicios en los intereses mas generales cuya defensa corresponde al Estado, cuando la ejecución de los actos y disposiciones autonómicas pudieran, por ejemplo, poner en peligro el interés ecológico (AATC 674/1984; 1270/1988; 29/1990 de 16 de enero y 80/1990, de 13 de febrero); la efectividad de una medida de política económica general dirigida a contener la expansión relativa a uno de los componentes esenciales del gasto publico (AATC 885/1988, de 5 de julio; 897/1988, de 13 de julio; 1083/1988, de 27 de septiembre y 1269/1988, de 22 de noviembre); provocar un perjuicio irreparable al Fisco, dada la cuantía que percibe el Estado de los rendimientos del juego en la Comunidad Balear y que dejaría de ingresar si la suspensión se levantara; al comercio exterior (ATC 1267/1988, de 22 de noviembre).³¹⁴

³¹² *Ibidem*, Pág. 156.

³¹³ *Ibidem*, Pág. 160.

³¹⁴ *Ibidem*, Pág. 158.

Por otra parte, se consideran perjuicios irreparables o de difícil reparación a los intereses de los particulares afectados por el acto o norma impugnada, susceptibles de provocar el mantenimiento de la suspensión, los que se causarían a los particulares que pudieran verse afectados por una norma de naturaleza punitiva, relativa a una sanción de notable alcance (AATC 596/1984, de 11 de octubre y 366/1985, de 30 de mayo), los que produciría a los comerciantes la vigencia de la norma impugnada que limita los periodos de ventas en rebajas (ATC 428/1987, de 2 de abril) o restringe las modalidades de venta (ATC 206/1989, de 18 de abril).³¹⁵

4.5.2.2 ARGENTINA

4.5.2.2.1 EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.5.2.2.1.1 Caso "Provincia de Santiago del Estero contra el Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales."

a) Las circunstancias del caso

Para la mejor comprensión de la doctrina judicial, se considera indispensable fijar el marco fáctico-jurídico que dio origen a la causa "*Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales - Acción de Amparo*", fallada el 20 de agosto de 1985 (Fallos: 307-1379).³¹⁶

La Provincia en el ejercicio de las que entendía como facultades propias en materia tributaria, sancionó la ley 5.464, creando el Departamento de

³¹⁵ *Ibídem.*

³¹⁶ Vid, RICARDO, Haro, *La acción declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, puede ser consultada en Internet en <http://www.acader.unc.edu.ar>, Pág. 24 y sigs.

Control de Combustibles, que de acuerdo al citado texto legal, tendría a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos, y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan las leyes nacionales 19.511 y 21.970, fijándose como retribución de esos servicios, una tasa del 5% sobre el precio de las naftas "super" y "común" y del 2,5% sobre el gasoil.

Ante tales circunstancias, surgió la oposición de la Divisional Salta de Yacimiento Petrolíferos Fiscales, comunicando telegráficamente a los expendedores de combustibles que debían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de sanciones previstas. Esto motivó la demanda de inconstitucionalidad por la Provincia citada.

b) Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema

Entrando a la exposición de la doctrina sentada por la CSJN sobre la *acción declarativa de inconstitucionalidad*, se puede recapitular de la siguiente forma:

1) Que al perseguir la Provincia una declaración preventiva que impida que al poner en vigencia la ley provincial 5.464, el Estado Nacional concrete las medidas sancionatorias anticipadas a los expendedores, se advierte que estamos frente a una *solicitud de declaración de certeza* porque *no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa*, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto en ciernes y fijar las relaciones legales que vinculan las partes en conflicto.

2) Ello así, surge evidentemente que en el caso se trata de un *conflicto de competencia* sobre los poderes del gobierno federal y los de un estado provincial, atribuyéndose *ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal*, para cuya solución *no resulta compatible el régimen legal ni el procedimiento de la acción de amparo* regulado por la ley 16.986, ya que

como lo explicitó, mucho años después en 1996, en "*Pcia. De Santiago del Estero c/ Nación Argentina- Acción de amparo*" (F. 319-1968), *la acción declarativa es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora con una declaración de certeza*".

3) En cambio, sí *parece adecuada la acción declarativa* que, como el amparo, tiene una *finalidad preventiva*, no requiere la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de certeza.

4) Para ello, *puede prescindirse válidamente del nomen juris utilizado* (acción de amparo), debiéndose atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa de certeza del art. 322 del CPCCN y su procedimiento sumario.

5) Dicha acción, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro de combustibles, toda vez que pretende *la definición por el Tribunal de una relación jurídica discutida o incierta*.

6) Esa indefinición indudablemente revela la existencia en la demandante, de un *interés real y concreto* susceptible de protección legal actual.

7) Se configuran de tal suerte, *las exigencias que la Corte Suprema de los Estados Unidos* consideró en algún caso: a) Actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) Que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) Que aquella actividad tenga concreción bastante.

8) Al acto cuestionado, se le atribuye *ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal*.

c) La conclusión doctrinaria a que arriba el fallo

En conclusión y de la reseña formulada, parece oportuno destacar las siguientes precisiones: La CS en una *jurisprudencia realmente constituyente*, logra dar vida a la acción declarativa de inconstitucionalidad reiteradamente negada por su jurisprudencia, y lo hace ajustándola en la acción declarativa

de certeza del art. 322 del CPCCN, a la cual considera idónea para dar seguimiento a los casos en que en la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica, pueda requerir el control de constitucionalidad por estar en juego la posible inconstitucionalidad de un acto estatal federal. Y esta acción declarativa de certeza que en tales casos se erige en una acción declarativa de inconstitucionalidad, podrá plantearse en las pertinentes instancias del Poder Judicial de la Nación ya sea que se trate de competencia federal "difusa" (art. 116 CN) o lo sea de competencia originaria y exclusiva de la CS (art. 117 CN).³¹⁷

4.5.2.2.2 LA RATIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Esta doctrina judicial, ha sido reiterada, y a veces con nuevos argumentos entre otros, en el siguiente caso:³¹⁸

4.5.2.2.2.1 El caso "Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina"

a) "Caso contencioso"

En "*Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina*" el 12 de diciembre de 1985 (Fallos: 307-2384), el actor demandó al Poder Ejecutivo Nacional por inconstitucionalidad de la ley 23.172 de aprobación del Tratado de Paz y Amistad firmado con la República de Chile, por entender que destruía la base territorial de la provincia de Santa Cruz. La CSJN consideró que no había causa de carácter contencioso y declaró la cuestión ajena a la jurisdicción federal.

Reafirmando en sustancia la posición del caso "Provincia de Santiago del Estero" (F. 307-1379) ratificatoria de la del caso "Baeza" (F. 306-1125), sostuvo que el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de

³¹⁷ *Ibíd.*, Pág. 25-26.

³¹⁸ *Ibíd.*, Pág. 26 y sigs.

Justicia y a los tribunales nacionales por la CN, se define de acuerdo con invariable interpretación -que el Congreso argentino y la jurisprudencia de este Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos- como el que *se ejercita en las causas de carácter contencioso* a las que se refiere el art. 2º de la ley 27, requisito que debe ser observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes, según lo expone el Juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S., 149). Tales causas contenciosas son *aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas* (doctrina en F. 156-318; 243-176; 256-104; 306-1125, entre otros).

b) Declaración general y directa de inconstitucionalidad

No se da una "causa" cuando se procura la *declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes* (F. 243-176 y 256-104). Por ello la Corte desde sus inicios (F. 1-27 y 292) negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo* (F. 12- 372; 95-51; 115-163; 243-176; 256-104; 306-1125).³¹⁹

Al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional federal, el Tribunal pone de relieve que ellos no tienen como corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad. En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud (Fallos: 306-1125) y las acciones determinativas de derechos de

³¹⁹ *Ibíd.*, Pág. 27.

base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo (Fallos: 306-1125 y 307-1379).

La admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de "causa" o "caso" en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental.

En similar sentido siguieron cronológicamente, las sentencias recaídas en 1986 en las causas "*Klein, Guillermo Walter*" y "*Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe*" (Fallos:308-1489 y 2569, respectivamente).

4.5.2.2.2 El caso "Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba

a) Las circunstancias del caso

La posición innovadora del Alto Tribunal, fue explicitada con nuevos argumentos en 1987 en un breve fallo en el caso "*Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba*" (Fallos: 310-142), en el que la actora promovió la acción declarativa de inconstitucionalidad -aunque no la menciona expresamente ni cita el art. 322 CPCCN- en contra de los impuestos sobre los ingresos brutos establecidos por la Pcia. de Córdoba en su Código Tributario.³²⁰

En su sentencia, la CS ratificando la doctrina de los precedentes citados: "Provincia de Santiago del Estero", "Lorenzo, Constantino" y "Klein, Guillermo Walter", y con apoyo en el dictamen del Procurador General, explicitó la doctrina jurisprudencial que podemos resumir en los siguientes presupuestos:

³²⁰ *Ibídem*, Pág. 28-29.

b) Los presupuestos que configuran la procedencia de la ADI

1) De conformidad a la jurisprudencia del Tribunal, *en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad* y, en su caso, ella puede ser instaurada directamente ante la CSJN cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria.

2) La acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el art. 322 del CPCCN, para la acción meramente declarativa.

3) Parafraseando a dicha norma podemos afirmar que *para la procedencia de las acciones meramente declarativas de inconstitucionalidad, se requiere:*

a) Que exista un *estado de incertidumbre* sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta, y básicamente *sobre la verosímil inconstitucionalidad de la norma* en que se funda dicha relación;

b) Que el accionante tenga *interés jurídico personal, concreto, suficiente, cierto, inmediato*, en el sentido de que la falta de certeza teñida de inconstitucionalidad, le pueda producir un *daño, perjuicio o lesión actual o inminente*;

c) Que se verifique un interés específico en el uso de la vía declarativa de inconstitucionalidad, lo que sólo ocurrirá cuando aquél *no disponga de otro medio legal* para darle fin inmediatamente (Dictamen del Procurador General);

4) Además, la acción intentada no puede tener un *carácter simplemente consultivo*, ni importar *una indagación meramente especulativa*;

5) Siempre debe responder a la *existencia de un caso*, pues de acuerdo a la originaria doctrina sentada en el citado "Baeza" (Fallos: 306-1125), afirmó asimismo que *la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derecho de base*

constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de "causa", pues el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye, pues, el control genérico o abstracto, o la acción popular, y por otra parte, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental.

c) La reflexión que suscita el fallo

Es por demás evidente que si bien es cierto que la CSJN ratifica la existencia en el orden federal de una *acción declarativa de inconstitucionalidad*, también lo es que con todo vigor no la acepta en el común entendimiento de una acción directa o por vía de demanda reclamando la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma del orden jurídico que vulnere el principio de la supremacía constitucional.³²¹

Por el contrario, la subsume, la instrumentaliza y la hace transitar por los carriles de la *acción declarativa de certeza* que regula el art. 322 del CPCCN, la cual podrá ser planteada ante los tribunales inferiores o en su caso, ante la CSJN cuando se trate de una causa de competencia originaria y exclusiva de la misma, en los términos del art. 117 CN. Precisamente por lo señalado, en autos, el Tribunal rechaza la acción declarativa de inconstitucionalidad por no haberse cumplimentado los requisitos del cit. art. 322.³²²

4.5.2.2.3 LA DIFUSIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.5.2.2.3.1 Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores

A partir de ese conjunto de sólidos y fundados principios y presupuestos, la CSJN continuó desarrollando los distintos matices doctrinarios de la acción

³²¹ *Ibídem*, Pág. 29.

³²² *Ibídem*.

declarativa de inconstitucionalidad, actitud que se puso de manifiesto en los siguientes pronunciamientos:³²³

1) En 1987, tenemos las causas "Newland C/ Provincia de Santiago del Estero" (F. 310-606); "Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés c/ Provincia de Buenos Aires" (F. 310-977); "Torterola c/ Pcia. de Buenos Aires" (F. 310-1794); "Gobierno Nacional c/ Pcia. de Santiago del Estero" (F. 310-2812).

2) En 1988, en "San Lucas c/ Gobierno Nacional" (F. 311-421). En 1989, en "Conarpresa c/ Pcia. de Chubut" (F. 312-1003).

3) En 1991, en autos "Abud J.H. y otros c/ Pcia. de Buenos Aires" (F. 314-1186). En 1992, "Leiva c/ Pcia. de Entre Ríos" (F. 315-1013), en donde la CS reitera la doctrina de los casos Fs. 308-2569 y 314-1186.

4) En 1993, "Satecna c/ Pcia. de Buenos Aires" (F. 316-2206); "González c/ Pcia. de Mendoza" (F. 316-2855). En 1994, "Ravaglia y otros", (F. 317-1224). En 1997 "Athuel Electrónica S.A. c/ Pcia. de Tierra del Fuego", (F. 320-1875).

5) En 1999, en los casos "Droguería Anes c/ Pcia. de Santa Fe", (F. 322-678); "Pcia. de Río Negro c/ Nación Argentina", (F. 322-1135); "Pelco c/ Secretaría de Recursos Naturales- P.E. Nacional", (F. 322-2799).

6) En 2000, "Palopoli c/ Pcia. de Bs. Aires" (F. 323-19); "Prov. de Santa Cruz c/ Nación Argentina" (F. 323-1849); "Prov. de San Luis c/ Administración Federal de Ingresos Públicos", (F. 323-2107); Pcia. de Río Negro c/ Nación Argentina (F. 323-3277; "Aguas de Formosa S.A. c/ c/ Pcia. de Formosa" (F.: 323-4193 del 21 de diciembre de 2000).

7) En 2001, "Transportadora de Gas del Sur c/ Pcia. de Santa Cruz (F. 324-871); "Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Pcia. de San Luis (F. 324-2315)

³²³ *Ibíd.*, Pág. 30.

4.5.2.2.3.2 Finalidad preventiva de la ADI, ausencia de daño y medidas cautelares

El 22-IV-1997, en Fallos: 320-690, en resolución " *Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A). c/ Pcia de Buenos Aires*", se demandó la inconstitucionalidad de dos decretos-leyes y un decreto de la demandada por violatorios a la CN y a la Ley Nacional 24.065, ante lo cual la CSJN sostuvo, reiterando anteriores casos, que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma, importa el ejercicio de una *acción directa de inconstitucionalidad* de aquéllas que explícitamente la CSJN ha admitido como medio idóneo, *ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional*, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.³²⁴

Y aunque sea repetitivo, bueno es resaltar que la CSJN volvió a sentar este capital principio, en el sentido que "*la acción declarativa al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos*".³²⁵

Estas afirmaciones fueron reafirmadas por la CSJN en numerosas causas, entre otras en "*Pcia de Río Negro c/ Nación Argentina*", del 31 de mayo de 1999 (F. 322-1135) y en el 11 de Julio de 2000 en autos "*Prov. de Santa Cruz c/ Nación Argentina*", Fallos: 323-1849.³²⁶

En 1995, en "*Central Neuquén c/ Pcia. de Buenos Aires*" (Fallos: 318-30); y "*Litsa c/ Pcia. de Corrientes*" (Fallos: 318-2374), el Tribunal trató las relaciones entre la acción declarativa de inconstitucionalidad y *las medidas cautelares*, señalando que procede cuando persigue precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen

³²⁴ *Ibíd.*, Pág. 31.

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ *Ibíd.*

constitucional federal, ya que si bien por vía de principio, medidas como la de *no innovar*, no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, atento la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (doctrina de Fallos, 250-154; 251-336; 307-1702; 314-695).³²⁷

4.5.2.2.4 Los Presupuestos de La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad.

A manera de síntesis que recapitule el diseño de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pueden señalarse los siguientes presupuestos y perfiles que la vuelven procedente:³²⁸

- 1) De conformidad a la actual jurisprudencia del Tribunal, *en el orden nacional argentino existe la acción declarativa de inconstitucionalidad*, que se planteará ante los tribunales inferiores o ante la CSJN en el caso de competencia originaria.
- 2) El control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de "casos contenciosos" "causas" o "controversia judicial"* sea observado rigurosamente en los términos de los arts. 116 y 117 y 2º de la ley 27.
- 3) Por ello la Corte desde sus inicios negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso.*
- 4) Tales causas contenciosas *son aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.* La Corte, al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ *Ibíd.*, Pág. 37-39.

federal, pone de relieve que ellos *no tienen como corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad.*

5) Por la citada acción se formula *una solicitud de declaración de certeza porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa.*

6) Para ello *parece adecuada la acción declarativa que, al igual que la acción de amparo, sin bien se trata de dos acciones distintas, tiene una finalidad preventiva, no requiere la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de certeza.*

7) La *acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el art. 322 del CPCCN para la acción meramente declarativa, por lo cual es preciso los siguientes presupuestos:*

a) Que exista un *estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta, y lesión al régimen constitucional federal* que afecta dicha relación jurídica discutida o incierta;

b) Que el accionante tenga *interés jurídico personal, real, concreto, suficiente cierto e inmediato*, en el sentido de que la falta de certeza teñida de inconstitucionalidad, le pueda producir un *daño, perjuicio o lesión actual o inminente;*

c) Que el demandante *no disponga de otro medio legal* para darle fin inmediato a la incertidumbre constitucional.

8) *La condición de ciudadano que esgrime un justiciable para deducir la acción, no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces, por ser dicho carácter de una generalidad tal que no permite, en los casos solicitados, tener por configurado el interés concreto inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como "causa", "caso", o "controversia".*

9) Por su parte, *los legisladores carecen de legitimación procesal para actuar en procesos como el de autos*, pues esa calidad sólo los habilita para desempeñar las funciones en el órgano que integran y con el alcance asignado por la CN.

4.5.2.3 ECUADOR

La Constitución Política de la República en su artículo 276 numeral 1 establece la competencia que tiene el Tribunal Constitucional para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de fondo o de forma que se presente sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de las instituciones del estado, y suspender total o parcialmente sus efectos, según el art. 12 numeral 1 de la Ley del Control Constitucional.

Pese a que Ecuador posee disposiciones expresas sobre la suspensión de las normas que se impugnen en un proceso de inconstitucionalidad determinado, cabe hacer la observación que, en el caso de la jurisprudencia al respecto, ésta ha sido mínima por no decir nula, ya que el Tribunal Constitucional únicamente se pronuncia sobre la procedencia o improcedencia de las medidas, pero sin hacer una fundamentación de la resolución que contiene la decisión de adoptar o no la medida cautelar, tal es el caso que, según el citado Tribunal Constitucional, en el caso de ser improcedente la demanda de inconstitucionalidad tiene como consecuencia declarar improcedente la solicitud de medidas cautelares al amparo del art. 276 numeral 1 de la Constitución del Ecuador³²⁹.

³²⁹ “deviene en improcedente el requerimiento (...) de que se adopten las medidas necesarias conforme lo establece el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución Política, toda vez, que la demanda se fundamenta en el numeral 1 del artículo 276 de la Carta Política, es decir, facultad distinta a la prevista en el numeral 2” (CASO Nro. 032-2002-TC).Tribunal Constitucional del Ecuador, Gaceta

De ahí, se deduce que al realizar un examen sobre la existencia de los presupuestos propios de toda medida cautelar (*fumus boni iuris* y el *periculum in mora*) se observa detenidamente sobre el fondo del asunto para así tomar una decisión respecto a adoptar o no la medida de suspensión, ya que no se puede resolver sobre la misma si la acción no es la adecuada. Además, se infiere que una medida de suspensión, para que sea otorgada, debe ser solicitada, en el caso concreto, invocando el art. 276 numeral 1 de la Constitución del Ecuador.

4.5.2.4 GUATEMALA

En Guatemala compete exclusivamente a la Corte de Constitucionalidad el conocimiento y resolución de la acción de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, y tiene la facultad de decretar la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, si a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria o susceptible de causar gravámenes irreparables, sin que, en todo caso tal suspensión prejuzgue sobre la resolución definitiva.

Al igual que Ecuador, Guatemala posee una normativa expresa sobre la medida cautelar de suspensión de normas impugnadas en el proceso de inconstitucionalidad, pero al igual que Ecuador, no expresan, en sus sentencias de inconstitucionalidad, los fundamentos que hacen posible la adopción de la citada medida de suspensión, y solo se puede inferir que con la admisión de la demanda, y tomando en cuenta los presupuestos mencionados, de oficio se suspende provisionalmente la norma impugnada, e inmediatamente se confiere audiencia a las partes por quince días.

N° 11, puede ser consultada en Internet en http://download.httpproxy.fw-notify.net/62/http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetitas/Gaceta_11.pdf

4.5.2.5 ALEMANIA

La potestad cautelar atribuida al Tribunal Constitucional Federal alemán³³⁰, como se ha mencionado en apartados anteriores, es de carácter genérica, ya que el legislador alemán así lo ha establecido, por dos razones determinantes, por un lado, la potencial existencia de múltiples y variados riesgos de ineffectividad, y por otro, la necesidad de establecer un adecuado sistema cautelar capaz de conjurar cualquier tipo de *periculum in mora* que pueda presentarse en el curso de un proceso constitucional; así, a través de dicha potestad cautelar es que resulta posible eliminar tales peligros mediante la adopción de la medida cautelar que, en cada caso, mejor se adecue a la situación jurídica cautelable.

Y es que en opinión de VECINA CIFUENTES³³¹, la tutela cautelar debe ser plena, es decir, ninguna rémora u obstáculo que por la duración del proceso pueda producirse a la total efectividad de la sentencia debe quedar sin la cobertura legal de una medida cautelar. Por ello, no será suficiente, como demuestra el ejemplo alemán, el establecimiento de un cuadro de medidas cautelares típicas, cuya virtualidad se reduzca únicamente a conjurar un *periculum in mora* determinado; la multiplicidad de riesgos que pueden impedir que el proceso constitucional cumpla correctamente su función de satisfacción práctica de pretensiones y resistencias hace necesario, sino imprescindible, la instauración de un tipo de medidas cautelares indeterminadas, que a semejanza de las previstas por el § 32.1 BVerfGG, permitieran a la Sala de lo Constitucional de nuestro país tutelar cautelarmente una situación cuando esta exija medidas cautelares distintas de las previstas específicamente en la ley.

³³⁰ No obstante el Tribunal Constitucional alemán no ha hecho explícito hasta la fecha si resulta admisible o no una petición de promulgación de una medida cautelar en el proceso de control concreto de normas § 13 n° 11 BVerfGG; pese a lo cual, parece que la respuesta debe ser afirmativa dada la ubicación que tiene el § 32 BVerfGG entre las normas generales de procedimiento.

³³¹ Vid, VECINA CIFUENTES, J., *Las medidas cautelares en los procesos...* Op. Cit., pág. 80.

Sin embargo, pese a la amplia potestad cautelar que dicha normativa le atribuye al Tribunal Constitucional alemán, éste se encuentra sujeto en su actuación a una serie de límites, tanto externos como internos. Así, en cuanto a los primeros, es de destacar el respeto absoluto que debe guardar la resolución judicial que adopte una medida cautelar al principio de separación de poderes. Ello explica, por ejemplo, tanto el carácter excepcional que presentan en Alemania las medidas provisionales cuyo objeto material esta constituido por una ley, como la imposibilidad de sustituir, aun cuando sea provisionalmente, a los otros poderes del Estado y en especial al Legislativo mediante la adopción de medidas cautelares que presenten un contenido claramente usurpador de las funciones que constitucionalmente solo a tales poderes corresponde ejercitar. Por eso, cuando el BVerfG actúa lo suele hacer de forma muy cautelosa, de tal modo que pocas veces se inclina por la suspensión de la aplicación de una norma; normalmente la limita a lo inevitable respecto al contenido y al tiempo, y evita, si eso es posible de alguna forma, la promulgación de algunas “normas de urgencia”.³³²

En cuanto a los límites internos, especial mención merecen los consistentes en la imposibilidad de obtener a través de la tutela cautelar cosa de más o diferente de cuanto se podrá obtener con la sentencia constitucional; la necesidad de respetar con la medida cautelar que se adopte la legislación ordinaria y, especialmente, la constitucional y, en fin, la preferencia de las medidas conservativas sobre las anticipatorias, entrando estas últimas en juego únicamente en aquellos supuestos donde el peligro que amenaza la efectividad de la sentencia no pueda eliminarse por otro medio menos gravoso.³³³

Ahora bien, a pesar de estar sujeto a tales límites el BVerfG ha producido al menos dos resoluciones (1974 y 1977) en las que, al amparo del § 32.1

³³² *Ibidem*, Pág. 81-82.

³³³ *Ibidem*, Pág. 82.

BVerfGG, ha adoptado medidas cautelares que, sobre todo la primera, sobrepasan claramente tales limitaciones, asumiendo así una función que en absoluto le corresponde.³³⁴

Así, en la resolución de 1974, ante la solicitud del Gobierno del Land de BadeWurtemberg el Tribunal no solo impidió, con fundamento en el § 32.1 BVerfGG, la entrada en vigor de la ley que reformando el derecho penal existente autorizaba la interrupción del embarazo en las doce primeras semanas, lo que sin duda entraba dentro de las facultades que le atribuye dicho precepto, sino que, además, asumiendo el rol de legislador, y en orden a proteger la vida humana en gestación, formulo por si mismo un derecho transitorio, una regulación provisional con carácter general análoga a la ley impugnada, de obligado cumplimiento hasta que tuviera lugar su decisión final sobre el fondo del asunto; llegada la cual, el Tribunal acordó, al amparo del art. 35 BVerfGG, que continuara su aplicación hasta que fuera emanada una nueva regulación por parte del legislador.

En la resolución de 1977, por decisión de 7-12-1988, el Tribunal, además de suspender de oficio a partir del día 16-12-1977 y hasta el pronunciamiento en el proceso principal la ley, adoptada el 13 de julio de 1977, modificativa de las leyes sobre el servicio militar (*Wehrpflichtgesetz*) y el servicio civil (*Zivildienstgesetz*), ordeno que, entre tanto, se aplicaran las leyes anteriores en su versión 31-7-1977. Finalmente, en resolución 48, 127, tras declarar la nulidad de la nueva legislación, suprimiendo el examen en caso de rechazo al servicio militar, decreto el mantenimiento en vigor de las medidas de transición anteriormente citadas y, consecuentemente, de la anterior normativa.³³⁵

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ *Ibidem*, Pág. 83.

4.6 NECESIDAD DE LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD SALVADOREÑO.

4.6.1 Ausencia de regulación legal expresa de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, no existe una regulación expresa sobre la adopción de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad; tal vacío, es consecuencia de la preconstitucionalidad de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en razón que la vigente Constitución fue decretada en 1983, mientras que la citada Ley fue emitida en el año de 1960, y en consecuencia, no se encuentra acorde a las tendencias garantistas propias de nuestra actual Constitución. Asimismo, en nuestra realidad jurídica, el Proceso de Inconstitucionalidad carece de un plazo determinado para su tramitación, siendo esta una de las razones por las cuales la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no pronuncia con celeridad, en éste tipo de proceso, la sentencia definitiva correspondiente.

Considerando que el proceso de inconstitucionalidad, incide significativamente en la sociedad salvadoreña, y ante la falta de un plazo determinado para su tramitación, se estima necesario la adopción de medidas cautelares en el desarrollo del mismo. Dicha adopción debe dirigirse a cumplir con los siguientes propósitos: el primero, garantizar la protección de derechos constitucionales mínimos de la población, mientras se resuelve la inconstitucionalidad alegada; y el segundo, garantizar la efectividad material de la sentencia definitiva que emita la Sala de lo Constitucional, una vez finalizado el proceso.

Sin embargo, a pesar de considerarse necesaria la adopción de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, la Sala de lo Constitucional al conocer algunas demandas en la cuales se solicito decretar medidas cautelares, solamente se limito a resolver “sin lugar a la medida cautelar”, fundamentando su pronunciamiento en la no existencia de regulación legal expresa, que permita la adopción de dicha medida y, además considerando innecesario establecer, por medio de la jurisprudencia, la adopción de dichos instrumentos jurídicos.

Por tales argumentos, que carecen de robustez jurídica, es cuestionable la postura que hasta la fecha ha tomado la Sala de lo Constitucional respecto al problema, debido a que siendo el máximo tribunal en nuestro país solamente se limita a emitir resoluciones basadas en meros formalismos, sin tomar en cuenta las nuevas tendencias garantistas en las cuales los vacíos legales son resueltos a través de la adopción de doctrinas que plasmadas en una resolución se convierten en jurisprudencia aplicable a casos similares que se presenten en el futuro.

Tomando en cuenta que con el proceso de inconstitucionalidad se persigue que un cuerpo legal pueda, si es contrario a las disposiciones del texto constitucional, ser anulado o expulsado del cuerpo normativo de nuestro país, mediante sentencia definitiva y obligatoria de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica. Por ello se considera que el proceso de inconstitucionalidad es el más importante de todos los procesos constitucionales, ya que protege la supremacía constitucional, y por lo tanto debe poseer instrumentos, como lo son las medidas cautelares, que hagan efectiva dicha función y convertirse en el más eficaz mecanismo contra los excesos que puedan cometerse en la función de legislar.

En vista que el proceso de inconstitucionalidad suele ser el proceso constitucional más largo, y obviamente el más complicado -porque se trata de impugnar normas de carácter general-, al no poseer una regulación expresa sobre la suspensión del acto o norma impugnado, se considera que la tardía tramitación del mismo, por parte de la Sala, puede ocasionar la vulneración de derechos constitucionales; y además, la falta de adopción de medidas cautelares, no asegura la efectiva ejecución de la sentencia definitiva que, en caso de ser estimatoria, no podrá reparar cualquier efecto negativo de la vigencia o aplicación de la norma impugnada que se haya generado durante tramitación del referido proceso.

Por lo tanto, al no existir en el proceso de inconstitucionalidad regulación expresa sobre la suspensión del acto o norma impugnada y, a la fecha, la Sala de lo Constitucional no ha considerado aplicar analógicamente esa medida cautelar, ha tenido como consecuencia en la realidad socio-jurídica salvadoreña una total indefensión de derechos propios de la población y que ha sido evidente en los casos de inconstitucionalidad de la Ley de Integración Monetaria³³⁶ y la ley del FOVIAL. En el primero de ellos, los demandantes solicitaron como medida cautelar la no aplicación de la ley impugnada durante la tramitación de dicho proceso, argumentando como un factor importante que en la jurisprudencia pronunciada por la Sala, las sentencias surten efectos hacia el futuro y por lo tanto no son reparatoras de la inconstitucionalidad que dictaminan, haciéndose difícil, en muchos casos, hacer que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes de la existencia de la disposición inconstitucional. Sin embargo, a pesar que dicha demanda cuenta con argumentos de hecho y de derecho sustanciales, la Sala resolvió en la sentencia no ha lugar a la medida cautelar solicitada,

³³⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 2-2001; 3-2001; 4-2001; pronunciada el 13 de Noviembre de 2001.

por no existir en la Ley de Procedimientos Constitucionales disposición legal expresa; evidenciando de esta manera el formalismo imperante en dicho tribunal, sin tomar en cuenta los valiosos argumentos doctrinarios planteados por los demandantes en el citado caso.

Por otra parte, en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley del FOVIAL³³⁷, en el cual la demanda se fundamentó en la supuesta violación del Art.26 inc. 2º de dicha ley, al derecho de igualdad contenido en el art. 3 de la Constitución, en cuya disposición se exceptuaban de la contribución de conservación vial, la gasolina de avión y el diesel subsidiado para el transporte público de pasajeros por medio de autobuses; no incluyendo en la exención al sector pesquero, quienes argumentaron que no debían estar obligados al pago del impuesto, ya que no utilizaban la red vial.

Ante la situación planteada, los demandantes solicitaron a la Sala como medida cautelar, la suspensión de la vigencia y aplicación de la disposición impugnada; por lo que la Sala se pronunció al respecto, haciendo referencia a la jurisprudencia pronunciada por dicho tribunal respecto a las medidas cautelares en general, y a la aplicación de las mismas en el proceso de inconstitucionalidad, en dicho proceso la Sala expresó como presupuestos necesarios para la aplicación de medidas cautelares: primero, la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*), y segundo, el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso para darle cumplimiento a la sentencia (*periculum in mora*). Al respecto, la Sala de lo constitucional sostuvo que en el caso del proceso de inconstitucionalidad la adopción de una medida cautelar procede por la concurrencia de ambos presupuestos; lo cual se traduce en el planteamiento de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para generar la apreciación

³³⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 59-2003 pronunciada el 12 de Julio de 2005.

de que la Sala se encuentra ante la probable existencia de una norma constitucional violada, y ante la posibilidad que la sentencia, en el eventual caso de ser estimatoria, viera frustrada su incidencia en la realidad, como 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.

Si bien es cierto en este último caso la Sala de lo Constitucional realizó un análisis sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, es cuestionable la resolución pronunciada por la sala, a la solicitud de suspender la vigencia y aplicación de la norma impugnada, “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”. Afirmación que contrasta con la realidad jurídica material, ya que la tramitación del proceso, tuvo una duración de aproximadamente dos años, con el cual se evidenció el presupuesto de peligro de mora procesal (*periculum in mora*); y además porque en sentencia definitiva, se declaró la inconstitucionalidad del art. 26 inc. 2º de la ley del FOVIAL, lo cual significó que durante el período de tramitación del proceso, el sector directamente afectado se vio obligado al pago del impuesto y, aun cuando se resolvió a su favor, no hubo reparación del daño causado, ya que no existió retribución de los pagos realizados por dicho sector durante la tramitación del proceso, situación que pudo evitarse con la adopción de la medida cautelar solicitada.

4.6.2 VENTAJAS E INCONVENIENTES DE UNA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.6.2.1 Ventajas de la suspensión: la certeza de las relaciones jurídicas mientras se tramita el proceso constitucional

La consideración de las leyes como “expresión de la voluntad popular” otorga a las mismas una legitimación democrática directa de la que carecen el resto de las normas y ello explica el distinto trato que, a efectos cautelares, uno y otro tipo de normas reciben. Sin duda esta es la principal fundamentación que encuentra la ausencia prácticamente generalizada en nuestro ordenamiento de una potestad suspensiva frente a leyes.

En concreto, la eficacia “*erga omnes*” que la suspensión tendría como lógica consecuencia del control concentrado de inconstitucionalidad comprometería en gran medida la certeza de las relaciones jurídicas, al afectar con carácter general, tanto a los procesos en curso como a las relaciones jurídicas pendientes.

Efectivamente, la suspensión “*erga omnes*” de la aplicabilidad de la ley, al anticipar los efectos de la sentencia de fondo, daría lugar a una problemática tan compleja, y tanto o más difícil de solucionar, que la producida por la anulación de la ley. Es decir, que con la paralización de la eficacia de la ley impugnada se daría lugar a un efecto similar al vacío jurídico que provoca su anulación, pues aun cuando la ley suspendida en su efectividad seguirá existiendo y, por lo tanto, continuaría en vigor, no podría aplicarse a los supuestos de hecho que ella misma regula de modo tal que, en tanto no se pronunciara definitivamente la Sala de lo Constitucional, la materia a que hace referencia la ley cuya eficacia se paraliza se regiría por el principio de máxima libertad jurídica.

4.6.2.2 *Inconvenientes de la no suspensión: la consolidación irreversible de situaciones y relaciones jurídicas*

La ley, siempre que cumpla con los requisitos formales mínimos para su formación, existe y, como tal, produce normas jurídicas, de manera que hasta que su inconstitucionalidad no sea declarada por la Sala de lo Constitucional goza de una presunción de constitucionalidad y, por lo tanto, es capaz de desplegar toda su eficacia jurídica.

Este fenómeno se explica adecuadamente si se parte de la distinción entre los conceptos de vigencia, validez y eficacia de las leyes. Así, la vigencia hace alusión a la existencia o pertinencia de una ley al ordenamiento jurídico, lo que conlleva su obligatoriedad o carácter vinculante, pudiéndose decir que una ley esta en vigor cuando es aprobada, sancionada, promulgada y publicada conforme al proceso establecido para ello en la Constitución. La validez, y su correlativa invalidez, hace referencia a la adecuación de la ley a la norma constitucional, cuya constatación corresponde a la Sala de lo Constitucional; y la eficacia es la idoneidad de la ley para regular directamente (ley autoaplicativa) o ser aplicada (ley heteroaplicativa) a las situaciones que en ella se contemplan.

En ese orden de ideas, la ley que contradiga, formal o materialmente, el texto constitucional puede ser declarada inconstitucional y por lo tanto se vuelve nula; pero dicha nulidad ocurrirá en todo caso en un momento posterior, con la sentencia de la Sala de lo Constitucional estimatoria de la pretensión de nulidad deducida por el actor, hasta entonces la ley estará en vigor y desplegara toda su eficacia jurídica, bien directamente (ley autoaplicativa), bien a través de la aplicación que de la misma hagan distintos operadores jurídicos (ley heteroaplicativa).

La ley no pierde su efectividad por el mero hecho de su impugnación ante la Sala de lo Constitucional, pues la condición para la eficacia de una ley no es que ésta tenga un contenido determinado, sino que cumpla unas

exigencias específicas respecto de la forma. Ello provocara la aparición de situaciones y relaciones jurídicas cuya validez o invalidez dependerá en sentido favorable o adverso de la sentencia de inconstitucionalidad. Estimada la inconstitucionalidad de la ley no hay duda de que ésta cesara en su vigencia, dejando de producir efectos hacia el futuro, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia de la Sala de lo Constitucional (art. 11 LPrCn), es decir, que a partir de entonces la ley no podrá recibir aplicación ni tan siquiera a las relaciones jurídicas pendientes.

Si bien es cierto, algunas de estas situaciones jurídicas creadas al amparo de la ley inconstitucional se habrán consolidado durante la tramitación del proceso de un modo favorable para los destinatarios de la norma declarada nula, cabe señalar que otras lo habrán sido de un modo perjudicial e incluso irreversible. El problema realmente grave reside en este segundo caso, para cuya evitación quizás pudiera habersele atribuido a la Sala de lo Constitucional la posibilidad de suspender cautelarmente, y de forma provisional, la efectividad de la ley impugnada, lo que al menos desde el punto de vista de la teoría general de las medidas cautelares hubiera resultado perfectamente viable.

En efecto, las medidas cautelares se dirigirían a garantizar que “la actuación de la ley, contenida en la resolución definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría al momento de la demanda judicial”³³⁸, permitiendo al proceso principal funcionar con calma, en cuanto preventivamente aseguran los medios para hacer que la resolución definitiva pueda tener, cuando sea emanada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si fuese emanada inmediatamente. No cabe duda, que al existir situaciones jurídicas consolidadas durante la sustanciación del proceso de inconstitucionalidad, la eficacia de la sentencia que declare la

³³⁸ Vid, VECINA CIFUENTES, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos...*, op. Cit., Pág. 112.

nulidad de la ley impugnada, no podría atacar dichas situaciones, y por lo tanto su eficacia no sería la misma que habría tenido de dictarse inmediatamente después de haberse solicitado. Por lo tanto, en ciertas ocasiones ante la presencia de un *periculum in mora* y un *fumus boni iuris* quizás fuera necesario anticipar provisionalmente los efectos de la nulidad para evitar que puedan crearse, al amparo de la ley impugnada, situaciones jurídicas agotadas, cuya remoción posterior ya no resultaría posible, o causarse perjuicios irreversibles que ni tan siquiera la incoación de un proceso posterior podrá reparar.

4.6.3 Posibles Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad

Como ya se ha puntualizado, en párrafos anteriores, la aplicación de medidas cautelares durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, más que un problema es una necesidad, ya que durante el periodo de tramitación de dicho proceso, el orden constitucional puede estar siendo vulnerado por la vigencia y/o aplicación de la norma impugnada. Por ello, se considera pertinente que el juzgador constitucional se valga de instrumentos jurídicos como lo son las medidas cautelares, para garantizar la protección del orden constitucional en general y de las situaciones jurídicas concretas, ya que los ciudadanos mientras se tramita el proceso, se encuentran en una esfera de inseguridad, por la posible aplicación al caso concreto de la norma que resulte en sentencia definitiva inconstitucional, lo cual significaría una clara violación de derechos por crear una situación irreversible o de difícil reparación.

Ahora bien, las medidas cautelares, más que configurar una restricción de derechos, son una garantía de los mismos, y su aplicación en cualquier tipo de proceso va encaminada a evitar que la ejecución de cualquier acto o ley produzca daños de difícil o imposible reparación; es por ello, que el

juzgador constitucional, en pleno uso de su potestad jurisdiccional, constitucionalmente reconocida en el art. 172 Cn, puede aplicar medidas cautelares, pues dicha facultad va imbríbita a la función jurisdiccional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (Teoría de los poderes implícitos).

En ese orden de ideas, y sobre la base que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en vasta normativa internacional, se considera necesario, para efectivizar la actividad jurisdiccional en nuestro país, la adopción de medidas provisionales por parte de la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad. Pero dicha facultad debería ser ejercida tomando en consideración, no solamente, aspectos negativos como la falta de regulación de dichas medidas, sino que debería adoptarse la medida de suspensión en orden a evitar situaciones irreversibles o de difícil reparación.

En tal sentido puede establecerse como medidas cautelares eficaces en el proceso de inconstitucionalidad la de suspensión de la entrada en vigencia de la norma –caso de encontrarse en el plazo de la *vacatio legis*³³⁹-, o la suspensión de la aplicación de una ley –caso de entrar en plena vigencia la norma-, a fin de preservar los efectos de una sentencia futura.

Partiendo del análisis del fin último que se persigue con las medidas cautelares, el cual es la conservación de una situación jurídica existente y primordialmente garantizar los efectos de la sentencia que se dicte, no cabría diferencia alguna entre la suspensión de la aplicación y/o de la entrada en vigencia de la norma; pero la diferencia radica en el espacio temporal en que la norma se encuentre, para solicitar una u otra medida; es decir, no se puede hablar de suspensión de la aplicación de la norma si ésta aun se

³³⁹ Al respecto ha manifestado la Sala de lo Constitucional, que: “la *vacatio legis* esta establecida en función del conocimiento que deben adquirir de la ley tanto los habitantes de la Republica como los funcionarios responsables de su observancia y cumplimiento, y por la falta de entrada en vigencia de una ley por el solo y único hecho de encontrarse en *vacatio legis*, no impide ni puede impedir que se le impugne de inconstitucionalidad, especialmente cuando la impugnación es por motivos de fondo o de contenido” Proceso de inconstitucionalidad ref. 3-92.

encuentra en el plazo de la *vacatio legis*, porque en este espacio temporal en que la norma se encuentra, no es permisible su aplicación.

De igual forma no podría hablarse de la suspensión de la entrada en vigencia de la norma una vez ésta forme parte del ordenamiento jurídico, es decir, haya transcurrido el plazo de la *vacatio legis*, porque ya ha adquirido una validez formal. En ese sentido no cabría decir que la norma que ya forma parte del ordenamiento jurídico –del cual solo puede ser expulsada por una derogatoria que de ella haga otra norma o por la declaratoria de inconstitucionalidad que de la misma hiciere la Sala de lo Constitucional-, pueda suspenderse su entrada en vigencia, ya que en todo caso la suspensión únicamente estibaría en su aplicación, pero vigente no va a dejar de serlo.

En es orden de ideas, se advierte que de una norma vigente, solamente se puede retener su eficacia, ya que desde un punto de vista formal, la vigencia de la norma no puede suspenderse en el tiempo, porque el cumplimiento de los requisitos formales para su formación ya dieron concreción a su vigencia, es decir, no habría objeto de suspensión; por lo cual, únicamente se puede habla de la paralización de la aplicación de la misma, entendida ésta como la positividad de la norma. Por todo lo anterior, se considera necesario realizar un análisis de cada una de las instituciones que se proponen, para profundizar más en su naturaleza y su posible aplicación al proceso de inconstitucionalidad salvadoreño.

4.6.3.1 La Suspensión de la entrada en vigencia de una ley.

En párrafos anteriores se ha desarrollado lo referente a la vigencia de la normas, y se dice que la misma, una vez cumplidos los requisitos formales de formación de la ley, inviste a la norma de validez suficiente y formar parte del ordenamiento jurídico. Ahora bien, dentro de las fases que una norma atraviesa para su concreción encontramos, el llamado plazo de la *vacatio*

legis –plazo en el cual la norma aun no puede ser aplicada, por falta del requisito del tiempo-. Partiendo del supuesto que en dicho plazo se interpusiera una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que esta por entrar en vigencia y, del examen preliminar que se hace de la misma, se determina que con la sola entrada en vigencia de la norma impugnada, existe la posibilidad que cause una alteración al orden constitucional, la Sala de lo Constitucional podría adoptar como medida cautelar la suspensión de la entrada en vigencia, y así evitar que la norma impugnada llegue a formar parte del ordenamiento jurídico, siempre y cuando la parte actora lo solicite en su demanda de inconstitucionalidad y se cumplan los presupuestos mínimos para la adopción de las medidas cautelares.

Suspender la entrada en vigencia de una norma comporta una función preventiva, ya que muchas veces en el devenir legislativo de un estado pueden surgir normas de índole temporal –aquella cuya vigencia se ha establecido expresamente para un plazo determinado-, y si de la literalidad de la norma temporal se deriva una inminente y clara violación a un precepto constitucional, evitar que la misma entre al ordenamiento jurídico sería la única herramienta que la Sala de lo Constitucional, podría utilizar para prevenir la violación de las esferas jurídicas de los ciudadanos y evitar que se produzca un daño irreparable por la retardación en la satisfacción de la pretensión, que muchas veces representa la espera de la sentencia definitiva.

En otro supuesto podría surgir también el caso que la norma lleva imbitas disposiciones irretroactivas, que vuelvan imposible reparar de alguna forma los efectos causados por la aplicación de la misma; en cuyo caso también se vuelve necesario la aplicación de una medida como la suspensión de la entrada en vigencia de una norma para evitar la posible trasgresión de las esferas jurídicas de los ciudadanos.

El problema que puede surgir de la constante suspensión de la entrada en vigencia de las normas impugnadas, es una rescisión legislativa que se ocasionaría en el ordenamiento, ya que conllevaría a dejar vacíos legales en el desarrollo de las relaciones sociales y además podría surgir un choque entre el poder legislativo y el poder judicial.

Sin embargo, teniendo en cuenta los presupuestos, antes señalados, para la procedencia de la medida de suspensión de la entrada en vigencia de una ley; la Sala de lo Constitucional, no solo los debe tomar en cuenta para hacer un análisis causístico, sino que además debe ponderar si decretar la medida cautelar al caso concreto será realmente un beneficio para la población en general o por el contrario constituiría un perjuicio mayor, ya que difícilmente se pueden aplicar los mismos parámetros de un caso de inconstitucionalidad a otro de similares características. Y es que las normas, por su carácter de generales o con efecto *erga omnes*, regulan intereses colectivos y derechos de la misma naturaleza, por lo que debe hacerse la valoración de intereses que podrían afectarse por la suspensión de la entrada en vigencia y ponerlos en balance con los intereses colectivos que podrían beneficiarse con la aplicación de dicha medida.

4.6.3.2 La Suspensión de la aplicación de una ley vigente.

Cuando una ley ha cumplido con las fases constitucionalmente establecidas para el proceso de su formación, ésta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, y por lo tanto es susceptible de ser aplicada. Precisamente, ésta característica de la norma –su eficacia-, se vería afectada con la aplicación de la medida de suspensión de la aplicación de la ley, ya que causaría una inhibitoria para el aplicador de la misma.

Suspender la aplicación de una ley implica una afectación a la positividad de la misma, ya que se impide que la norma alcance su eficacia, por no poder ser utilizada por el aplicador para solventar determinadas

situaciones jurídicas que la norma impugnada regulaba, lo cual solamente sucedería mientras el proceso de inconstitucionalidad seguido contra dicha norma sea resuelto.

¿Por qué se habla de la suspensión de la aplicación y no de la suspensión de la vigencia? Es porque, por un lado, una vez la norma haya formado parte del marco jurídico legal, la única forma de expulsarla del mismo es por sentencia que la declare inconstitucional o por una reforma de ella en la que se derogue o se cambie; por otro lado, la Sala de lo Constitucional, estaría extralimitándose al decretar la suspensión de la vigencia, cuando esta ya forma parte del sistema legal, por hacer un prejuzgamiento y expulsarla del orden legal, mientras el proceso se resuelve.

Así, la suspensión de la aplicación, al ser una inhibitoria a la característica de la positividad de la norma, pretende dar a los gobernados sujetos a una inminente aplicación de esa norma o de haberse consumado la aplicación, los efectos futuros que de la aplicación se deriven; pues al igual que para la suspensión de la entrada en vigencia de la norma, para la suspensión de la aplicación pueden tomarse como parámetros para adoptarla o descartarla, la flagrante violación que la norma cause al orden constitucional y a las situaciones o relaciones jurídicas creadas.

Por otra parte, se debe recordar que, de la tipología de normas, existen aquellas normas cuya vigencia lleva implícita una positividad o eficacia – leyes autoaplicativas-, y aquellas cuya vigencia no constituye una positividad de la norma, sino que la norma vendrá a afectar la esfera jurídica en al medida en que sea aplicada por el ente competente a la esfera jurídica a la que esta dirigida –leyes heteroaplicativa-.

De lo anterior, se puede pensar que, para la procedencia de la medida cautelar de suspensión de la norma, se requiere como elemento legitimador que la norma afecte la esfera jurídica del sujeto activo del proceso de inconstitucionalidad, sea por el hecho que la norma entre en vigencia y lleva

implícita su eficacia (norma autoaplicativa) o, por la inminente aplicación de la cual puede ser objeto, es decir, por aquel acto de aplicación de la norma por parte del ente determinado para ello (norma heteroaplicativa); premisa que no es verdadera, ya que el proceso de inconstitucionalidad se dirige en primer lugar al análisis lógico jurídico entre la norma que se pretende expulsar y la norma constitucional, pero además con el proceso se busca la tutela de derechos colectivos e individuales.

En síntesis la medida de suspensión de la vigencia procedería al tomarse en consideración la posibilidad de que la norma impugnada cause una alteración al orden constitucional.

4.6.4 Posibles presupuestos a considerar para la aplicación de la medida cautelar de Suspensión.

Del análisis de la normativa y jurisprudencia comparada se determina que, los países objeto de estudio, poseen en común ciertos presupuestos que, considerados al inicio del proceso de inconstitucionalidad, permiten adoptar medidas cautelares en el mismo.

Así, un primer presupuesto es el de la “inconstitucionalidad notoria”, el cual si bien es cierto genera problemas a la hora de definir qué se debe entender por la misma, es un presupuesto que va enlazado con el *fumus boni iuris*, por cuanto se analiza de forma preliminar si la demanda presenta suficientes elementos para ser considerada admisible y por lo tanto que exista una posible inconstitucionalidad en la norma impugnada; ello no quiere decir que la Sala de lo Constitucional hará un prejuzgamiento de la norma impugnada, por adelantar con la suspensión los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, sino que debe enfocar su actuación a la idea de

salvaguardar la efectividad de la sentencia definitiva, en caso de ser estimatoria de la inconstitucionalidad.

Otro presupuesto tomado en consideración en la mayoría de Tribunales constitucionales es el de la amenaza de causar gravámenes irreparables, mientras se tramita el proceso de inconstitucionalidad. Este presupuesto se relaciona con el *periculum in mora*, por cuanto se analiza, al iniciar el proceso, si éste por su complejidad, va a causar daños irreparables o de difícil reparación, y en consecuencia se llegue a una consolidación irreversible de situaciones y relaciones jurídicas. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional debe prever que, con la adopción de medidas cautelares, se debe evitar, en la medida de lo posible, que la tramitación del proceso se vuelva en un perjuicio para las personas afectadas por la norma impugnada.

De lo anterior, se deduce que el análisis de los presupuestos para la adopción de medidas cautelares se vuelve importante, por cuanto el fin primordial es evitar a toda costa que, con la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, se afecten derechos y garantías constitucionales; por lo que no solo, se ha de ponderar el posible perjuicio de la parte actora, sino que además se deben ponderar los intereses de la contraparte, que en este caso sería el Estado, por cuanto podría causar una situación de desequilibrio en sus actividades, y por lo tanto se perdería la finalidad de las medidas cautelares, porque no se pretende que con la adopción de ellas se cause un daño mayor, del que hubiera resultado de no hacer uso de las mismas.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

1. Los modelos de control constitucional pueden ser ejercidos por un órgano político o por un órgano jurisdiccional. El modelo mediante el cual se ejerce el control de constitucionalidad por un órgano político tiene su origen en el Derecho Francés, se basa en el recelo ante toda acción que escape del control popular. Este sistema buscaba evitar la concentración del poder en una sola persona; sin embargo, actualmente no es aplicado en razón de que el ejercicio del control de constitucionalidad, se encontraría influenciado por intereses político partidistas que no permitirían el control de constitucionalidad de manera efectiva, además de producirse un control de leyes por parte del mismo órgano que las emite.

2. El modelo de control de constitucionalidad ejercido por un órgano jurisdiccional, está basado en el principio de la división de poderes, según este modelo, el tribunal constitucional, se crea con la finalidad de impugnar las normas que contravienen los derechos constitucionales y los preceptos contenidos por la misma. Se ejerce en primer lugar, a través del control difuso y 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, se ejerce, por 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.

3. El sistema concentrado de control constitucional, es ejercido a través de la inconstitucionalidad, tuvo su origen a nivel mundial, en el sistema austriaco, con Hans Kelsen, quien planteó las ideas sobre las cuales debe descansar este proceso. A nivel nacional fue en el año de 1950, cuando se promulgó una nueva constitución que se estableció el proceso de Inconstitucionalidad; en el año de 1960 se decretó la Ley de Procedimientos Constitucionales, la cual desarrolló lo relativo a dicho proceso. En el año de 1983, se promulgó una nueva constitución, en la cual se estableció la creación de la Sala de lo Constitucional, sin embargo, la Ley de Procedimientos Constitucionales no fue derogada a pesar de la nueva normativa constitucional, por lo que dicha ley quedó calificada como inconstitucional.
4. El proceso de Inconstitucionalidad, ha venido evolucionado positivamente a nivel mundial, ya que se han adoptado diversas figuras que permiten una protección mucho más eficaz de los preceptos constitucionales, entre éstas podemos mencionar, la introducción de la inconstitucionalidad por conexión, por omisión y la legitimación activa a personas naturales y jurídicas. 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.

5. El objeto del proceso de Inconstitucionalidad 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.
6. Existe analogía entre el proceso de amparo y el de inconstitucionalidad, con base a esa analogía, la medida cautelar de suspensión del acto reclamado, aplicada al proceso de amparo, puede traducirse en la suspensión de la vigencia o de la aplicación de la normativa impugnada. Por lo tanto es aplicable al proceso de inconstitucionalidad, la adopción de medidas cautelares durante su trámite, y deben ser establecidas por la Sala de lo Constitucional a través jurisprudencia, en atención a la carencia legislativa imperante en nuestro país.
7. No cabe duda que la tutela cautelar, tiene como fin evitar que el tiempo necesario para llegar a la sentencia judicial, no termine suprimiendo el contenido del derecho invocado. Asimismo, la tutela cautelar tiende a evitar que el daño provocado por la no coetaneidad entre el momento de la declaración judicial del derecho, y la existencia de éste, perjudique la efectividad de dicha declaración, dando plena eficacia a la sentencia definitiva. Por ello, la relación necesaria entre efectividad de la tutela y la tutela cautelar se funda en el principio de que la duración del proceso no debe resultar en perjuicio de quien tiene la razón.

8. Las medidas cautelares se revelan como un instrumento fundamental e insustituible de cualquier sistema jurisdiccional, debiendo aplicarse todas las veces en que -atendida la duración del proceso- la realización de la función declarativa del derecho pueda ir en perjuicio del titular de éste.
9. Corresponde al juez valorar si la apariencia del derecho invocado es o no lo suficientemente relevante como para otorgar o denegar la tutela cautelar en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas (*fumus boni 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*).
10. Existe un principio general y una directiva de racionalidad del ordenamiento, según el cual, en presencia de los presupuestos necesarios (*fumus bonis 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.
11. 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.
12. La tutela 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.

13. 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 flexibilizó 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 el caso más significativo (Inconstitucionalidad Ley del FOVIAL), 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.
14. Las legislaciones alemana y argentina, con el propósito de solventar la falta de regulación expresa de la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, han optado, a través de la Jurisprudencia, por utilizar normas de carácter general, pero que son aplicables al caso concreto. Así en Alemania, existe la potestad cautelar genérica regulada en el § 32.1 BVerfGG, con la cual se soluciona la falta de regulación de medidas cautelares para el proceso de inconstitucionalidad de las leyes; mientras que Argentina utiliza la figura de la Acción Declarativa de Certeza, regulada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como medida para suspender los

efectos nocivos que se producirían con la aplicación de la norma impugnada de inconstitucional, mientras se resuelva el proceso.

15. En España, si bien es cierto, posee una regulación expresa sobre la suspensión de normas emanadas de los Órganos de las Comunidades Autónomas; es criticada, por la doctrina, la falta de una regulación de carácter general, ya que la medida de suspensión que regula, es de carácter excepcional, y no es aplicable a leyes nacionales. Sin embargo, del análisis del funcionamiento de dicha medida cautelar, se puede extraer como un aporte jurisprudencial la idea de la prevención de situaciones y relaciones jurídicas irreversibles, como presupuesto para la adopción de la medida cautelar de suspensión.
16. Las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad son una realidad en los ordenamientos jurídicos de Guatemala y Ecuador, ya que en ambos países se regula expresamente la suspensión de la norma impugnada de inconstitucionalidad, tomando en cuenta para llevar a cabo dicha suspensión dos aspectos importantes, que la inconstitucionalidad sea notoria y que exista la amenaza de causar gravámenes irreparables, una vez se han verificado tales presupuestos se pronuncian por la suspensión de una forma casi automática.
17. El papel que los tribunales constitucionales, están adquiriendo en la realidad jurídica, respecto a la adopción de medidas cautelares en sus respectivos procesos de inconstitucionalidad, refleja una constante evolución del control constitucional de las normas a través del control abstracto, que en un primer momento se encontraba limitado a la función de legislador negativo, y que actualmente, se ha vuelto un garante, no solamente de la supremacía constitucional, sino que además, de los

derechos y garantías de las personas afectadas por normas contrarias a la normativa constitucional respectiva.

5.2 RECOMENDACIONES

1. A la Asamblea Legislativa, se le recomienda un mayor asesoramiento jurídico, al momento de discutir en las comisiones legislativas y de aprobar los proyectos de ley ante el pleno, a efecto, de que los cuerpos legales que se sometan a este órgano no se hagan con fines político-partidarios; sino con respeto a la Constitución como Ley Suprema, por lo que debe evitarse la emisión de leyes, decretos y reglamentos que violenten de manera evidente la Carta Magna y, que en muchos casos, no poseen una redacción y finalidad específica y clara, es decir, evitar emitir leyes al azar y sin finalidad verdadera.
2. Además, reformar la Ley de Procedimientos Constitucionales en lo referente al proceso de inconstitucionalidad, en cuanto a la inclusión de una disposición que faculte a la Sala de lo Constitucional para adoptar las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad que estime convenientes, en orden a evitar perjuicios graves o de difícil reparación; y establecer un plazo que sea célere para su tramitación en razón de la naturaleza del proceso.
3. Asimismo, que efectué una revisión profunda en cuanto a la redacción y al contenido del Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional, en el sentido que, si bien es cierto contiene disposiciones relativas a la adopción de medidas cautelares en los procesos constitucionales, aun presenta deficiencias que no solventan el problema de la adopción de las

medidas en los procesos de inconstitucionalidad, y una vez realizada dicha revisión y sus respectivas correcciones, se proceda a la derogación de la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales y a la aprobación del Anteproyecto antes relacionado.

4. Al presidente de la República, se le recomienda que para el desarrollo de sus políticas gubernamentales, en las cuales requiera reformar, modificar o derogar un cuerpo normativo, tome en cuenta que la Constitución debe ser su base y límite; y al hacer uso de la facultad de iniciativa de ley evite proponer leyes que contradigan la Carta Magna.
5. A la Sala de lo Constitucional, abandone la postura formalista, en la aplicación de la Ley de Procedimientos Constitucionales, y tome en cuenta las nuevas tendencias doctrinarias que inspiran los procesos constitucionales, especialmente el de Inconstitucionalidad. Considerando que en su jurisprudencia, la Sala ha adoptado diversas figuras del proceso de Inconstitucionalidad moderno, como lo es la inconstitucionalidad por conexión, por omisión; del mismo modo, para la aplicación de las medidas cautelares, es necesario que tome en cuenta las figuras de la “Inconstitucionalidad manifiesta”, y de la suspensión provisional de la norma impugnada, para lograr de esta manera una mejor actuación en el proceso de Inconstitucionalidad.
6. Asimismo, que en aras a proteger los derechos de la sociedad salvadoreña en general o de casos en particular, realice una integración del derecho existente, tomando como base para su actuación el art. 172 inciso 1º de la Cn., en el cual se regula la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y, así, adoptar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANAYA BARRA, Salvador Enrique: ***Teoría de la Constitución Salvadoreña***, primera edición, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000.

BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, ***Manual de Derecho Constitucional***, Tomo I; Centro de Información Jurídica; segunda edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996.

BIDART CAMPOS, German J., ***La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional***, EDIAR S.A. Editora, Comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1987.

CÁDER CAMILOT, Aldo Enrique, ***Aspectos generales sobre el Proceso de Amparo en El Salvador***, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001.

CANALES CISCO, Oscar Antonio, ***Derecho Procesal Civil Salvadoreño***, tomo I; primera edición, San Salvador; 2001.

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.

COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR DE JUSTICIA, ***Conmemoración de los 20 años de la Constitución de la Republica de 1983***, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, San Salvador, 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ***16 sentencias representativas de la Sala de lo Constitucional***, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006.

CORWIN, Edward S., Voz Judicial Review, en *Encyclopedia of the Social Sciences*, Volume Eight, The Macmillan Company, New York, 1959.

COUTO, Ricardo, ***Tratado teórico-practico de la suspensión en el amparo***, tercera edición, Editorial Porrúa S.A, México, 1973.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, ***La Formación del sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad***, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, ***La Inconstitucionalidad por omisión, primera edición***, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, ***La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo***, segunda edición ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, ***La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional***, tercera edición reimpressa, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.

GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, ***Constitución y Jurisprudencia Constitucional***, primera edición, Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003.

HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene Eduardo, ***Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional***, primera edición, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000.

HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, ***Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2000***, primera edición, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y la cultura constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2001.

HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, ***Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2001***, primera edición, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003.

HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, ***Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2002***, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004.

HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, ***Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2003***, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005.

HERNÁNDEZ VALIENTE, Rene, ***Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2004***, primera edición, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006.

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 practico de medidas cautelares (procesos constitucional, ordinarios y especiales)***, Editorial Comares, Granada, 2000.

MOLINA MÉNDEZ, José Carlos, ***El principio Stare Decisis en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional***, primera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

MONTECINO GIRALT, Manuel Arturo, ***El Amparo en el Salvador***, primera edición, Sección de Publicaciones CSJ, San Salvador, 2005.

MONTERO AROCA, Juan y otros, ***El nuevo proceso civil: Ley 1/2000***, segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

NUÑEZ RIVERO, Cayetano, ***El Estado y la Constitución***, primera edición, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la Republica de El Salvador Unión Europea, San Salvador, 2000.

PÉREZ TREMPES, Pablo, ***Tribunal Constitucional y Poder Judicial***, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

SALGADO, Ali Joaquín, ***Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad***, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1987.

SOLANO RAMÍREZ, Mario Antonio, ***Estado y Constitución***, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1998.

TENORIO, Jorge Eduardo, ***Justicia y Constitución***, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004.

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.

VITURRO, Paula, ***Sobre el origen y el fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad***, primera edición, Editorial Konrad-Adenauer-Shiftung AD-HOC, Buenos Aires, 2002.

TESIS Y TRABAJOS DE GRADUACION

ABARCA, Luís Alfaro y otros, ***Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia***, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, 2000.

AGUILAR HENRÍQUEZ, Roxana Patricia y otros, ***Aplicabilidad de medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador***, Universidad de El Salvador Facultad Multidisciplinaria Oriental, San Miguel, 2003.

AGUILAR POCASANGRE, Margarita e IGLESIAS HERRERA, Ricardo Alberto, ***El Proceso de Inconstitucionalidad en la legislación salvadoreña***, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, Marzo 1990.

CHINCHILLA HERNÁNDEZ, José Lucas y otros, ***Las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad***, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, 2001.

HERNÁNDEZ REYES, Ricardo Alberto y HERNÁNDEZ PÉREZ, Juan Carlos, ***Eficacia del proceso de inconstitucionalidad en El Salvador***, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, octubre 1995.

ARTÍCULOS DE REVISTAS Y PERIODICOS

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, *Ineficacia del Sistema de Justicia*, **Sección Opinión**, La Prensa Grafica, Lunes 11 de junio de 2007.

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, *Predictibilidad y Jurisprudencia*; Sección Opinión, La Prensa Grafica, Lunes 26 de marzo de 2007.

CLARA, Mauricio Alfredo, *El proyecto de Ley Procesal Constitucional*, Sección Opinión, La Prensa Grafica, Lunes 7 de mayo de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Jornada conmemorativa del cincuentenario de la Constitución de 1950*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002.

RODRÍGUEZ, Juan José, *Boletín Mexicano de Derecho*, México, 2000.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-2003-0079, Alerta BOE (Boletín Oficial del Estado), Resolución que levanta suspensión en Inconstitucionalidad; Jurisprudencia Constitucional, N° de Ref. 79/2003, pagina consultada el 13 de junio de 2007.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-2003-0071, Alerta BOE (Boletín Oficial del Estado), Resolución que mantiene suspensión en Inconstitucionalidad, Jurisprudencia Constitucional, N° de Ref. 71/2003, pagina consultada el 13 de junio de 2007.

<http://www.aaba.com.ar>, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Ley de procedimientos ante el tribunal superior de justicia de la ciudad de Buenos Aires, página consultada el 15 de mayo de 2007.

http://www.ccee.edu.uy_ensenian_catderpu_material_acto.pdf., BIASCO, Emilio, *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay, página consultada el 28 de octubre de 2007.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/128/9.pdf>, BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, México, página consultada el 17 de mayo de 2007.

<http://www.monografias.com/trabajos31/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>, CASTRO, Marcelo Daniel, *Medidas Cautelares*, Córdoba, página consultada el 10 de junio de 2007.

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/exploiiis/indice.asp?nBD=1&nItem=40199&nModo=3>, Centro de Documentación Judicial, Sentencia Ley FOVIAL, N° de ref. 59/2003, página consultada el 14 de junio de 2007.

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/exploiiis/indice.asp?nBD=1&nItem=25323&nDoc=23675&nModo=3>, Centro de Documentación Judicial, Sentencia Ley Integración Monetaria, N° de ref. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001; página consultada el 14 de junio de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Constitución Política de la Republica de Guatemala, página consultada el 17 de mayo de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/procesos.htm>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procesos y Trámites, página consultada el 03 de diciembre de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de inconstitucionalidad, expediente 2265-2006, página consultada el 03 de diciembre de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de inconstitucionalidad, expediente 2357-2006, página consultada el 03 de diciembre de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de inconstitucionalidad, expediente 3046-2005, página consultada el 28 de octubre de 2007.

www.bibliojuridica.org/libros/1/128/9pdf., CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema Europeo de control de la constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pagina consultada el 08 de agosto de 2007.

<http://www.fusades.com.sv/files/content//DEL/Bolet%C3%ADn42.pdf>,

Departamento de Estudios Legales de FUSADES, *Comentarios al Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional*, N° 42, Boletín de Estudios Legales, San Salvador, junio 2004, página consultada el 24 de marzo de 2007.

<http://www.fusades.com.sv/files/Content/DEL/boletin2.htm>, Departamento de Estudios Legales de FUSADES, *Análisis de las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la "Ley de integración monetaria"*; Boletín de Estudios Legales, N° 2, febrero 2001, página consultada el 14 de junio de 2007.

<http://www.fusades.com.sv/files/Content/DEL/boletin22.htm>, Departamento de Estudios Legales de FUSADES, *Sobre la desnaturalización de la Suspensión del Acto Reclamado*, N° 22, Boletín de Estudios Legales, San Salvador, octubre 2002, página consultada el 14 de junio de 2007.

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr12.pdf, DIGHERO HERRERA, Saúl, *El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, página consultada el 17 de mayo de 2007.

www.monografias.com, ESCALONA, Iván, *Juicio de amparo*, página consultada el 29 de octubre de 2007.

<http://www.unam.edu.com/es/judicial//htm>., FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El nacimiento del modelo de control autónomo de la constitucionalidad en Europa*, pagina consultada el 08 de agosto de 2007.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art3.htm>, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo mexicano y el Recurso constitucional federal alemán* (breves reflexiones comparativas), Boletín mexicano de Derecho comparado, Biblioteca jurídica virtual, pagina consultada el 01 de noviembre de 2007.

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.7.htm>, GARCÍA BERNI, Aída, *Tramite de la acción de inconstitucionalidad de normas de carácter general: demanda propuesta por los ciudadanos*, página consultada el 24 de noviembre de 2007.

<http://www.aaba.org.ar/bi110001.htm>, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La incertidumbre constitucional en la acción declarativa de certeza*, Asociación

de Abogados de Buenos Aires, Argentina, página consultada el 11 de junio de 2007.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/219/3.pdf>, GONZÁLEZ RODAS, Adolfo, *La Corte de Constitucionalidad de Guatemala*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, página consultada el 03 de diciembre de 2007.

<http://www.todoadministrativo.com.ar/fallos/12.htm>, JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *Un nuevo retroceso en materia de otorgamiento de Medidas Cautelares en Procesos Constitucionales*; Argentina, página consultada el 10 de junio de 2007.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200103-45510121014590.html>, LARROSA ABELLÁN, Jesús, *Las medidas cautelares en la Ley 1/2000*, Artículos doctrinales, Noticias Jurídicas, España, página consultada el 10 de junio de 2007.

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1170870172/Ley.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_1170870172%2FLey.doc., Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, página consultada el 14 de junio de 2007.

<http://www.monografias.com/trabajos6/mepre/mepre.shtml>, LÓPEZ, Daniel Eduardo, *Medidas preventivas nominadas e innominadas*, Venezuela, página consultada el 10 de junio de 2007.

<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740110.pdf>, Monzón Juárez, José Antonio: *Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, competencias y relaciones, el caso de Guatemala*; Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Talca; Chile; 1998, página consultada el 30 de noviembre de 2007.

<http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>, MORALES GALITO, Einstein Alejandro, *Medidas Cautelares*, Venezuela, página consultada el 10 de junio de 2007.

<http://www.csj.com.ec>, MORALES TOBAR, Marco A., *Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, página consultada el 08 de agosto de 2007.

<http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>, OLECHEA V., Natascha, *Las medidas cautelares*, Panamá, página consultada el 10 de junio de 2007.

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.206.htm>, OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, *La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos*, Revista judicial derechoecuador.com, página consultada el 24 de noviembre de 2007.

<http://www.acader.unc.edu.ar>, RICARDO, Haro, *La acción declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, página consultada el 15 de mayo de 2007.

<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>, Tribunal Constitucional de España, Constitución Española, página consultada el 11 de junio de 2007.

<http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/leyesacuerdos/LOTC.pdf>, Tribunal Constitucional de España, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, página consultada el 11 de junio de 2007.

<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/historia.asp>, Tribunal Constitucional del Ecuador, Competencias del Tribunal Constitucional, página consultada el 05 de noviembre de 2007.

<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/constitucion.pdf>, Tribunal Constitucional del Ecuador, Constitución Política de la República del Ecuador, página consultada el 17 de mayo de 2007.

http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_11.pdf, Tribunal Constitucional del Ecuador, Gaceta 11, página consultada el 05 de noviembre de 2007.

<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/normativas.asp?ss=7>, Tribunal Constitucional del Ecuador, Ley del Control Constitucional, página consultada el 17 de mayo de 2007.

http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD32.pdf, VECINA CIFUENTES, Javier, *La potestad cautelar: contenido y límites*, España, página consultada el 24 de marzo de 2007.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Tomos I-VI; 14ª Ed.; Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires, Argentina; 1979.

LEGISLACION

El Salvador

Constitución de la Republica de El Salvador: Decreto Constituyente N° 38, de 15 de diciembre de 1983, publicado en el D. O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. Mendoza Orantes, Ricardo; Recopilación de Leyes Civiles de El Salvador; Editorial Jurídica Salvadoreña; 21ª ed.; San Salvador; 2002.

Ley de Procedimientos Constitucionales: D.L. N° 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. N° 15, Tomo 186, del 22 de enero 1960. Mendoza Orantes, Ricardo; Recopilación de Leyes Civiles de El Salvador; Editorial Jurídica Salvadoreña; 21ª ed.; San Salvador; 2002.

España

<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>,
Constitución española.

<http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/leyesacuerdos/LOTC.pdf>, Ley
Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ecuador

<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/constitucion.pdf>, Constitución Política
de la Republica del Ecuador.

<http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/normativas.asp?ss=7>, Ley del
Control Constitucional.

Guatemala

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Constitución Política de la Republica de
Guatemala.

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1170870172/Ley.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_1170870172%2FLey.doc, Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad.

Argentina

<http://www.aaba.com.ar>, Ley de procedimientos ante el tribunal superior de justicia de la ciudad de Buenos Aires, página consultada el 15 de mayo de 2007.

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5>, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, página consultada el 10 de diciembre de 2007.

<http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constra.htm>, Constitución de la Republica de Argentina, página consultada el 28 de octubre de 2007.

JURISPRUDENCIA**El Salvador**

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/exploiiis/indice.asp?nBD=1&nItem=40199&nModo=3>, Centro de Documentación Judicial, Sentencia Ley FOVIAL, N° de ref. 59/2003, página consultada el 14 de junio de 2007.

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/exploiiis/indice.asp?nBD=1&nItem=25323&nDoc=23675&nModo=3>, Centro de Documentación Judicial, Sentencia Ley Integración Monetaria, N° de ref. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001; página consultada el 14 de junio de 2007.

España

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-2003-0079, Alerta BOE (Boletín Oficial del Estado), Resolución que levanta suspensión en Inconstitucionalidad; Jurisprudencia Constitucional, N° de Ref. 79/2003, pagina consultada el 13 de junio de 2007.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-2003-0071, Alerta BOE (Boletín Oficial del Estado), Resolución que mantiene suspensión en Inconstitucionalidad, Jurisprudencia Constitucional, N° de Ref. 71/2003, pagina consultada el 13 de junio de 2007.

Ecuador

http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_11.pdf, Tribunal Constitucional del Ecuador, Gaceta 11, página consultada el 05 de noviembre de 2007.

Guatemala

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de inconstitucionalidad, expediente 2265-2006, página consultada el 03 de diciembre de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de inconstitucionalidad, expediente 2357-2006, página consultada el 03 de diciembre de 2007.

<http://www.cc.gob.gt/index-2.html>, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de inconstitucionalidad, expediente 3046-2005, página consultada el 28 de octubre de 2007.

Argentina

<http://www.acader.unc.edu.ar>, RICARDO, Haro, *La acción declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, página consultada el 15 de mayo de 2007.