

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROCESO DE GRADUACIÓN AÑO 2015
PLAN DE ESTUDIO 2007**



**LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN
EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS
PRESENTADO POR**

**JOVEL ALFARO LORENA MARISOL
SOLANO TRIGUEROS CARLOS ERNESTO ARTURO
VÁSQUEZ VÁSQUEZ JOSÉ LEOPOLDO**

**DOCENTE ASESOR:
DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO 2016

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

LIC. LUIS ARGUETA ANTILLON
RECTOR INTERINO

LIC. LUIS ARGUETA ANTILLON
VICE-RECTORACADÉMICO EN FUNCIONES

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL INTERINA

LICDA. NORA BEATRIZ MELÉNDEZ
FISCAL GENERAL INTERINA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO
VICE-DECANO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. MIGUEL ÁNGEL PAREDES
COORDINADOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

LICDA. MARÍA MAGDALENA MORALES
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

TRIBUNAL CALIFICADOR.

Lic. Pedro Rosalio Escobar Castaneda

PRESIDENTE

Lic. Carlos Guillermo Cordero Recinos

SECRETARIO

Dr. Henry Alexander Mejía

VOCAL.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Gracias doy por el triunfo que me has regalado, la fuerza que me brindaste a lo largo del camino, por la sabiduría que me ilumino para plasmar este cumulo de conocimientos que hoy comparto en mi tesis que ponen fin a mis estudios universitarios más es el inicio de nuevos retos y triunfos en mi vida profesional. Por qué comprendí que las mejores guerras se ganan en el centro de la batalla GRACIAS DIOS.

A mi familia:

Por llevarme en sus oraciones pidiendo a Dios todopoderoso que cuidara y bendijera de mí, a mi mamá Laurya quien su arduo esfuerzo y trabajo ha hecho posible el hombre que soy hoy, por su incondicional apoyo y dedicación; a mamá Luisa, aprecio agradezco por cuidarme, por sus consejos impulsándome a cada día luchar por lo que quiero gracias por ser parte de mi vida; a mi hermana Glenda por su apoyo, consejos y especial cariño que nos une y a mi papa Cesar por impulsarme a alcanzar esta meta.

A mis amigos:

A todos mis compañeros que me escoltaron a lo largo de esta etapa, especialmente a Maricruz, Ray, Sama, David, Sibrian por su especial apoyo, aliento y entereza en los momentos complejos y delicados.

A mis compañeros de tesis:

Marisol y Leo por su apoyo, participación, paciencia y comprensión para superar los óbices en este proceso arduo y parsimonioso.

A nuestro asesor:

Doctor Henry Mejía por su disposición y dedicación para compartir todos sus conocimientos y ser un guía en este proceso de investigación.

Filipenses 3:13 Hermanos, yo mismo no pretendo haberlo ya alcanzado; pero una cosa hago: olvidando ciertamente lo que queda atrás, y extendiéndome a lo que está delante.

Carlos Ernesto Arturo Solano Trigueros.

AGRADECIMIENTOS.

“Te doy gracias, señor, porque me has respondido y porque eres mi salvador” Salmos 118-21.

A Dios: A papá Jesús por permitirme llegar hasta este punto, por su misericordia hacia mí durante todo este proceso académico-personal, por la fidelidad, porque sé que todo lo que tengo se lo debo a él.

Mi abuelita Audelia López: Mamá sé que te perdí antes que me pudieras ver culminar mi carrera, pero este logro lo dedico a ti, por tu cariño, por tus palabras y por tus oraciones y por todo lo que me diste durante tu vida.

Mis Padres: Mi mama Letys, por tu amor, cariño y por estar pendiente de mi, por ser la forjadora de mi educación, y estar siempre a mi lado. Apapá Laureano, por ser ese pilar fundamental en no permitirme doblarme ante la adversidad, por confiar y ayudarme siempre en todos los sentidos.

Hermanos: Elmer por ese hermano que siempre ha estado a mi lado apoyándome a superar los obstáculos, Yasminy Emmanuel por ser los que me dan ese aliento para esforzarme cada día.

Familia: A todos mi tíos/as, primos, abuelos por estar dándome siempre esas palabras de ánimo y por confiar en mí incondicionalmente, y por todas las oraciones elevadas al creador para que pudiera culminar con éxito mi carrera.

Amigos: A esas amistades que han estado conmigo en las buenas y malas, pero más en los momentos malos, por su muestras de cariño y estima hacia mi persona durante todo este proceso importante de mi vida.

Compañeros de tesis: Solano y Marisol, por este proceso que no ha sido tan fácil, pero que a pesar de las dificultades que se nos presentaron logramos superarlas.

Asesor de tesis: Dr. Henry Mejía por permitirnos ser nuestro asesor, es privilegio que un profesor con vastos conocimientos nos allá guiado en este proceso de investigación.

JOSÉ LEOPOLDO VÁSQUEZ VÁSQUEZ

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS

INTRODUCCIÓN I

CAPÍTULO I CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1.1. ORÍGENES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1.1.1. En Inglaterra: Coke y “the supremacy of English Parliament”.....	2
1.1.2 En Estados Unidos: caso Marbury vs Madison.....	4
1.1.3. Francia: antijudicialismo y control concentrado	5
1.1.4. En Austria: El sistema austriaco de Kelsen.....	7

1.2. EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR.

1.2.1. Periodo post-independentista.....	10
1.2.2. El periodo liberal: Aparición de la Constitución de 1886.....	12
1.2.3. La Constitución política Federal de Centroamérica de 1921.....	12
1.2.4. El periodo social: Constitución de 1950.....	14
1.2.5. Ley de Procedimientos Constitucionales.....	15
1.2.6. La Constitución de 1983: Se crea la Sala de lo Constitucional.....	16
1.2.7. Las reformas a ley de procedimientos constitucionales de 1996.....	18

1.3. MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SALVADOR.

1.3.1. Modelo de control concentrado.....	19
1.3.1.1. Sala de lo Constitucional.....	20
1.3.1.2. Tipos de acción de Inconstitucionalidad.....	29
1.3.1.3. Actos sujetos a control de constitucionalidad abstracto	30

1.3.2. Modelo de control difuso.....	43
1.3.2.1. La potestad-deber de cualquier juez.....	44
1.3.2.2. La acción de inaplicabilidad.....	46
1.3.2.3. Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad.....	45
1.3.2.4. Criterios mínimos para decidir la inaplicabilidad.....	48
1.3.2.5. Actos sujetos a la inaplicabilidad.....	49
1.3.2.6. Efectos de la declaratoria de inaplicabilidad.....	51
1.3.3. Modelo de control mixto.....	54

CAPÍTULO II LA TUTELA CAUTELAR

2.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES.	
2.1.1. Orígenes de la tutela cautelar.....	56
2.1.1.1. Época de los orígenes en Roma.....	57
2.1.1.2. Época de la responsabilidad: s. xix.....	56
2.1.1.3. Época del control judicial: S. xx.....	59
2.1.1.4. En el ámbito nacional.....	60
2.1.2. Definición de las medidas cautelares.....	60
2.1.3. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.....	63
2.1.4. Características de las medidas cautelares.	
2.1.4.1. Provisionalidad.....	68
2.1.4.2. Instrumentalidad.....	69
2.1.4.3. Urgencia.....	70
2.1.4.4. Mutabilidad o variabilidad.....	68

2.1.4.5. Despacho inaudita parte.	69
2.1.4.6. Sumariedad.....	69
2.1.5. Presupuestos procesales básicos.	
2.1.5.1. Apariencia del buen derecho o fomis boni iuris.	71
2.1.5.2. Peligro en la demora ò periculum in mora.....	74
2.1.5.3. Periculum in damni (aspecto subjetivo).....	79
2.2. POSTURAS TEÓRICAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	
2.2.1. Sistema de medidas nominadas.	78
2.2.2. Sistema de medidas innominadas.	80
2.3. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS.	83
2.3.1. Medidas cautelares conservativas o negativas.....	84
2.3.2. Medidas cautelares innovativas o positivas.	89
2.3.3. Medidas cautelares anticipatorias.....	90
2.3.4. Medidas autosatisfactivas.....	98
2.4. TUTELA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	96
2.5. POTESTAD CAUTELAR.	100
2.5.1. Definición.	101
2.5.2. Clasificación de la potestad cautelar.....	103
2.5.2.1. Poder cautelar típico, especial o determinado.	103
2.5.2.2. Poder cautelar general, indeterminado o innominado.....	104
2.5.3. Naturaleza jurídica de la potestad cautelar.	105
2.5.4. Características principales.	

2.5.4.1. Jurisdiccionalidad.....	106
2.5.4.2. Discrecionalidad.....	107
2.5.4.3. Idoneidad.	108
2.5.4.4. Racionalidad.	109
2.5.5. Finalidad.	110
2.5.6. Limites a la potestad cautelar.	111
2.5.6.1. Principio de legalidad.	113
2.5.6.2. Principio de proporcionalidad.....	114
2.5.6.2. Principio de contradicción.	116

CAPÍTULO III LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN.

3.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS.	117
3.1.1 CARENCIA EXPRESA DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LA LPCN	119
3.1.2 Orígenes del sistema de medidas cautelares innominadas.	121
3.1.3. Producción Jurisprudencial de medidas cautelares innominadas.	
3.1.3.1. Contexto socio-histórico.....	129
3.1.3.2 Al margen de la interpretación subjetiva de la S.C.....	130
3.1.3.3. Sus consecuencias políticas, sociales y económicas.	133
3.2. HACIA LA CONCEPCIÓN DE UN SISTEMA CAUTELAR MIXTO	138
3.2.1. Garantizan la imparcialidad del Juez.	140
3.2.2. Para la coherencia y certeza del ordenamiento jurídico.....	142
3.2.3. Para constituir un valladar a las facultades discrecionales	145
3.2.4. Ley en sentido estricto vs precedente judicial.....	147

3.3. CONSIDERACIONES SOBRE ANTEPROYECTOS DE LA L.PR. CN.....	151
3.3.1. Disposiciones relativas a las medidas cautelares	152
3.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL	155

CAPÍTULO IV LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE Y ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1. LEGISLACIÓN NACIONAL.

4.3.1. Constitución de la República

4.3.2.1. Derecho de protección jurisdiccional.....	170
--	-----

4.3.2.2. Derecho de tutela judicial efectiva.....	166
---	-----

4.3.2. Declaración universal de los Derechos Humanos.....	169
---	-----

4.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	170
--	-----

4.3.4. Convención americana de Derechos Humanos	172
---	-----

4.3.5. Ley de Procedimientos Constitucionales.	173
---	-----

4.2. Derecho Comparado.

4.2.1. La importancia del Derecho comparado.	175
---	-----

4.2.2. Cuadro de cotejo de Derecho comparado.	176
--	-----

4.2.2.1. Guatemala.

4.2.2.2. Perú.

4.2.2.3. Venezuela.

4.2.2.4. Bolivia.

4.2.2.5. Uruguay.

CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES..... 182

5.2 RECOMENDACIONES. 185

BIBLIOGRAFÍA 194

ANEXOS

JURISPRUDENCIA QUE ADMITE EL SISTEMA CAUTELAR DE MEDIDAS INNOMINADAS.

Inconstitucionalidad de la comisión legislativa de 2009..... 203

Inconstitucionalidad de la LEFONAT. 204

Inconstitucionalidad de la elección de Lic.José Salomón Padilla 205

Inconstitucionalidad en el marco del proselitismo electoral..... 206

Inconstitucionalidad de la ley del presupuesto 2014..... 208

Interlocutoria en la Inc.de la Ley de Telecomunicaciones..... 209

Interlocutoria en la inconstitucionalidad sobre el T-PARLACEN 210

Interlocutoria en la Inc. para emitir títulos valores de crédito. 212

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.	Artículo
Atrib.	Atribución
Amp.	Amparo
A.L.	Asamblea Legislativa
C.C.	Código Civil
C.E.	Constitución Española
Cn.	Constitución Nacional
C.P.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
D.D. H.H.	Derechos Humanos
H.C.	Habeas Corpus
INC.	Inconstitucionalidad
Inc.	Inciso
Lit.	Literal
L.Pr.Cn.	Ley de Procedimientos Constitucionales
Núm.	Numeral

Ord.	Ordinal
O.E.	Órgano Ejecutivo
págs.	Páginas
párr.	Párrafo
Rom.	Romano
S.C.	Sala de lo Constitucional
S.C.A.	Sala de lo Contencioso Administrativo
S.I.G.E.T.	Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones
V.gr.	Verbigracia

INTRODUCCIÓN

La investigación se circunscribe en el abordaje de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en El Salvador, en la actualidad al observar las diversas etapas procesales que estructuran dicho proceso, se denota que únicamente se cuenta con la suspensión del acto, como única medida cautelar regulada en la ley de procedimientos constitucionales. La Sala de lo Constitucional, ha advertido a través de su jurisprudencia la necesidad de otro tipo de medidas cautelares diferentes a la ya enunciada, estas dependerán según el caso en concreto, para ello el juez constitucional debe ampararse en los criterios de idoneidad, proporcionalidad y racionalidad en la elección de otro tipo de medidas (innomnadas).

Al inicio de la investigación se planteó como problema principal, la interrogante: ¿Es necesaria la regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, como un límite a la potestad cautelar, para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva?

El objetivo principal de este trabajo es: Presentar un estudio de carácter científico jurídico, referente a la necesidad de la regulación de las medidas cautelares como limite a la potestad cautelar en el proceso de inconstitucionalidad para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva; y como objetivos específicos: a) Establecer las generalidades y la conformación del proceso de inconstitucionalidad en El Salvador; b) Explicar la importancia del Derecho de Protección Jurisdiccional y la Tutela Cautelar Efectiva en el proceso de inconstitucionalidad; c) Formular un marco histórico-teórico sobre la teoría cautelar: dirimiendo su naturaleza, sus

presupuestos básicos acuñados por la doctrina y la jurisprudencia en materia constitucional y desarrollar el catalogo de medidas específicas; d) Analizar el ordenamiento jurídico nacional, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre la institución cautelar y examinar el Derecho Comparado y sus alcances, y e) Reconocer el grado de importancia de la incorporación de las medidas cautelares en una ley procesal constitucional y determinar los límites a la potestad cautelar para alcanzar una tutela judicial efectiva.

Lo anterior, permitió formular como hipótesis principal: “Si no hay regulación de las medidas cautelares en una Ley Procesal Constitucional, entonces es probable el abuso de la potestad cautelar en el proceso de Inconstitucionalidad y es dable el menoscabo a la tutela judicial efectiva.” Y como hipótesis específicas: “Al no encontrarse regulación de las medidas cautelares en una Ley en sentido estricto, entonces las interpretaciones de la Sala de lo Constitucional estaría legislándolas desde el punto de vista material.” y eventualmente: “Si no hay regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, entonces es probable que traiga consecuencias negativas sobre los sujetos pasivos intervinientes.”

Para confirmar las hipótesis se diseñó una estrategia metodológica, enfatizada a realizar una investigación de carácter teórico y jurisprudencial, que por el tipo de datos es cualitativa, en cuanto a la fuente es bibliográfica documental ya que se recolectó un marco doctrinario en relación a las medidas cautelares, específicamente en el proceso de inconstitucionalidad incluido un marco histórico-jurídico al margen del derecho comparado; de acuerdo al contexto es sincrónica. La temática radica en las medidas

cautelares, particularmente en el proceso de inconstitucionalidad, caracterizado por la depuración de normas contrarias a la Constitución, potestad atribuida exclusivamente a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en ese orden de ideas teniendo en consideración que todo proceso tiene como finalidad garantizar los derechos fundamentales a las partes procesales, y la legitimidad de la adopción de las medidas cautelares versa entorno a su adopción, sin opción a poderes arbitrarios; si como instrumentos procesales para que el vencedor pueda alcanzar una sentencia sobre el fondo que sea efectiva en la realidad; ya que al no encontrarse reguladas las medidas innominadas en un cuerpo normativo secundario se vuelve necesario el abordaje analítico de sus actuaciones cautelares de la Sala de lo Constitucional, para verificar si están apegadas a la Constitución de la República y si estas responden al derecho de una tutela judicial efectiva.

Con relación al contenido en esta investigación, se encuentra estructurada en cinco capítulos: En el primer capítulo; se desarrolla la conceptualización del control de inconstitucionalidad, luego en este mismo contexto se plasman sus precedentes a nivel internacional, tomando como referencias los modelos de control constitucional de Inglaterra, Estados Unidos, Francia y por último, el modelo impulsado por Kelsen en Austria, posteriormente, se elabora un esbozo relativo a nuestros orígenes del control constitucional, posteriormente hacemos una exposición sobre los modelos de control de constitucionalidad utilizados en nuestro país, no obviando establecer consideraciones sobre la Sala de lo Constitucional, su composición y competencia, seguidamente se elabora una definición preliminar sobre la acción de inconstitucionalidad y sus tipos. A continuación se indican los actos sujetos a control constitucional, sobre los modelos de control abstracto y

difuso en El Salvador, estableciendo, su definición, naturaleza y sus rasgos definitorios, finalmente en este capítulo se aborda el modelo mixto o relacional.

En otro orden de ideas, el capítulo dos denominado la tutela cautelar, consideramos que para concebir el tema es importante remitirnos al raigambre histórico de las medidas cautelares, su definición, dirimir sobre naturaleza jurídica y sus características principales, para luego establecer sus presupuestos procesales básicos. Seguidamente se exponemos las posturas teóricas entorno a la temática cautelar, para entablar un estudio prolijo sobre las medidas específicas, tales como las conservativas, las innovativas, las anticipatorias, haciendo la aclaración de que las autosatisfactivas no pertenecen a este grupo; asimismo se realiza una breve reseña sobre la tutela cautelar como garantía de la tutela judicial y se finaliza con una exposición de la llamada potestad cautelar, reflexionando sobre su definición, naturaleza jurídica, rasgos característicos y los principios procesales que se consideran sus limitantes.

El capítulo tres, contiene reflexiones sobre las medidas innominadas, su carencia normativa en la Ley de procedimientos constitucionales, establecemos su origen en nuestro país a través de la jurisprudencia constitucional, en donde consideramos su contexto histórico y sus posibles consecuencias. Seguidamente establecemos algunas razones por las que consideramos que sistema cautelar es más solvente e idóneo para una nueva ley procesal constitucional; por otro lado, se realizó un análisis inicial de la resoluciones provistas en los procesos de inconstitucionalidad, donde se ordenaron medidas cautelares innominadas. En el capítulo cuatro, se

elabora un bosquejo sucinto sobre la legislación nacional e internacional, que encaja con este tema de estudio, se elaboró un cuadro de cotejo de nuestro sistema cautelar con relación a otros países tales como: Guatemala, Venezuela, Perú, Uruguay y Bolivia, que creemos cuentan con una normativa procesal más moderna.

Finalmente, pero no menos importante se establecen las conclusiones y recomendaciones que se consideran oportunas al concluir nuestro trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Es indispensable, tener claro que la expresión “control constitucional” conlleva a dos acepciones: La primera implica la existencia de uno o varios mecanismos de defensa, cuya finalidad es mantener la vigencia del orden constitucional.

La segunda está referida al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establecen las facultades que deberán desplegar los Órganos de poder, sin que puedan exceder sus alcances.¹

En este orden de ideas, hay que hacer un estudio sobre el control constitucional realizado por la Sala de lo Constitucional (S.C.) ya que este se desarrolla dinámicamente en forma de proceso, cuya finalidad es decidir sobre la compatibilidad jurídica entre la ley, disposición o acto—definido como objeto de control- y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control, para que las primeras se expulsen del ordenamiento jurídico, de resultar contrarias a las segundas.

Por otro lado, se cuenta con un control difuso el cual es ejercido por cualquier juez, de inaplicar una disposición incompatible a la Constitución.

¹Héctor Fix Fierro, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Tomo I ,coords. Eduardo Ferrer Mac- Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014), 221.

1.1 Orígenes del control de constitucionalidad.

Los antecedentes mediatos del control de constitucionalidad se remontan según los doctrinarios, de acuerdo precedentes históricos a nivel internacional, los cuales podemos contextualizar en cuatro momentos a saber:

1.1.1. En Inglaterra: doctrine Coke y “the supremacy of English Parliament”.

Para algunos tratadistas los orígenes del modelo americano, se remontan a Inglaterra en los albores del siglo XVIII, cuando se suscitó el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un Órgano jurisdiccional, en el caso de Thomas Bonham, quien ejerció la profesión de médico en Londres, sin la autorización del Real Colegio de Médicos, por esta causa fue obligado a comparecer ante los censores del Colegio y multado con cien chelines por habersele encontrado deficiente en sus aptitudes profesionales, además se le prohibió ejercer su profesión bajo la amenaza de pena de prisión. Bonham vuelve a practicar la medicina, desacata la prohibición impuesta por el Colegio de Médicos de Londres; éste lo emplaza a comparecer nuevamente ante la autoridad de censores y el médico incumple la citación, como reacción a esto se ordena su detención.²

Al llegar a conocimiento de los jueces del “Common Pleas” se dividieron los criterios, el juez Walmesley defendía la causa del colegio y el Juez Coke

²Boris Barrios González, Derecho Procesal Constitucional, 5ª edición, (Panamá: Editorial Barrios y Barrios, 2014), 15.

defendió la causa del médico; de acuerdo a sus estatutos el Colegio Médico percibía la mitad de las multas cobradas; esto según Coke, lo convertía en juez y parte dentro del proceso y esto resultaba contrario a los principios que sustentan Common Law -Derecho Común-.

Bajo dichas premisas en 1610 Sir Edward Coke, como “Chief Justice del Common Pleas” declaró que las leyes están sometidas a un derecho superior que controla los actos del Parlamento, y que alguna vez los juzgara absolutamente nulos, cuando estén en contra de la razón o del derecho, con esto se evidenció la importancia del papel del juez como garante del cumplimiento efectivo del orden constitucional. Mauro Cappelletti dice que esta doctrina fue abandonada con la revolución de 1688, cuando se proclamó el principio “supremacy of the English Parliament”-supremacía del Parlamento Inglés-, sin embargo, con él no se tuvo la intención de dotar al Parlamento de poder absoluto, mediante la producción del derecho; más bien era necesario dar énfasis al Common Law-derecho histórico- y a las tradiciones del pueblo inglés para poder contener el poder real del monarca. Reiterando que para defenderse de los arbitrios del monarca, la magistratura se posicionó al lado del parlamento, llegando a tal punto de mezclarse con él, con ello se afirmó el imperio de la ley frente al poder real y es entonces cuando se declara la doctrina contraria, impulsada por Bentham y Austin denominada como Teoría Constitutiva.

1.1.2 En Estados Unidos: caso Marbury vs Madison.

El modelo americano de control difuso de constitucionalidad nació con el célebre caso “Marbury vs. Madison” en este entorno el presidente Adams, se

apresuró a nombrar cuarenta y dos jueces de paz; el senado confirmó dichas designaciones, el día 4 de febrero de 1801 cuando John Marshall prestó juramento como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y no tuvo tiempo de entregar los actos de investidura a todos los jueces de paz o por lo menos a cuatro de los nombramientos, entre ellos estaba William Marbury, estos jueces acudieron a James Madison, Secretario de Estado del recién electo Thomas Jefferson, para exigirle la notificación de sus nombramientos, quien se negó a entregar los actos de investidura de aquellos ya que según él fueron excluidos por falta de tiempo.

Por lo anterior, fue Marbury, quien vio un conflicto entre el Art. 13 del Judiciary Act de 1789 y el Art. 3 de la Constitución de Estados Unidos; quien al final de ese mismo año, propuso una acción originaria frente a la Corte Suprema, requiriendo orden de *mandamus*³ para compeler a Madison a entregarle el acto de investidura, dicha acción fue propuesta con base en el Art. 13 del Judiciary Act de 1789 una de las primeras leyes que el Congreso recién habían creado,⁴ en contraposición a la Constitución como parámetro normativo superior.

No sería, sino hasta el 24 de febrero de 1803 cuando la Corte Suprema presidida por el juez John Marshall, se enfrentó con el famoso caso Marbury vs. Madison, quien finalmente en su ponencia declaró: “que Marbury había adquirido derecho al nombramiento y al cargo por cinco años, independiente

³ Era aceptado que las Cortes poseían el poder de *mandamus* (para obligar a los funcionarios a cumplir su deber legal) y el *quo warranti* (para cuestionar la legalidad de un acto por un funcionario público).

⁴ Jonh Novak y Ronald Rotunda, *Principles of constitutional law*, 1 citados por Luiz Guilherme Marinoni, *Control de Constitucionalidad, Direito Constitucional* (Sao Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011) Trad. Héctor Tulio Baires, Dir. Edit. Henry Alexander Mejía, Et. Al, (El Salvador: Ed. Cuscatleca, 2014), 38.

de la notificación por parte del poder Ejecutivo, tan pronto como su nombramiento fuera firmado por el Presidente y sellado por el Secretario de Estado”.⁵Lo destacado de esta sentencia, es la trascendencia del control constitucional vertido por parte de un Órgano jurisdiccional; por primera vez una norma contraria a lo dispuesto por la Constitución fue declarada inconstitucional por un alto tribunal, haciendo uso también de la interpretación como mecanismo de preservación constitucional; con el caso citado se instauró la revisión judicial de las leyes (*Judicial Review*), diseñada como una herramienta para el mantenimiento del orden constitucional.

1.1.3.Francia: antijudicialismo y control concentrado mediante la Corte Constitucional.

Este modelo de control de constitucionalidad fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales, creado posterior a la Revolución francesa de 1789, consiste en otorgar el control de constitucionalidad a un Órgano político generalmente el legislativo; este modelo ha tenido gran aceptación en las democracias marxistas, y en el presente en cierto sentido se asemeja al actual Consejo Constitucional francés.⁶

La configuración del control judicial tiene relación con desconfianza en los jueces, quienes se consideraban parte del absolutismo monárquico, y en razón de ello, deberían de mantenerse rigurosamente apartados de los

⁵ Luis Fernando Tocora, Control constitucional y derechos humanos (Colombia: Ediciones Librería del Profesional), 43.

⁶ Pierre Avril y Jean Gicquel, Le Conseil Constitutionnel, (Francia: Montchrestien, 2011) citados por Domingo García Belaude, Derecho Procesal Constitucional (Bogotá: Editorial Temis, 2001) 19.

asuntos del parlamento, por estarazón no debían evaluar la legitimidad de las leyes, en otras palabras, este modelo es devoto de la ideología de la Revolución Francesa que intentó hacer del juez la “bouche de la loi”.

El maestro Gonzaini, afirma que la revolución francesa tuvo que encontrar un sistema para vigilar el ejercicio del poder, no quiso delegar responsabilidad alguna en los jueces. No lo hizo porque desconfiara de ellos, sino porque el verdadero conflicto estaba en la competencia de poderes. La separación del Poder Judicial del control de la Constitucionalidad, -inspirado en las razones revolucionarias-, fue reconocida en la Constituciones Francesas, conservando la vigencia del principio de división de poderes, fue en la Constitución de Francia de 1852 que se confería al Senado el control de constitucionalidad, y luego en el artículo 5º de la Constitución de 1853 habilitaba al Congreso a revisar las Constituciones que se dictaran en las provincias antes de su promulgación.⁷

El Dr. Marinonidice que la Constitución Francesa de 1958 se previó un ConseilConstitutionnel, regulado por una ordonnace de noviembre del mismo año, cuyo fin era realizar “le controle de la constituonale des lois”.

Con la aversión a la interferencia del poder judicial sobre el Parlamento llevó al Derecho Francés a atribuir el control de la constitucionalidad a un “Consejo Constitucional” compuesto por nueve miembros, de los cuales tres eran elegidos por el Presidente de la República, y tres eran elegidos por el Presidente de la Asamblea y otros tres elegidos por el Senado,

⁷ Hector Fix Fierro, Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Tomo I, 222.

conformadoun Órgano político competente para realizar un control preventivo sobre la constitucionalidad de las leyes.⁸

1.1.4. En Austria: El sistema austriaco de Kelsen.

Más de un siglo separa al control de constitucionalidad de tipo difuso del sistema austriaco de Constitucionalidad de 1920, es debido al célebre pensamiento de Hans Kelsen, quien fue artífice de un proyecto de Constitución, como petición expresa de su Gobierno, Kelsen en ese momento tenía una concepción formalista de la Constitución, la veía como una norma jurídica que se colocaba en el artificio de las normas jurídicas, en el entendido de un sistema jerárquico organizado por grados o esquemáticamente, como una escala sobre la cual se colocan las diversas fuentes del derecho.⁹

Esta noción de la Constitución como base del ordenamiento jurídico surge con la idea de asegurarla, diferenciándola de las leyes y sometiendo su revisión a un procedimiento especial, agrega Kelsen que su tesis principal recae: En la anulación del acto inconstitucional¹⁰ como garantía principal y más eficaz de la Ley Fundamental. Dicho con mayor claridad y contundencia: La Constitución sólo se encuentra garantizada en la medida en que la

⁸ Marinoni, Control de Constitucionalidad, 53.

⁹ Javier Tajadura Tejada, Hans Kelsen: Un jurista demócrata ante la Crisis de la Constitución, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, Tomo I, coords: Eduardo Ferrer Mac- Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008), 932.

¹⁰ La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas. En otro sentido, la anulación de una ley o disposición se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución.

anulación de los actos inconstitucionales es posible. No obstante lo anterior, fue justamente la necesidad de conciliar la garantía de la Constitución y la libertad política del Parlamento frente a los jueces, lo que condujo a Kelsen a diferir el control de constitucionalidad a un Órgano ajeno a la jurisdicción ordinaria la denomino Corte Constitucional encomendándole como única tarea un control abstracto del texto legislativo.

Su función se resume en un juicio de compatibilidad lógica entre texto constitucional y texto legislativo, adoptando además como exclusivo parámetro de constitucionalidad una Constitución de naturaleza formal, concebida como regla procedimental y de organización, como generadora de problemas morales y sustantivos.

En cuanto a la Corte Constitucional, suele decirse que la sentencia convierte al tribunal en un “legislador negativo”, haciendo que una ley pierda vigencia,¹¹ y que por regla general no tiene efectos retroactivos.

Con la reforma constitucional austriaca de 1929 se confirió a la Corte Suprema y a la Corte Administrativa, el poder de requerir a la Corte Constitucional, el examen de la Constitucionalidad de las leyes cuya validez fuese prejudicial a la solución de un litigio y llevado ante su juzgamiento, con la particularidad que la Corte Suprema y la Administrativa asumieron también un deber de no aplicar la ley ante cualquier duda sobre la constitucionalidad de la norma, en este supuesto quedaban vinculadas al análisis de constitucionalidad de la -Corte Constitucional-, hasta posterior pronunciamiento.

¹¹Gozañini, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, 83.

1.2.Evolución del control de constitucionalidad en El Salvador.

Para tener una idea más clara y un orden secuencial del origen de la Constitucionalidad en El Salvador, es pertinente en este punto hacer consideraciones desde los antecedentes del sistema de control de constitucionalidad en Centro América. Corresponde señalar en breve los siguientes tópicos: Probablemente a inicios del siglo XV, la limitación y la extinción del ejercicio arbitrario del poder, claramente reflejaba la influencia de las ideas estadounidenses y francesas en Centro América, que incluía una propuesta de Declaración de los derechos del ciudadano.¹²

En cuanto al segundo tópico, la independencia de Centro América presenta características diversas a la mayoría de los países en el resto del mundo; sobre todo por la vigencia de la Constitución de Cádiz en cuya formulación intervinieron diputados centroamericanos, está se obtuvo de forma pacífica y se debe gracias a las causas sociales y económicas que apremiaban en dicha época.

1.2.1. Periodo post-independentista.

El primer Congreso Centroamericano, que pasa a denominarse Asamblea Nacional Constituyente, se reúne en junio de 1823; en julio de ese mismo año se decreta el “acta de independencia absoluta”. Por otro lado, el 12 de junio 1824, se promulga en El Salvador la primera Constitución como Estado

¹²Salvador Enrique Anaya Barraza, Breve reseña de la evolución del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño (El Salvador: Instituto de Investigación Jurídica UCA, 2009), 2 y ss.

independiente, y que inspiró posteriores esfuerzos por alcanzar una verdadera independencia; pero que desde una perspectiva jurídica, previó la derogatoria de las leyes que la contraríen.¹³

En noviembre de ese mismo año, se promulga también la Constitución Federal, en el cual no se consagra ningún mecanismo específico de control de constitucionalidad, sin embargo, la idea de supremacía constitucional estaba presente pero mediante mecanismos de naturaleza política y no jurisdiccional, muestra de ello, es el juramento a la República Federal previo a tomar un cargo de funcionario, así lo indicaba su Art.141.¹⁴

Fue hasta el 18 de febrero de 1841, que El Salvador promulga su segunda Constitución, luego de la disolución de la República Federal de Centro América y en la que asume verdaderamente su soberanía, en la que se introduce expresamente una previsión de supremacía Constitucional – limitada a los derechos constitucionales- también resulta importante destacar que se varía la formulación del juramento constitucional,¹⁵ imponiendo una obligación de aplicación preferente de la Constitución, sin embargo, la comprensión común de dicho juramento, presente a lo largo de textos Constitucionales de El Salvador, ha sido más bien una mera formalidad. En la Constitución de El Salvador promulgada el 19 de marzo de 1864 no dispone cambios en relación al texto constitucional previo.

¹³Constitución de El Salvador, El Salvador: 1824, Art. 79: “Todo salvadoreño puede representar al Congreso, al jefe supremo y al Consejo para reclamar la observancia de la Constitución”. Adviértase que los reclamos por la observancia de la Constitución podían hacerse a entidades políticas, no a los tribunales”.

¹⁴Constitución Federal de Centro América (C.A., 1824) Art. 141: “Los funcionarios de la federación antes de posesionarse de sus destinos, protestaran juramento de ser fieles a la república, y de sostener con toda su autoridad la constitución y a las leyes”.

¹⁵Henry Alexander Mejía, El control de constitucionalidad en El Salvador, Derecho Procesal Constitucional, (El Salvador: Universidad de El Salvador, 2014), 1-6.

En octubre de 1871 se promulga la cuarta Constitución en la historia salvadoreña, pero existen dos variaciones importantes a destacar: A) La primera, la consagración constitucional del hábeas corpus, que opera como un mecanismo de control de las detenciones, no específicamente por violación a previsiones constitucionales; y B) La segunda, se otorga al Pleno de la Corte Suprema de Justicia una atribución que puede entenderse en línea contraria a la posibilidad de control constitucional, ya que se le confiere la potestad de informar al poder legislativo sobre los problemas de aplicación de las leyes y proponer reformas al efecto.

En la Constitución, promulgada el 16 de febrero de 1880, si hay variación en la fórmula sobre supremacía constitucional aunque conservando su esencia, se mantienen sin cambio las disposiciones sobre habeas corpus.

El 4 de diciembre de 1883 se promulga una nueva Constitución de la República de El Salvador, texto en el cual se introduce algunas innovaciones: A) Se incorpora una figura que consistía -como parte del título de “garantías nacionales”- en el reconocimiento del derecho de todo nacional a presentar, ante cualquier autoridad, reclamaciones por infracciones a la Constitución y se asemejaba a tener un control constitucional, sin embargo, no existe constancia que haya operado en la práctica;¹⁶ B) Con relación a la supremacía constitucional se dispone la posibilidad de suspensión de los derechos constitucionales; y C) El “derecho de iniciativa” es una atribución ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial en esta Constitución denominado- Corte de Casación para proponer reformas a leyes que aplica.

¹⁶ Constitución de la República de El Salvador, El Salvador, 1883, Art. 9: “Todo salvadoreño está autorizado para entablar reclamaciones ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, y ante cualquier autoridad competente, por infracciones de la Constitución”.

1.2.2. El periodo liberal: Aparición de la Constitución de 1886.

En la misma dirección de lo *supra* abordado, el 13 de agosto de 1886 cuando se promulga una nueva Constitución, que no contenía variación alguna en las disposiciones atinentes a la supremacía constitucional; aunque en esta se profundiza la disposición referente a los derechos constitucionales; y en esta línea de proteger estos –derechos- se produce una importante innovación, con la incorporación del recurso de amparo -de evidente estampa mexicana- como instrumento procesal específicamente destinado para la protección de todos los derechos individuales,¹⁷ incluyendo aparentemente la libertad personal; proceso que pasa a ser regulado por la denominada Ley de Amparo. En este estadio también incluimos la Constitución Federal de Centroamérica de 1898, donde la garantía del recurso de amparo y otras novedades.¹⁸

1.2.3. La Constitución política Federal de Centroamérica de 1921.

En septiembre de 1921, los Estados de Guatemala, Honduras y El Salvador constituyen una Federación, denominándola República de Centroamérica; y

¹⁷Constitución de la República de El Salvador (El Salvador:1886) Art. 37: “Toda persona tiene derecho de pedir y obtener el amparo de la Suprema Corte de Justicia o Cámara de Segunda Instancia, cuando cualquiera autoridad o individuo restrinja la libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución. Una ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo este derecho”. En el Art. 102 de la misma Constitución se estableció: “Son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia: 11ª. Decretar y hacer efectivo el recurso de amparo.

¹⁸Constitución federal (C.A.1898), comprendido en el Título III, Art. 40: “De los derechos civiles y garantías sociales”, se disponía: “Toda persona tiene derecho de pedir y obtener amparo contra cualquier autoridad o individuo que restrinja el ejercicio de los derechos individuales garantizados por la presente Constitución. Una ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo este derecho”.

en la Constitución Federal de la misma se consagran, como mecanismos de control constitucional: A) El amparo; B) La potestad de inaplicabilidad; C) El control previo de constitucionalidad; y D) Como novedad, la acción de inconstitucionalidad, pero legitimando activamente sólo al perjudicado. Es importante aclarar que su conocimiento se atribuye a la Corte Suprema de Justicia Federal, no supone el establecimiento de una entidad equivalente a un Tribunal Constitucional, pero limitó sus efectos al caso concreto en conocimiento.

El 20 de enero de 1939 se promulga una nueva Constitución, que introduce tres importantes novedades en el sistema de control de constitucionalidad: A) Se consagra expresamente la potestad judicial de inaplicabilidad; B) Se reconoce constitucionalmente el recurso de amparo fundado en la inconstitucionalidad de una ley, aunque ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde inicios del siglo XX, había admitido plantear amparo contra actos de aplicación de una ley que se alegaba como inconstitucional; C) Aparece por primera vez en un texto constitucional salvadoreño, el control constitucional previo, como controversia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el proceso de formación de ley, cuando el primero se negare a sancionarlo y publicarlo por estimar que el proyecto de ley era inconstitucional.¹⁹

Luego en la Constitución de 1944, se introducen una serie de reformas, se

¹⁹Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, 1939) Art. 82: “Cuando la devolución sea porque el Poder Ejecutivo considere inconstitucional el proyecto de ley, y el Poder Legislativo lo ratificare en la forma prevista en el artículo que antecede, inciso tercero, deberá el Ejecutivo dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, dentro de tercero día, y esta última, oyendo las razones de ambos Poderes, decidirá si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días. Si la decisión fuere por la constitucionalidad, el Poder Ejecutivo estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley”.

dispuso expresamente la facultad de los tribunales de justicia de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales; aunque en casos en que tuvieran que dictar sentencia, no podría aplicarse cuando se tratase de las facultades extraordinarias concedidas al Poder Ejecutivo o de la declaración de Estado de sitio.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 1945, se promulga otra Constitución, si bien ésta se autocalifica como la Constitución de 1886 con enmiendas, en realidad constituyó un nuevo texto constitucional, en el cual se retoman con algunas variantes en la redacción, las disposiciones relativas al amparo, a la potestad judicial de inaplicabilidad, y el recurso de amparo contra leyes inconstitucionales ley.

1.2.4.El periodo social: Constitución de 1950.

Es en la Constitución de 1950 la que supone un parteaguas en la concepción estatal, donde se enuncia de manera categórica y sin limitaciones el principio de supremacía constitucional, pues la formación normativa del mismo deja de limitarse a los derechos constitucionales y se extiende a toda la producción infracostitucional.

Por otro lado, aunque no en forma sistemática, en esta Constitución de 1950, se consignan todos los mecanismos procesales que hoy día integran el derecho procesal constitucional salvadoreño: A) Se mantuvo la potestad judicial de inaplicabilidad; B) Se conserva el proceso de amparo; C) Se

establece, de manera independiente el hábeas corpus; D) Se crea la acción ciudadana de inconstitucionalidad aunque en la práctica jurídica se le llamó acción popular-, cuyo conocimiento y decisión se atribuye a la Corte Suprema de Justicia; y E) Se retoma el control previo de constitucionalidad en el proceso de formación de la ley.

Es así como la Corte Suprema de Justicia, constituyó desde una perspectiva técnica utilizando la expresión en sentido amplio, el primer Tribunal Constitucional del país, porque precisamente tenía la potestad de declarar la inconstitucionalidad -con efectos generales y obligatorios- de las leyes de productos normativos, esta calificación se confirma con la promulgación de una Ley de Amparo en 1950, mediante la que se atribuyen en forma exclusiva, la decisión de los procesos de amparo. Tal situación fue variada en 1959, dado que en ese año se promulga una modificación a la Ley Orgánica Judicial, mediante la cual se crea la Sala de Amparo, con lo que se establece en el país, con relación al sistema de control de constitucionalidad, un “control compartido”, por un lado, la Sala de Amparo de la C. S. J., tenía como competencia conocer de los procesos de amparo y tramitar los procesos de inconstitucionalidad; y, por otro lado, la Corte Suprema de Justicia -en pleno- era el tribunal competente para emitir sentencia en los procesos de inconstitucionalidad.

1.2.5. Ley de Procedimientos Constitucionales.

Durante la vigencia de la Constitución de 1950, se promulga en 1960 la Ley de Procedimientos Constitucionales vigente hasta la fecha, cuyo origen es el proyecto de la denominada: “Ley de Garantías Constitucionales” elaborado en

1959 por la Corte Suprema de Justicia, cabe aclarar en este apartado, que la Ley de Procedimientos Constitucionales²⁰ como norma que constituye una ordenación sistemática de los procesos constitucionales, la misma en esencia es una reunión de las disposiciones dispersas en aquel momento: A) Existía la Ley de Amparo y B) El habeas corpus o exhibición personal, se encontraba regulado en el Código de Instrucción Criminal. El proyecto de ley, también previó la reglamentación del proceso de inconstitucionalidad, sobre la cual a nueve años de su establecimiento por la Constitución de 1950 no existía ley que le regulara, fue así que la Corte Suprema de Justicia había tramitado procesos de tal clase por una pretoriana integración de varios textos legales;²¹ en esta inclusive se incorporó la intervención del Fiscal General de la República, de manera oficiosa en el primer proceso de inconstitucionalidad en la historia del país.²²

1.2.6. La Constitución de 1983: Se crea la Sala de lo Constitucional.

La comisión de estudio del proyecto de la Constitución de 1983 adoptó como documento base para la redacción, el texto de la Constitución de 1962, que se propuso en su cometido, mantener en la medida de lo posible sus conceptos e introducir únicamente aquellos cambios necesarios para asegurar la democracia. La novedad de esta Constitución, la constituye una

²⁰Ley de Procedimientos Constitucionales, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1960).

²¹Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: 1950) Art. 96: La acción de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, acción que podrá ser ejercida por cualquier ciudadano. –esta acción no tenía una reglamentación especial en las leyes secundarias, y los recursos se tramitaba de conformidad la constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público. Siendo así como surge un procedimiento breve y sencillo para dar efectividad a tan importante acción de Inconstitucionalidad.

²² Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 1-51 (El Salvador, Sala de Amparo de la Corte Suprema de Justicia 1950).

transformación sobre la concepción estatal que predominaba en la Constitución de 1950, en la parte relativa al derecho procesal constitucional supuso una variación de carácter orgánica, pero de importante trascendencia, en tal sentido, se crea la Sala de lo Constitucional, como parte de la Corte Suprema de Justicia.²³ En cuanto al ámbito de competencia de la Sala de lo Constitucional definida por nuestra Constitución en el Art.174, se reúnen prácticamente la totalidad de los procesos constitucionales a saber: A) Proceso de inconstitucionalidad; B) Proceso de amparo, C) Proceso de hábeas corpus o de exhibición de la persona, con relación al cual tiene competencia concurrente con las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, y D) Control previo en caso de controversias entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo en el proceso de formación de la ley.

La creación de dicha Sala especializada en la materia constitucional en el seno de la Corte Suprema de Justicia, se justificó por la comisión de estudio del proyecto de Constitución de la República de El Salvador de 1983, como mecanismo para “facilitar y hacer expedita la aplicación de la justicia constitucional”, entendiéndose que de acuerdo a los precedentes y para no variar en mayor medida la tradición salvadoreña, se estimó un “sistema intermedio” entre la creación de un Tribunal Especial no dependiente del poder Judicial.²⁴ No obstante, ante tal especialización, todos los jueces comunes siguen conservando la potestad judicial de inaplicabilidad de conformidad al Art. 185 Cn.

²³ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador 1983) Art. 174: “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, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución”.

²⁴ Francisco Bertrand Galindo et.al., Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, 2da edición (El Salvador: Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 1996), 310.

1.2.7. Las reformas a ley de procedimientos constitucionales de 1996.

Como fue común en la ola democrática que experimento América Latina, la terminación de la guerra civil en el año de 1991 y la consolidación de la transición democrática, derivó en reformas constitucionales, pero estas no se modificaron lo relativo al control de constitucionalidad.

Sino hasta 1996 cuando se reforma²⁵ -ampliando- la disposición constitucional que consagra el ámbito de protección del habeas corpus²⁶ y luego se introducen las reformas a la L.Pr.Cn., siendo la más significativa la del Art. 77, hay que destacar que la serie de criterios dispersos fue el sustento para regular la inaplicabilidad con el fin de uniformar la interpretación de las normas constitucionales.

Sin embargo, algunos jueces ordinarios le han llamado “el control de la Sala de lo Constitucional, hacia el control difuso”; que debilita el verdadero origen del control concentrado de revisión judicial, que instauró la Asamblea Constituyente de 1983. Se agregan una serie de artículos, que se refieren al desarrollo de la inaplicabilidad cuya naturaleza constitucional es suscitada incidentalmente y se ajusta como una situación perjudicial a la resolución del litigio entre las partes cuya potestad-deber le corresponde a todos los jueces de la República.

²⁵ Reforma Constitucional (El Salvador, ratificada por la Asamblea Legislativa de El Salvador mediante Decreto Legislativo No. 747, del 27 de junio de 1996, publicado en el Diario Oficial del 10 de julio de 1996).

²⁶ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983) Art. 11 Inc. 2: “La persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el hábeas corpus cuando cualquier individuo atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas”.

1.3. Modelos de control de constitucionalidad en El Salvador.

Los modelos de control constitucional en el país son: el difuso, concentrado y el mixto, en tal sentido, tenemos que el tribunal máximo de justicia (C.S.J.) por medio de una de sus Salas (S.C.) puede declarar la inconstitucionalidad de leyes y otras disposiciones contrarias a la Constitución (control abstracto).

Además, cualquier juez de la República –inclusive la misma Sala de lo Constitucional– tiene la potestad-deber (Art. 185 Cn.) de realizar un control constitucional difuso sobre leyes, tratados y actos subjetivos que contraríen a la norma suprema (control concentrado) pero teniendo también presente que se encuentra en la obligación de remitir la certificación de la sentencia interlocutoria o definitiva por la cual declara inaplicable una disposición infraconstitucional a la S.C. (Art.77-E L.Pr.Cn.) para que se constituya como requerimiento judicial para determinar la constitucionalidad de la declaratoria emitida por un tribunal ordinario (modelo mixto).

1.3.1. Modelo de control concentrado.

El origen de este modelo fue en Austria con la introducción formal de la Constitución de 1920, gracias al ingenio del jurista Hans Kelsen, este sistema de control de constitucionalidad se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc* (el Tribunal o Corte Constitucional) separado de la jurisdicción ordinaria y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subsisten a los concretos casos de aplicación

mismas.²⁷ Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1983 se le confirió a la Sala de lo Constitucional una competencia especial y exclusiva para ejercer dicho control, de acuerdo a lo estipulado en los Arts. 174 y 183Cn.

1.3.1.1. Sala de lo Constitucional.

La Sala de lo Constitucional ejerce la jurisdicción constitucional, comprende dentro de sus atribuciones la interpretación de la Constitución, para delimitar la distribución del poder y garantizar la protección de los derechos fundamentales que representa una garantía para salvaguardar el funcionamiento de las instituciones y Órganos públicos no quede abandonado al juego arbitrario. De lo anterior se colige que la Sala de lo, Constitucional es un auténtico Tribunal Constitucional, ya que por una parte, ostenta un mandato para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los otros Órganos del Estado, y por otra participa de las propiedades formales y materiales que caracterizan a este tipo de tribunales, tal como se acotó en la resolución de Inconstitucionalidad con referencia 16-2011 de fecha 27-IV-2011, concurren simultáneamente los siguientes aspectos definitorios de un Tribunal Constitucional: A) Es un Órgano constitucional, ya que ocupa una posición relevante en la estructura constitucional, puesto que ella resulta determinante para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución.

En ese sentido, tal órgano recibe directamente de la Ley Suprema su status,²⁸ conformación y competencias –Art. 174 Cn.-;

²⁷Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, (Madrid, CEC., 1992), 77-78 citado por Marina Gascón Abellan, *Interpretación Constitucional*, 2ª edición (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial, 2013), 21.

B) Órgano jurisdiccional: Puesto que su jurisprudencia, diseña toda una red de precedentes que se erigen en fuente del Derecho a los que se atribuye la autoridad de cosa juzgada, y por otra, goza de imperio, por lo que sus decisiones son irrevocables. De ahí que sus decisiones no pueden ser desconocidas por ningún otro Órgano estatal o persona dentro del Estado salvadoreño.²⁹

C) Tribunal independiente, ya que ningún otro Órgano constitucional puede interferir en sus funciones específicas, ya sea avocándose a causas pendientes, revisándose los contenidos de las decisiones, reviviendo las causas ya resueltas, o darle instrucciones sobre su cometido jurisdiccional - Art. 172 inc. 3° Cn.-

D) Es un tribunal permanente: su funcionamiento es de carácter estable y continuo, de la misma manera en que lo es la jurisdicción ordinaria. Con base en ello, las funciones que la Constitución le asigna a la Sala de lo Constitucional no pueden ser ejecutadas por tribunales o comisiones ad hoc o de carácter transitorio.

E) Un Órgano constitucional especializado: Ya que la Constitución ha plasmado específicamente las materias y procesos de los cuales conoce y resuelve: a) las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y

²⁸ A causa de esa circunstancia, la Sala de lo Constitucional es el único Tribunal creado por la Constitución, lo cual le confiere un status especial, cuya importancia se cifra en que sus integrantes son designados directamente por la Asamblea Legislativa, por una tan sola ocasión.

²⁹ Sentencia de Amparo, referencia: 408-2010 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2010).

reglamentos; b) los procesos de amparo; c) los procesos de hábeas corpus y del recurso de revisión interpuesto en tal clase de trámite, cuando su conocimiento atañe a las Cámaras de Segunda Instancia; d) las controversias surgidas entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en los casos a los que se refiere el Art.138 Cn.; y e) los procesos de suspensión o pérdida de los derechos de ciudadanía, en los casos comprendidos en el Art. 74 ordinales 2° y 4°, y en el Art. 75 ordinales 1°, 3°, 4° y 5° Cn., así como los procesos de rehabilitación correspondiente -Arts. 174 Inc. 1°, 183 y 247 Cn.-

Se concluye que la Sala de lo Constitucional, es un Órgano esencial para el Estado de Derecho salvadoreño ya que es el único habilitado para ejercer el control jurídico definitivo de constitucionalidad, en relación de los actos de autoridad, formales y materiales.

A) Su composición: La Sala de lo Constitucional está integrada -de conformidad al Art. 174 Inc. 2 Cn.-³⁰ por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa, en este sentido, dichos funcionarios gozan, no sólo de legitimación jurídica constitucional, sino también la legitimidad democrática derivada, uno de los magistrados electos es el Presidente de la Sala como de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial. Por otro lado, el Art. 11 de la Ley Orgánica Judicial establece que debe existir igual número de suplentes, para el supuesto de que cualquiera de los propietarios no pudiera integrar dicha Sala. En la Constitución, no se regula

³⁰Constitución de la República de El Salvador,(El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983) Art.174 Inc. 2: "La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será elegido por la misma en cada ocasión que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial".

específicamente, lo relativo a los requisitos para optar al cargo de Magistrado de la Sala de lo Constitucional, en virtud de ello, al ser miembros de la C.S.J., le son exigibles los mismos requisitos previstos en el Art. 176Cn., al respecto establece como requisitos, a saber a) Nacionalidad: Ser salvadoreño por nacimiento;³¹ b) Ser de estado seglar: Este requisito es una concreción de las garantías subjetivas de la jurisdicción: La independencia e imparcialidad del juez, "se procura la separación de los asuntos del Estado, de los de la iglesia"; c) Edad: Mayor de cuarenta años, este no es un requisito autónomo, pues además de tener la mencionada edad, se vuelve necesaria, ya sea la experiencia judicial y profesional; d) Técnico: Abogado de la República, este requisito es una manifestación del principio de juez técnico, y es que la función juzgadora debe de ser realizada con sujeción al derecho objetivo y por tanto debe ser un profesional con conocimientos técnicos en éste campo; e) Moralidad y competencias notorias: Se pretende asegurar en el candidato la probidad, honestidad, vocación de servicio, compromiso institucional e independencia y la cualificación técnica y profesional (académica) requeridas para el idóneo desempeño de responsabilidades y funciones inherentes al cargo; f) Experiencia profesional o judicial: Haber desempeñado una Magistratura de Segunda Instancia durante seis años o una judicatura de Primera Instancia durante nueve, o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección; g) Goce de derechos: Estar en el goce pleno de los derechos de ciudadano.

Los Magistrados de la Sala de lo Constitucional son electos por un período de nueve años en un "sistema de renovación progresiva" de la C.S.J. por terceras partes cada tres años, período en el que en todo caso, se nombra al

³¹ Este es el único caso en el que la Constitución de la República de El Salvador, al regular lo relativo a los requisitos subjetivos para optar a la judicatura y magistratura, que exige nacionalidad por nacimiento.

Presidente de la S.C. para justificar, esta ampliación en el plazo de ejercicio se expresó ya que robustecía la estabilidad en el cargo y dificultaba la coincidencia de tal período de elección, con la del Presidente de la República (que es de cinco años, como antes lo era el de los Magistrados), dado que si adoptase un sistema de renovación total, al vencerse el plazo común de ejercicio, se llegaría a la situación inconveniente de que cada cierto lapso cabría la posibilidad de que todos los Magistrados estuviesen en “período de adaptación”.³²

B) Su competencia en aplicación directa del derecho en concreto, se encuentra establecida por nuestra Constitución.

Proceso de inconstitucionalidad: Es una de las competencias nucleares de la Sala de Constitucional -Arts.183 Cn. y 1 Núm.1) y 2 L.Pr.Cn.-, se trata de un control de la constitucionalidad abstracto de disposiciones infraconstitucionales, mediante un juicio de contraste sobre la compatibilidad jurídica de una norma, disposición, reglamento o acto directo de aplicación directa de la Constitución y la Ley Suprema, que se desarrolla dinámicamente en el interior de un proceso jurisdiccional, destinado a decidir sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada por un ciudadano o por funcionarios del Ministerio Público, para emitir consecuentemente -en caso de ser una sentencia estimatoria- un pronunciamiento de invalidación de un modo general y obligatorio las disposiciones que resulten incompatibles con la Constitución de la República, con efectos ex nunc, es decir que surte efecto desde el momento que se produce su declaración.

³²Cayetano Núñez Rivero et.al., El Estado y La Constitución Salvadoreña, (El Salvador: Edit. Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y de la cultura Constitucional en la República de El Salvador), 76.

Proceso de amparo: Su configuración en nuestro país -desde un punto de vista material- es sumamente amplia, son susceptibles de protección a través de este proceso constitucional- Art.174 y 247 Inc. 1° Cn- todos los derechos reconocidos constitucionalmente, excepto el derecho de libertad que es protegido por el habeas corpus o exhibición personal. En el mismo sentido el Art. 12 L.Pr.Cn. procede contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad, no obstante ello, la jurisprudencia de la S.C. ha ampliado este criterio y ha sostenido que también pueden ser objeto de control algunos actos de particulares.³³

Proceso de habeas corpus o exhibición personal: El artículo 11 de la Cn. establece que tiene por objeto proteger a la persona contra: a) Restricciones ilegales y arbitrarias a su libertad personal y b) Atentados contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.³⁴

Es preciso señalar, que para la promoción del proceso de hábeas corpus no se exigen muchos requisitos de naturaleza procesal, entre los que cabe mencionar: a) que no se requiere legitimación activa, pues la petición puede ser presentada por cualquier persona; b) no se exige que la petición necesariamente tenga la forma de una demanda, pues puede ser presentada por carta o telegrama, lo cual implica que los requisitos esenciales son

³³ La pretensión de amparo contra particulares procede, cuando el responsable del acto se encuentra en una posición de poder, de hecho y de derecho, y no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección, o los que existan sean insuficientes para garantizar los derechos constitucionales del afectado. Véase, Sentencia de Amparo, con referencia 103-97 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1998).

³⁴ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983) Art. 11 Inc. 2º: "La persona tiene derecho al hábeas Corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el Hábeas Corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas".

mínimos; y c) no requiere inicio instado cuando hubiere motivo para suponer que alguien estuviese con su libertad ilegalmente restringida, es decir, puede ser iniciado de oficio por el Tribunal.

Controversias entre el Órgano Legislativo y Ejecutivo: Estas controversias surgen en el proceso de formación de la ley³⁵ cuando el Presidente de la República considera inconstitucional un proyecto de formación de ley, el cual a pesar de ser considerado inconstitucional por éste; es ratificado por la Asamblea Legislativa. En tal circunstancia el Presidente del O.J. deberá dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, a efecto de que dirima la controversia planteada con la Asamblea Legislativa, este control realizado en el proyecto de ley es conocido como "control previo de constitucionalidad", pues mediante el mismo se pretenden evitar futuras inconstitucionalidades.³⁶

C) Acción de inconstitucionalidad: El maestro peruano García Velaude dice que la acción es la capacidad de recurrir a los Órganos del Estado en busca de la satisfacción de pretensiones; cuyos titulares son, generalmente, los particulares, pero que pueden serlo otros órganos del Estado, de acuerdo a lo que establezca la ley. Se entiende que la acción de inconstitucionalidad es el derecho reconocido a todo ciudadano -Arts. 18, 174 y 183 Cn.-o al - Ministerio Público- para solicitar ante la Sala de lo Constitucional, o por vía

³⁵ El proceso de formación de la ley se encuentra regulado del artículo 133 al 143 de la Constitución de la República de El Salvador.

³⁶ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983) Art. 138: "Cuando la devolución de un proyecto de ley se deba a que el Presidente de la República lo considera inconstitucional y el Órgano Legislativo lo ratifica en la forma establecida en el artículo que antecede deberá el Presidente de la República dirigirse a la Corte Suprema de Justicia dentro del tercer día, para que ésta oyendo las razones de ambos, decida si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días. Si la Corte decide que el proyecto es constitucional, el Presidente de la república estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley".

excepcional ante un juez ordinario durante el trámite de cualquier proceso. La declaratoria de la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto la expulsión de una o varias normas de rango legal, cuando estas contravienen al orden constitucional, ya sea en su forma, contenido o conexión, o por considerar que existe una omisión advertida por parte del legislador. El derecho de acción corresponde a todo ciudadano, pero es independiente de la legitimación que dicho titular posea en la causa concreta en la que lo haga efectivo, porque esto sólo condicionará el tipo de resolución en el proceso sin que ésta haya podido anular el ejercicio del derecho de accionar el Órgano Jurisdiccional. De esta forma, la legitimación no es condición de la acción, sino de una sentencia favorable, pues la acción no es sinónimo de pretensión -cuya característica es ser concreta y no abstracta-. En sentido técnico procesal, se debe interpretar que la "acción que puede dar inicio del proceso de inconstitucionalidad", no escapa del cumplimiento de determinados presupuestos procesales precisados por la L.Pr.Cn. primero puede iniciarse por tres vías: a) legitimación ciudadana, en tanto puede ser ejercida por cualquier ciudadano; b) legitimación institucional, conferida a las instituciones que integran el Ministerio Público (Fiscalía General de la República; Procuraduría General de la República; y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos); y c) requerimiento judicial (aunque es discutible si efectivamente se trata de un supuesto de legitimación), que consiste en la remisión a la Sala de lo Constitucional, por cualquier juez, de la certificación de la declaratoria de inaplicabilidad en un caso concreto.

1.3.1.2. Tipos de acción de Inconstitucionalidad.

Como es conocido, ante la diversidad de las reclamaciones constitucionales,

que comprende el ordenamiento jurídico constitucional salvadoreño, prevé diversidad de mecanismos de protección de los derechos fundamentales y vías de defensa contra su infracción. Sea por una acción o por omisión estas son las siguientes:

A) Por su contenido: Existe inconstitucionalidad por contenido cuando una ley o disposición contraviene el texto constitucional; y es que, la libertad de configuración del Legislador para conformar una ley debe ser ejercida dentro de los valores y principios constitucionales, cualquiera que sea el contenido, sin embargo, no se puede exceder o quedar bajos lo límites de la Constitución. La ley, por tanto, debe guiarse por la regla de la proporcionalidad, no pudiendo acceder del límite de lo necesario para la tutela de los fines deseados por la norma constitucional, porque al accederlos, estará transgrediendo derechos constitucionales limítrofes como el derecho constitucional por ella tutelado.

B) Por la forma:, se manifiesta cuando la ley o cualquier otra norma no han seguido el procedimiento estructurado en la Constitución-Arts. 133 al 143- o haya sido dictada por un órgano no competente. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la inconstitucionalidad por su forma no pretende proteger cualquier infracción a los requisitos formales del procedimiento de formación de leyes, sino únicamente las que con su desconocimiento, vulneran principios fundamentales que el constituyente reconoció como orientadores e informadores de la actividad legislativa en el procedimiento de formación de leyes.³⁷ En ese sentido, se tiene como principios esenciales del proceso de formación de ley, tales como el

³⁷Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia 41-2000 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2001).

democrático, pluralismo, contradicción, libre debate, regla de la mayoría sobre la minoría, publicidad, entre otros.

C) Por omisión: Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, la Sala de lo Constitucional ha sostenido lo siguiente: Bajo el modelo del Estado actual, los textos constitucionales contienen una serie de mandatos que requieren actuaciones concretas de muchos tipos por parte de los Órganos públicos, tan necesarias son esas actuaciones que no llevarse a cabo, la Constitución podría verse vulnerada. Generalmente, la existencia de este tipo de actuaciones de mayor apertura se traduce en una serie de órdenes al legislador, tales prescripciones, son designadas por la doctrina como mandatos al legislador, no como meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino que son verdaderos mandatos jurídicos que obligan al emisor a conectarlas con otras de desarrollo infra constitucional para perfeccionar su plenitud aplicativa. Establecido lo anterior, se puede conceptuar la omisión inconstitucional como la falta de desarrollo por parte del legislador en un plazo razonable, de aquellos mandatos constitucionales de obligatorio y correcto desarrollo, de forma que impiden su eficaz aplicación. No se trata pues de una simple negativa de hacer, significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, está constitucionalmente obligado. Con esta definición, se puede verificar que la inconstitucionalidad por omisión debe conectarse con una exigencia constitucional concreta de acción. En ese sentido, en la definición del tipo de control que nos ocupa, se conjugan dos elementos trascendentales para determinar cuándo se está en presencia de una Inconstitucionalidad por omisión: Ya sea por la falta de desarrollo y por la ineficacia de las disposiciones constitucionales.³⁸

³⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia: 37-2004 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Considerando III. Apart. 1-3,2004)

D) Por conexión: Este tipo de inconstitucionalidad, es una excepción al principio de congruencia, que inspira todo proceso ordinario; ya que no se limita a lo pedido por el demandante o pretensor; 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 con la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo secundario inicialmente impugnado, no puede consentirse la validez de las mismas, que constituyen el consecuente desarrollo de la que ya ha sido declarada como inconstitucional”. Esta puede producirse en caso, cuando la inconstitucionalidad se extiende hacia otras y diferentes disposiciones, que coinciden juntamente con la norma impugnada, no se pueden conservar también vigentes, ya que son disposiciones que contradicen el fallo pronunciado “ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad, o por constituir disposiciones, cuya única razón de ser, es una regulación instrumental o complementaria, en relación a la norma declarada constitucional”.³⁹

1.3.1.3. Actos sujetos a control de constitucionalidad abstracto en El Salvador.

El objeto de control de constitucionalidad se encuentra contemplado en el marco de la Constitución – en los Arts. 183 y 149 Cn.- lo constituyen las leyes, decretos, tratados internacionales, reglamentos, ordenanzas y todo tipo de actos normativos públicos, de los que se puede reclamar su inconstitucionalidad por contravenir a la norma suprema, estos son:

³⁹ *Ibíd.*

A) *Leyes, decretos ley y decretos con fuerza de ley*: La Sala de lo Constitucional ha sostenido, que el término ley es empleado y referido a la ley en sentido formal, o sea aquella norma jurídica que independientemente de su contenido, fue creada por el Órgano Legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de formación de la ley, el Art.1 del Código Civil⁴⁰ acoge su definición como: Una declaración de la voluntad soberana que, manifiesta por la Constitución, manda prohíbe o permite.

También se circunscriben las normas dictadas con anterioridad a la Constitución vigente desde 1983, incluyendo entre ellas los denominados “decretos-ley” emanados por gobiernos de facto o de transición, instituidos luego de un golpe de Estado; para algunos autores son decretos por su forma y ley por su contenido, a tal punto que muchos de ellos todavía se encuentran vigentes, al haberse aceptado la tesis de la continuidad de los mismos, por razones de seguridad jurídica o para no afectar los derechos adquiridos.

Los decretos llamados de urgencia o necesidad, están contemplados en el Art. 167 Atrib. 6ªCn. que facultan al Consejo de Ministros a suspender y restablecer las garantías constitucionales a que se refieren el Art. 29 Cn.; a los actos que el Ejecutivo dicta sobre asuntos que competen al legislador, se está, en presencia de un Ejecutivo “de jure”, con una Asamblea funcionando, la cual se encuentra en receso cuando se produce una situación excepcional que hay que resolver sin dilatación alguna, el control que se hace es en relación a estos por vicios procedimentales o por falsos motivos que se adujeren para decretar dicho régimen y suspender el ejercicio de derechos.

⁴⁰Código Civil de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860).

B) Los tratados internacionales: Respecto a este punto, la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969⁴¹ entiende por tratado: Un acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos de cualquiera que sea su denominación particular”.

Concepto que posteriormente fue ampliado por la Convención de Viena de 1986 a ciertos actos de las organizaciones internacionales, cabe aclarar que, tal como señaló en su oportunidad la Comisión de Derecho Internacional, la producción de efectos jurídicos o creación de derechos y obligaciones de los tratados está implícita en la frase "regido por el Derecho Internacional”.

El Art. 149 Inc.2 prevé “la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general y obligatorio”, cuando estos afecten una norma constitucional, pues no se tiene en El Salvador el control previo de los tratados de manera obligatoria, es de acotar que esta declaratoria, puede ocasionar problemas de índole internacional al Estado salvadoreño, ya que la ratificación de un tratado es un compromiso internacional, y dejarlo sin efecto por medio de sentencia de orden interno -como la Sala-, puede ocasionar responsabilidad internacional de acuerdo al Derecho Internacional, por el no cumplimiento de los tratados⁴² que no alcanzan rango constitucional, dado que nuestra Constitución no reconoce “el Bloque de Constitucionalidad”, lo que sí ha determinado la jurisprudencia, es que si existe una vulneración al tratado internacional es una violación vía refleja al Art. 144Cn. La S.C. ha acotado lo siguiente: “En conclusión siento que los tratados internacionales

⁴¹ Convención de Viena suscrita el 23 de mayo de 1969 entro en vigor el 27 de enero de 1980.

⁴² Mejía, El control constitucional en el Salvador, 9.

no son parámetro de control de constitucionalidad pues no integran materialmente la Constitución ni forman con ella un bloque de constitucionalidad; y habiéndose reiterado que la solución de los conflictos entre normas corresponde al aplicador del derecho en cada caso concreto – incluida por supuesto esta Sala- sin que ello signifique per se una inconstitucionalidad, se advierte que el conocimiento de la pretensión en el presente proceso(...) escapa de la competencia de esta Sala, debido en consecuencia sobreverse en relación a este aspecto”. (Vid. Sentencia de inconstitucionalidad referencia 24-97 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2000)

C) *Reglamentos*: se clasifican en dos tipos:a) Los de ejecución⁴³ que consisten en decretos emitidos por el Presidente de la República para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes, cuya ejecución le corresponde, dentro de ciertos límites estipulados por las mismas, fijando su contenido para cumplir con su finalidad, consistente en aclarar, precisar y completar la ley, o bien prever aquellos detalles que fueron omitidos por ella; b) Los reglamentos internos, interiores u orgánicos emitidos por un Órgano estatal o ente público investido de la potestad reglamentaria sin relación directa con alguna ley, es decir no depende de una ley específica, sino de facultades propias que otorgas por la Constitución.⁴⁴

D) *Ordenanzas municipales*: Son dictadas en el ejercicio de la autonomía que les confiere la Constitución -En el Art. 204Cn., a los municipios. El Código

⁴³ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente de 1983) Art. 168 Atrib. 14: “Decretar los Reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde”.

⁴⁴ Bertrand Galindo, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, 487.

Municipal⁴⁵ en su Art. 32, las define como: Normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local, por tanto, se constituyen como actos normativos de alcance general de carácter obligatorio que afectan a todo administrado que realice actividades en la circunscripción territorial del municipio.

Las ordenanzas municipales son vinculantes en la circunscripción del territorio municipal, una vez que entren en vigencia, previa publicación en el Diario Oficial, siendo necesario que sean acordadas en atención a lo que estatuye la Constitución y las leyes secundarias que regulen lo atinente a lo que denominamos como: zona de reserva de la administración municipal.⁴⁶

E) Decretos de reforma constitucional: La Sala de lo Constitucional ha determinado que tiene competencia para controlar los decretos mediante los cuales la Asamblea Legislativa acuerda la reforma al texto constitucional, por las razones siguientes: a) La Asamblea Legislativa es un Órgano esencialmente limitado por la Constitución, pues se trata de un Órgano constituido;⁴⁷ b) Este Tribunal tiene una función relevante en la democracia constitucional salvadoreña, pues le ha sido atribuido el máximo control constitucional de las actuaciones públicas en una triple dimensión: normativa, de protección y del ejercicio del poder político; y por último, c) No es de la esencia del control de constitucionalidad el que el objeto de control pertenezca al sistema de fuentes del Derecho, wn ejercicio del poder de

⁴⁵ Código Municipal (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1986).

⁴⁶ Henry Alexander Mejía, Manual de derecho administrativo (El Salvador: Editorial Cuscatleca), 96.

⁴⁷ Como poder instituido, la Asamblea Legislativa está, sometida a la Constitución —que establece jurídicamente sus límites y por ello mismo sus actos pueden ser objeto de control de constitucionalidad.

reforma constitucional, la Asamblea Legislativa no puede cambiar totalmente la Constitución; ni puede cambiarla parcialmente, fuera del procedimiento y de los límites impuestos por el Art. 248 Cn. formales, constituidos por el procedimiento y los materiales o de intangibilidad mediante las cláusulas pétreas que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, irreductibilidad del territorio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, en ese sentido se puede ejercer un control constitucional excepcional para determinar si mediante esas reformas no se han afectado los contenidos pétreos.⁴⁸ A V.gr. encontramos la declaratoria de Inconstitucionalidad⁴⁹ del Art. 1 del Acuerdo de Reforma Constitucional N° 1, adoptado en Sesión Plenaria N° 59 de la legislatura 2009-2012 mediante el cual se acordó la reforma del Art. 126 Cn., por elevar a rango constitucional una desmejora o un retroceso en la situación del derecho fundamental, pretende suprimir derechos fundamentales que fueron concretados en la sentencia de INC., con referencia 61-2009 del 29-VII-2010.⁵⁰

F) Actos políticos o de Gobierno (elecciones de funcionarios de segundo grado y comisiones legislativas): La cuestión del control constitucional de los actos del Gobierno,⁵¹ por parte del Poder Judicial y sus límites frente a los

⁴⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 7-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

⁴⁹ *Ibíd.*, considerando IX. apart. 2-A

⁵⁰ En dicha providencia fueron interpretados sistemáticamente los Arts. 72 Ord. 3° y 126 Cn. "... de ninguna manera excluye que los ciudadanos como tales, ya sea individualmente (candidaturas independientes) o colectivamente (movimientos cívicos), puedan optar al cargo de diputado sin la mediación de los partidos políticos" Aunque el Art. 85 inc. 2° Cn. excluye que otras entidades diferentes a los partidos políticos medien entre los ciudadanos y sus representantes; pero, cuando los ciudadanos ejercen su derecho al sufragio pasivo directamente, no existe mediación alguna.

⁵¹ Dado que por definición el derecho constitucional intenta encuadrar jurídicamente el fenómeno político – que en muchas ocasiones se resiste a ser encasillado- las cuestiones políticas reflejan la eterna tensión que riñe entre el orden jurídico y el orden político en toda construcción jurídico-constitucional. Cf. Alberto, Bianchi, Control de Constitucionalidad, tomo II, (Argentina: Editorial Abaco De Palma, 1992), 149 y ss.

muros del modelo democrático es un permanente debate político y académico en el mundo constitucional. El tema se encuentra relacionado intrínsecamente con el principio de división de poderes y con los límites y facultades de un poder no político (Judicial) frente a los poderes políticos del gobierno (Ejecutivo y Legislativo).⁵²

Hay posturas que niegan la jurisdicción sobre los actos políticos, hasta posturas que aceptan el control de su constitucionalidad. Las primeras sostiene que no deben enjuiciarse los actos de Gobierno y pone el énfasis en la necesidad de impedir el llamado gobierno de los jueces a efecto de resguardar el principio de equilibrio, de la doctrina de separación de los poderes y evitar que un poder quede a merced del otro; a contrario sensu, la concepción amplia reclama la jurisdicción sobre las cuestiones políticas, considerando que la ausencia de control judicial respecto de tal tipo de actos conduce al predominio de los poderes Ejecutivo y Legislativo sobre los jueces.

En este orden, la Sala de lo Constitucional ha emitido resoluciones sobre actos de trascendencia política que fueron calificados como inconstitucionales por transgresión a preceptos de orden constitucional, entre ellas podemos mencionar: La elección del Procurador General de la República, llevado a cabo en 1992;⁵³ la elección de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral en el proceso de inconstitucionalidad con referencia: 7-2011; la elección de Magistrados de la C. S. J. para el periodo 2012-2021 y

⁵² Néstor Pedro Sagues, Manual de Derecho Constitucional, 2ª ed. (Argentina: Ed. Astrea, 2012), 146.

⁵³ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia: 2-1999 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998).

para el periodo 2006-2015; la elección del Fiscal General de la República para el periodo 2012-2015;⁵⁴ la elección de Magistrados para la Corte de Cuentas de la República para el periodo 2011-2014,⁵⁵ la designación del Ministro de Justicia y Seguridad Pública y el Director General de la Policía Nacional Civil⁵⁶; la elección del Licenciado Salomón Padilla Landaverde como Magistrado Presidente de la C.S.J.; la inscripción del señor Elías Antonio Saca González en el Registro de candidaturas a Presidente de la República para las elecciones del 2-II-2014.

También encontramos las sentencias relativas a acuerdos de creación de comisiones legislativas especiales de investigación,⁵⁷ entre ellas la más reciente creada para indagar sobre la elección de Magistrados de la S.C. de la C.S.J. para el periodo 2009-2018. Con las citadas resoluciones la S.C. se declaró competente para ejercer control de constitucionalidad sobre estos actos de Gobierno; bajo este esquema se rompió con vieja línea jurisprudencial,⁵⁸ que los actos políticos no eran revisables judicialmente. La

⁵⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia:29-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

⁵⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 49-2011 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

⁵⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia:4-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

⁵⁷ Acuerdos de Comisiones especiales: i) Para la investigación de resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Cf. Sentencia de inconstitucional, con referencia: 16-1998, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998); ii) Para investigar la conformación de MIDES, Cf. Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia: 60-2003, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005; iii) Para investigar sobre posibles abusos de la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil contra miembros de esa institución, Sentencia de inconstitucionalidad, con referencia: 85-2010, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

⁵⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia: 10-93 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1993). Otro antecedente lo constituye el proceso de inconstitucionalidad seguido para impugnar el veto presidencial por vicio de forma. En este caso, la Sala de lo Constitucional tuvo a bien sobrepasar en la pretensión incoada bajo los argumentos que el veto – como acto político o de gobierno- únicamente puede ser controlado constitucionalmente en cuanto al cumplimiento de sus formas

finalidad que persigue el máximo Tribunal de justicia al juzgar estos actos donde se aplican directamente disposiciones constitucionales es evitar que existan zonas exentas de control constitucional, en este punto, merece la pena reseñar algunas consideraciones sobre las razones que habilitan el conocimiento de su control abstracto de constitucionalidad. La ley de la jurisdicción contencioso administrativo,⁵⁹ que al igual que la legislación española de 1956, en su Art.4 excluyó de su ámbito jurisdiccional los actos políticos, entre otros actos de similar naturaleza. Además, nuestra S.C. expreso que no existe duda de la exclusión de la competencia de esa jurisdicción contencioso administrativo de los actos de gobierno puesto que no se trata de actos administrativos.⁶⁰

Es importante destacar que si bien la doctrina de las cuestiones políticas es típicamente estadounidense no solo en dicho país existen actos excluidos del control judicial, lo que en se ha conocido con el nombre de *political questions*, en Francia fue llamado acto de gobierno -*acte de gouvernement*- noción que luego fue adoptada en España, Italia y Argentina.⁶¹ La Sala de lo Constitucional, -apoyándose en su propia jurisprudencia- indica que es

esenciales. Vid. Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 24-1999, de fecha 8-XII-1999.

⁵⁹ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1978).

⁶⁰ Según la S.C. en el Art. 4 de la LJCA, establece dos categorías de materia ajenas al control judicial. Una categoría son las "materias ajenas" a la jurisdicción contencioso administrativo, y la otra categoría son las "materias excluidas". Las primeras son aquellas actuaciones de la administración pública que no constituyen actos administrativos y consecuentemente no es la Sala de lo Contencioso Administrativo el tribunal competente para su impugnación; y las materias excluidas de la jurisdicción contencioso administrativo, señala dicho Tribunal, constituyen recortes asistemáticos al ámbito normal de su competencia, que dejan fuera de la jurisdicción creada especialmente para la revisión de actos administrativos, una materia eminentemente administrativa, con lo cual convierten el análisis de la legalidad de tales actuaciones en un ámbito exento para el conocimiento de los Tribunales, lo cual es contrario a la "tutela judicial efectiva".

⁶¹ Eduardo García de Enterría et al, Curso de derecho administrativo, 9ª edición, (Madrid: Civitas, 1999), 563–564.

posible excluir algunos actos concretos. Esto sin duda deja entrever que el control de constitucionalidad de dichos actos no es absoluto. Además, la manera indirecta de plantear la excepción de las cuestiones políticas no justiciables sostiene la aseveración de *Seidman* que esta doctrina tiene una vida secreta. Las jurisdicciones que acogen la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, lo han hecho de manera jurisprudencial, pues sus textos constitucionales como el nuestro no la advierten; en ese sentido las resoluciones que señalamos tienen en común que su objeto de control se refiere a actos concretos que se puede considerarse actos políticos o de Gobierno, dictados por un Órgano constitucional mediante la aplicación directa de la Constitución, en función de sus atribuciones políticas, se fundamentan en el principio de la división de poderes, por esta razón se requiere además la existencia de mecanismos de colaboración.⁶²

En vista de que en la actualidad no es suficiente separar las funciones estatales para evitar el abuso del poder, ya que el mismo Constituyente con clara y manifiesta intención de desactivar el sistema de pesos y contrapesos, estableció actos del Poder Legislativo que no exigían la sanción presidencial⁶³ de los decretos de carácter general y abstracto.

En este orden de ideas, la sentencia de la INC. 15-2003 del 21-XII-2007, expresó que el sistema constitucional de controles interorgánicos e intraorgánicos denota una sólida garantía para preservar el orden

⁶²Es viable sostener que el proceso político muestra una constante y recíproca comunicación entre las entidades y órganos constitucionales, sin que se siga de ello una pérdida de independencia e imparcialidad de los órganos que ejercen controles jurídicos.

⁶³Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente, 1983) Art. 135 Inc.2 establece que no será necesaria la sanción del Presidente de la República en los casos de los antejuicios que conozca la Asamblea Legislativa, así como las atribuciones 1,2,3,4,,14,15,16,17,18,19 , 34,36 y 37 del Art. 131 Cn.

fundamental plasmado en la Ley Suprema, pues obliga a que la producción de los actos del Estado se haga por medio de un procedimiento estructurado en varias etapas y con la intervención de diversos entes que se controlen mutuamente.

Desde esta perspectiva, la noción de control constitucional exige que cualquier expresión de los poderes constituidos que transgreda el contenido de los preceptos constitucionales sea invalidada, con independencia de su naturaleza concreta o abstracta. En esta línea, cabe lo sostenido por *Bidart Campos*, el argumento más importante que obliga a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio en cuestiones políticas se centra en el mandato constitucional que reserva al Poder Judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución. Según él, cuando se dice que el Poder Judicial debe conocer todas las causas, no es posible interpretar que existan causas que escapen al juzgamiento.

En efecto, no hay que perder de vista que –como se afirmó en las sentencias de INC. con referencias 19-2012 y 23-2012 de fecha 5-VI-2012,– se trata de la constitucionalidad de actos concretos que aunque no contengan pautas de conducta generalizables en normas jurídicas impersonales y abstractas, son actos de aplicación directa de la Constitución que sí constituyen normas individuales, cuya regularidad jurídica está claramente determinada en el Art. 77-A Inc. 2 L.Pr.Cn., tal es el caso de los actos concretos de elección de segundo grado,⁶⁴ tiene como fundamento la Constitución misma, estos en su incorrecto ejercicio se convierte en parámetro de control; se presenta aquí la

⁶⁴ La S.C., sostuvo en el presente caso, que las elecciones de segundo grado son actos políticos de la Asamblea Legislativa. Cf. Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 2-1999 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998).

vertiente llamada la cuestión política falsa (*faux political question*) de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.⁶⁵

El control constitucional que puede hacerse sobre las comisiones de investigación está justificado en varias razones, no taxativas por supuesto: La primera, porque permite que el tribunal concrete el concepto de interés público o nacional, cuando es el caso; la segunda, garantiza que la mayoría parlamentaria no constituya la comisión en beneficio propio y exclusivo; la tercera, debido a que hace posible que las minorías reclamen que la postura que en su momento sostuvieron en sede legislativa no fue tenida en cuenta (en cuanto a la no conveniencia de constituir la comisión respectiva); y la cuarta, se definen con precisión (caso a caso) los límites, formales y materiales, de tal clase de comisiones.⁶⁶ Sin embargo, también debe reafirmarse que dicha característica no excluye a este tipo de decretos del análisis del cumplimiento de las exigencias constitucionalmente previstas para su adecuada emisión.

1.3.2. Modelo de control difuso.

El sistema de control difuso conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional. El temprano y firme reconocimiento de un valor jurídico supremo de la Constitución implica su aptitud para ser usada por los jueces en la resolución de los casos concretos, cuando exista

⁶⁵ La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiene en su origen en los Estados Unidos de América, en el ya citado caso “Marbury v. Madison”.

⁶⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia: 41-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

prevalencia sobre las leyes en caso de conflicto.⁶⁷ De donde derivaba un corolario: el reconocimiento de un poder a los jueces para inaplicar las leyes y actos del poder contrarios a la Constitución. Es lo que se conoce como *judicial review*.

Para Rubén Hernández, el sistema difuso se da cuando en un ordenamiento jurídico se reconoce indistintamente a todos los jueces el poder-deber de determinar preliminarmente la conformidad de una norma aplicable al caso concreto con la Constitución y otorgándole la consiguiente potestad de no aplicarla en la hipótesis de que en su criterio sea inconstitucional.⁶⁸

En El Salvador el control difuso se realiza mediante la potestad-deber reconocida a todo juez en el Art. 185 Cn., en relación al Art. 77-A L.Pr.Cn., denominada como inaplicabilidad, mediante la cual se debe enjuiciar previamente la constitucionalidad a instancia de parte o de oficio, de una ley o disposición, de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o sea el fundamento de las resoluciones que se pronuncie en el mismo, la puede declarar inaplicable al dictar una sentencia, ya sea interlocutoria o definitiva.

1.3.2.1. La potestad-deber de cualquier juez.

El Art. 185 Cn., establece esa potestad-deber de cualquier juez -incluida la Sala de lo Constitucional- *de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (Art. 172 Cn.),

⁶⁷ Gascon Abellan, Interpretación Constitucional, 20.

⁶⁸ Rubén Hernández, El Control de la Constitucionalidad de las leyes (Costa Rica: Ediciones Juricentro, 1978), 49.

administrando pronta y cumplida justicia (Art. 182 Atrib. 5ª Cn.) que implica considerar que tienen el poder para decidir en un caso concreto, si una ley, disposición o acto es contrario a la Constitución, inaplicandola para que no surta efecto dentro con efectos concretos, a comienzos del siglo pasado Hans Kelsen la denominó como una de la “garantías objetivas de la Constitución”. De lo anterior se infiere que la potestad –deber que se constituyen como preceptos impero atributivos-, en el sentido de que a la par que confieren una competencia, potestad-función o atribución, a su titular también le imponen el deber de hacer uso de ellas. En definitiva, se trata de funciones preceptivas y no de facultades o derechos renunciables:⁶⁹

En cuanto a la potestad de inaplicabilidad la Sala de lo Constitucional fue objeto de controversias por diferentes sectores al pronunciar la resolución con referencia 15-11 de fecha 6-VI- 2011 que declaro inaplicable la reforma al Art. 14 de la L.O.J. emitida por D. L. N° 743, de 2-VI-2011, publicada en el D.O. N° 102, tomo 391, correspondiente al 2-VI-2011; porque preciso que se vulneraba:

a) El proceso de formación de la ley -Art. 135 Cn.- ya que fue aprobada con dispensa de trámite sin que para ello existiera motivo alguno de carácter urgente que haya justificado dicho proceder; b) El principio de separación de poderes -Art. 86 Cn.-, y c) El carácter colegiado de la Sala de lo Constitucional -Art. 186 Inc. 3° Cn.- por obstaculizar los principios de legalidad y deliberación que caracterizan a la toma de decisiones-; y d) El derecho acceso a la jurisdicción -Art. 2, en relación con el Art. 182 Atrib. 5° Cn. de toda persona obtener una resolución de fondo, motivada y

⁶⁹Bertrand Galindo, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, 529.

congruente, y en un plazo razonable. No obstante lo anterior, ya existía un precedente jurisprudencial de la Sala de de lo Constitucional, aplicando dicha potestad en el caso Barrera vs Consejo Municipal de Nueva San Salvador en el cual declaro inaplicar el Art. 54 del Código Municipal.⁷⁰

1.3.2.2. La acción de inaplicabilidad.

La inaplicabilidad o desaplicación es la institución más característica del sistema difuso de control de constitucionalidad, la Sala de lo Constitucional se ha referido a la inaplicabilidad a través de su jurisprudencia en los siguientes términos: “Facultad de todo tribunal de privilegiar la aplicación de la normativa constitucional cuando resulte contradicha por la legislación secundaria, por un tratado o por cualquier decisión adoptada por un Órgano internacional o supranacional. Esto es así, porque la responsabilidad de defender el orden constitucional corresponde tanto a los tribunales ordinarios como a la jurisdicción constitucional”.

Sobre la base del Art. 185 Cn.,⁷¹ se extrae que todo juez unipersonal o colegiado -incluida la SC- tiene la potestad de declarar la inaplicabilidad cuando advierta de oficio o a petición de parte por la vía incidental, que una ley, disposición o acto, cuya validez es relevante para la tramitación del proceso o para fundamentar la resolución -sentencia o interlocutoria- que se pronuncie en el mismo, se encuentra en contradicción con la Constitución ya

⁷⁰ Sentencia de Amparo, con referencia 265-97 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998).

⁷¹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983) Art. 185: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos que tenga que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

sea por un vicio de forma, contenido o por su conexión debe preferirse la Ley Suprema sobre cualquier otra norma dentro del ordenamiento jurídico Art.246 Cn.

Es de agregar que el artículo en comento alude "en los casos en que tenga que dictar la sentencia", debe entenderse que dicho término hace referencia, in lato sensu, no sólo a la sentencia definitiva -aquel acto de juez que por excelencia decide el fondo de la pretensión- sino también a las sentencias interlocutorias, comúnmente denominadas autos, que se pronuncien en el procedimiento de ejecución de la sentencia de fondo al advertir el juzgador que la disposición o acto normativo no admite una interpretación conforme a la Constitución, siendo procedente inaplicarla por ser inconstitucional.

Por otro lado, en la L.Pr.Cn., antes de la reforma⁷² del año2006 la desaplicación tenía un desarrollo incipiente, en la aludida reforma se adiciono la denominada inaplicabilidad -enlos Arts. 77- A al 77-G-, no solo modifiko el régimen jurídico del control difuso sino que extendió su competencia a aquellos actos subjetivos tanto públicos y privados que vulneran a la Constitución.

1.3.2.3. Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad.

Doctrinariamente no existe un criterio uniforme en torno al tema, en vista de esto se ha generado diversas opiniones, según Bertrand Galindo y Tinetti es

⁷² Reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales (El Salvador, Asamblea Legislativa mediante Decreto Legislativo N° 45, de fecha 6-VII-2006, publicado en el Diario Oficial N° 143, Tomo N° 372, de fecha 7-VIII-2006).

un medio procesal de control de constitucionalidad.⁷³ Otra postura sostiene que la inaplicabilidad es un incidente⁷⁴ que se origina en el curso de un proceso de cualquier naturaleza, a solicitud de uno de los litigantes-Inc. 1 del Art. 77- A L.Pr.Cn.-

El objeto del proceso en estos casos, es un litigio entre las partes, que no se confunde con la cuestión constitucional, con esto no significa que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad una ley, disposición o acto concreto no pueda realizarse de oficio.

La naturaleza de la inaplicabilidad no ha sido del todo descifrada, sin embargo, nos parece más atinado considerar que es un incidente ya que obliga a cualquier juez dentro de un proceso a examinar la compatibilidad de la ley, disposición o acto con la norma suprema, para resolver sobre el asunto principal.

1.3.2.4. Criterios mínimos para decidir la inaplicabilidad.

En principio es aceptado que la inaplicabilidad de una ley, disposición, tratado internacional o acto subjetivo sea cuestionado de ser aplicado ya que de su validez depende el trámite de un proceso en concreto o la fundamentación de una resolución que se pronuncie en el mismo; es difícil concebir la idea que un juez ordinario inaplique una norma secundaria que

⁷³Bertrand Galindo, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, 542.

⁷⁴ Según el conocido tratadista Gonzaini, el incidente es un proceso autónomo despojado de las severidades del principal y, esencialmente, de las pretensiones que en el mismo operan. Significa, básicamente, resolver cuestiones vinculadas con el tema decidendum pero con autonomía suficiente por la entidad e importancia de su temática.

no tiene relación con el proceso en conocimiento, puesto que estaría contraviniendo la misma Constitución. Vescovi, sostiene que al desaplicar o inaplicar debe respetarse como garantía del debido proceso el “principio de contradicción”, lo cual a su juicio, impone oír a la contraparte del que plantea la inconstitucionalidad por vía incidental, y cuando el juez de oficio plantea la cuestión. Con relación a la declaratoria de inaplicabilidad es de acotar que debe reunirlos presupuestos básicos derivables de los Arts. 77-A al 77-C de la L.Pr.Cn., entendiendo por tales: a) La relación directa y principal que debe tener la disposición inaplicada con la resolución del caso o con una providencia de la cual depende su tramitación; b) La inexistencia de pronunciamiento, por parte de la S.C., respecto de la disposición inaplicada; c) El Juzgador debe realizar un examen jurídico formal, mediante el cual compruebe que la disposición o acto en cuestión ha sido promulgada conforme al procedimiento constitucionalmente exigido y un examen jurídico material, a través del cual constate la conformidad del contenido con la Constitución,⁷⁵ finalmente el último requisito ha sido reiterado por nuestra S.C.es d)Que la disposición inaplicada, debe indicarse la norma o principios constitucionales supuestamente vulnerados y las razones que sirven de fundamento a la inaplicación.⁷⁶

1.3.2.5. Actos sujetos a la inaplicabilidad.

Dentro de las normas sometidas como objeto de control de la inaplicabilidad son las siguientes: Las leyes o disposiciones de otros Órganos -Art. 185 Cn.

⁷⁵ Auto pronunciado en el proc. de inconstitucionalidad, con referencia: 15-2011 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

⁷⁶Auto pronunciado en el proc. de inconstitucionalidad con referencia: 37-2011, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

y Art. 77-A Inc.1 L.Pr.Cn-, los tratados internacionales -Art.149 Inc.1 Cn.- y los actos jurídicos subjetivos tanto públicos como privados Art. 77 -A inc.2 L Pr- contrarios a los preceptos constitucionales.

A) *Ley o disposiciones de otros órganos:* Según el profesor García Máyne desde el punto de vista de la fuente los preceptos de derecho pueden ser formulados por Órganos especiales (poder legislativo) a través de un proceso regulado formalmente, y se les da el nombre de leyes o normas. En el sistema jurídico salvadoreño, se le denomina ley a la normativa que condicionada a los requisitos que enumera la Constitución es aprobada por la Asamblea Legislativa, una vez sea sancionada por el titular del Poder Ejecutivo y es publicada en el Diario Oficial, y posteriormente transcurrido un plazo adquiere fuerza obligatoria.

B) *Tratados internacionales:* Según el Art. 168 Atrib. 5a Cn., corresponde al Presidente de la República la celebración de tratados y convenciones internacionales -Art. 168 Atrib. 4a Cn.,- debido a que se encuentra estrechamente vinculada a la negociación y manejo de la política exterior de El Salvador, por la magnitud de esta actividad no puede ser desarrollada directamente en todos los supuestos por este funcionario directamente en razón de ello, delega la potestad de mérito específica al Ministro de Relaciones Exteriores -Art. 32 Ords. 1º y 2º del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo-. Además, el Presidente puede delegarla a otros funcionarios de su gabinete cuando lo estime necesario.⁷⁷ En el mismo sentido, para que los tratados puedan ser incorporados a al ordenamiento jurídico salvadoreño, primero debe estar aprobados por el Derecho

⁷⁷ No debe olvidarse que el Órgano Ejecutivo salvadoreño presenta una estructura vertical, en donde la influencia del Presidente en cualquier funcionario de su gabinete es directa.

Internacional y segundo serán válidos si están conformes a las disposiciones constitucionales ya se encuentran en una posición de subordinación a la Constitución, de conformidad con lo establecido en los Arts.144 y 145 de la misma. De tal suerte que según lo establecido en el Art. 149 Inc.1Cn.,⁷⁸cualquier juez puede declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de un tratado con pretensión de ser derecho vigente. En nuestro país en materias en que exista reserva de ley de acuerdo con la Constitución, o decisiones que se arroguen facultades de órganos constitucionales y que no tengan sustento en sus propias competencias establecidas por el Derecho de Integración.

C) Actos subjetivos públicos y privados: La posibilidad de controlar los actos subjetivos públicos o privados se encuentra determinada por el Art. 77-A Inc. 2° de la L.Pr.Cn., este tipo de actos aplicativos revisten la naturaleza jurídica de actos concretos, pero generan normas individuales respecto de sujetos determinados y son susceptibles de ser controlados por la vía de la inaplicabilidad cuando se encuentran viciados en su forma o en su contenido, especialmente, cuando la autoridad que los emitió ha infringido algún precepto, principio o garantía constitucional o ha vulnerado derechos fundamentales.

Según la jurisprudencia constitucional, los actos subjetivos públicos consisten en aquellas decisiones o resoluciones emitidas por una autoridad que crea o modifica situaciones jurídicas particulares y concretas,

⁷⁸ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente, 1983) Art. 149: “La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia”.

produciendo efectos individualmente considerados. Este tipo de actos se traduce en la creación o modificación de un conjunto de derechos, deberes, obligaciones, atribuciones o competencias, reconocidos a favor de un individuo o de un determinado número de personas. Por ello, cuando se enjuicia la constitucionalidad de este tipo de actos mediante el control difuso, la inaplicación incide en su eficacia y validez al mismo tiempo. A V.gr., se encuentra la resolución de la Sala de lo Constitucional, con referencia 23-2012 del 25-VI-2012, que declaró inaplicable por inconstitucional la resolución emitida por la Corte Centroamericana de Justicia del día 21-VI-2012 y *sus consecuencias*, por violación a los Arts. 89 y 183 Cn.⁷⁹

En el mismo sentido encontramos el auto de 13-VIII-2013 pronunciado en el proceso de INC., con referencia 77-2013 de fecha 14-X-2013, la Sala de lo Constitucional determino que las resoluciones emitidas por la S.C.A. en los procesos contencioso administrativos 328-2013, 344-2013 y 345-2013 no produjeron ni producirán efecto constitucional alguno, pues su inaplicabilidad se extendió tanto a su validez como su eficacia; precisamente porque se trata de actos subjetivos que agotan sus efectos en una sola aplicación.⁸⁰ Por otro lado, a nivel doctrinario e incluso jurisprudencial no se encuentra precisión alguna sobre los actos subjetivos privados, salvo algunas acotaciones como la del jurista español José María Ayala, en alusión a la existencia del proyecto de Ley de Contratos de la Administración del Estado que en su Art. 7 señalaba que los contratos celebrados por las Instituciones públicas con particulares, deben de regirse por las normas de Derecho Privado, pues no existe razón para que la Administración-que en este ámbito

⁷⁹ La S.C. indicó que la Corte Centroamericana se auto-atribuyo una competencia que no respeta el orden constitucional y excede el ámbito material del Derecho de Integración.

⁸⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad con referencias: 77-2013 Acum.97-2013 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

actúa como un particular más que ostenten prerrogativas que provoquen una desigualdad entre los contratantes⁸¹, de ahí la necesidad de recoger la doctrina francesa de los actos separables.⁸²

1.3.2.6. Efectos de la declaratoria de inaplicabilidad.

Los efectos del control difuso suelen limitarse a los casos concretos en donde se verifica la incompatibilidad constitucional de la legislación secundaria, afectando solo su eficacia mas no su validez; para el caso la sentencia interlocutoria o definitiva en la cual el juez declarara inaplicable una ley, disposición o acto contrario a la Constitución en un proceso concreto, genera efectos constitutivos *sin casuet inter partes*, es decir, solo en relación a las partes en el proceso concreto en la que aquélla se arroga, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares extraños a la relación procesal.

El Dr. Tinetti dice que los efectos de la inaplicabilidad, son naturalmente "inter partes"; ya que afectan sólo al caso controvertido y a las partes que en

⁸¹ Ley de contratos de la Administración del Estado (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, anteproyecto de ley abril de 1997) Art. 7 señala: "los contratos celebrados por las Instituciones, tales como los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles y valores negociables, o los contratos de obras materiales o inmateriales destinados a fines patrimoniales, pecuniarios o lucrativos de las Instituciones, son de Derecho Privado".

⁸² La comisión redactora del proyecto de ley de procedimientos administrativos consideró que debía seguirse con la doctrina francesa de los actos separables, nacida en el campo de la contratación administrativa, que considera que los procedimientos que tienen por objeto dictar actos de carácter privado deben someterse a las mismas normas que presiden cualquier actuación administrativa, y los actos procedimentales deben ser fiscalizados del mismo modo que aquellos que tienen por objeto resoluciones finales sujetas a Derecho Administrativo. Cf. Sentencia definitiva con referencia 129-S-2001 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia 2002).

él han intervenido. La norma inaplicada no es afectada, permanece vigente y sigue siendo susceptible de aplicación tanto por otros tribunales o jueces como por aquél que la inaplicó, ya que éste no está jurídicamente vinculado por la decisión precedente.⁸³

Por otro lado, algunos juristas consideran que la sentencia que declara la inaplicabilidad no es vinculante para otros jueces ordinarios, pero si en cuanto al mismo juez que dicta la misma, ya que estará obligado por su precedente jurisprudencial, a resolver los casos que fueren similares, a contrario sensu tendrá que fundamentar dentro del fallo su cambio de criterio.

1.3.3. Modelo de control mixto.

El modelo mixto, significa la creación de un *tertium genus* que combinando ambos modelos y sin llegar al eclecticismo, arriba a una nueva formación que une las ventajas de los sistemas que sintetiza, mediante una fusión armónica.⁸⁴

En el país, no se cuenta con un modelo de control abstracto europeo-kelsen-puesto que no tenemos un Tribunal Constitucional fuera del seno del Órgano Judicial (Art. 172 y 185 Cn.); nuestro control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces de la República -incluyendo a la S.C.- no tiene unificación de criterios de carácter obligatorio, situación que el legislador de la época, a través del Art. 77 L.Pr.Cn., pretendió solventar mediante un

⁸³José Albino Tinetti, "La Justicia Constitucional en El Salvador" (El Salvador: Escuela de Capacitación Judicial Doctor Arturo Zeledón Castillo, 1991), 60.

⁸⁴García Belaude, Derecho Procesal Constitucional, 14.

mandato legal, que los obliga a remitir la certificación de la resolución de inaplicabilidad debidamente motivada a la Sala de lo Constitucional, para que realice el examen de constitucionalidad con el propósito de hacerla general y obligatoria para todos, si resultare estimatoria (Art.77-F L.Pr.Cn.)

Por Lo anterior se puede colegir, que se encuentra instaurado un *modelo mixto relacional*, donde en ambos controles mencionados (el concentrado y el de jurisdicción difusa) pueden apreciarse su tendencia a la unificación que permite abordar de manera unitaria los límites de la justicia constitucional, y los problemas que se plantean, aun cuando cada uno de ellos presentan sus particularidades.

La reforma -a la Ley de Procedimientos aludida-, se considera que no fue la más acertada, ya que se tenía que reformar también los Arts. 185 y 174 ambos de la Constitución (1983) en relación con la L.Pr.Cn. (1960), que tiene carácter legal secundario; porque si bien, el modelo mixto- relacional ahora plasmado en nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño, se asemeja al modelo español solo es cuanto a someter las decisiones de los tribunales ordinarios al Tribunal Constitucional.⁸⁵

⁸⁵ Mejía,Control de constitucionalidad en El Salvador, 21.

CAPÍTULO II

LA TUTELA CAUTELAR.

2.1. Las medidas cautelares.

La actividad cautelar ha cobrado importancia a través de los años, en el ámbito del Derecho procesal. Llegado a representar un componente esencial para asegurar el asunto principal, ya que brindan un aseguramiento provisorio e inmediato sobre lo solicitado y una protección mediata al pretensor o demandante, de manera tal que su objeto es alcanzar la plena realización de aquello que se decida sobre el fondo. En otras palabras, son instrumentos que permiten alcanzar en la realidad, lo pretendido por demandante al iniciar un proceso. Previo a desarrollar la temática cautelar propiamente dicha, es necesario referirse brevemente a sus orígenes más característicos.

2.1.1. Orígenes de la tutela cautelar.

La institución de la tutela cautelar ha sido conocida desde la antigüedad, su regulación y configuración doctrinaria ha seguido evolucionado y consolidándose a lo largo de los siglos en función de las necesidades prácticas, los conflictos con relevancia jurídica y los requerimientos económico-sociales. En su recorrido histórico, puede distinguirse tres grandes momentos: época de los orígenes, época de la responsabilidad y la época del control judicial.

2.1.1.1. Época de los orígenes en Roma.

Como en muchas áreas del derecho, las medidas cautelares han estado vinculadas en el pasado a instituciones de orden sustantivo, es importante el estudio de esta figura que representa parte de las raíces en el Derecho Romano.⁸⁶ Para muchos doctrinarios la figura del *interdictum* es uno de los antecedentes más remotos de las medidas cautelares, este podía ser dictado en tres sentidos como interdicto exhibitorio, restitutorio o prohibitorio, dependiendo si el mandato del pretor ordenaba la exhibición, la restitución o la prohibición de cierta cosa, y se otorgaba con base a una solicitud, con la finalidad de que una de las partes, en un futuro litigio, guardara el bien litigioso hasta la sentencia de fondo; principalmente, debemos referirnos a los interdictos posesorios en los cuales el magistrado popular disponía la prohibición de innovar sobre una situación controvertida.⁸⁷

Estudiosos del Derecho Romano han constatado la existencia de otras instituciones que jugarían un papel similar al de la tutela cautelar tal y como se le conoce hoy en día. En criterio de Rangel Romberg la *cautio*, la *operis novinuntiatio*, la *missio in possessionem*, *restitutio ad integrum*, el *nexum* y la *pignoris capio* constituyeron diversos medios de asegurar los derechos, que se llevaban a efecto a través de estipulaciones pretorias y ha dado origen a las medidas preventivas del derecho moderno, estipuladas en los diversos sistemas positivos. Esta etapa corresponde al proceso romano y al Derecho

⁸⁶ Esto no es más que un ejemplo de la clara tendencia que ha tenido el desarrollo del derecho, pues muchas instituciones han surgido en la parte sustantiva y luego se apropian de lo procesal.

⁸⁷ Vittorio, Sciajola, Procedimiento Civil Romano, (Argentina: EJE, 1954), 315-316 citado en Antonio, Pérez, Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 25.

medieval en los que la tutela cautelar era una institución circunstancial y accesoria en el litigio y tenía una regulación escueta orientada a la protección de situaciones concretas: representa la infancia de la tutela cautelar. El profesor Ramos Romeu llama a este momento, época de la marginalidad, empero, más que marginalidad se trata de un momento de desarrollo incipiente y limitado a determinadas instituciones jurídicas, con un tratamiento marcadamente sustantivo.⁸⁸

2.1.1.2. Época de la responsabilidad: s. xix.

Se ingresa a esta época en el siglo XIX cuando la sanción de nulidad sobre la transmisión de los bienes litigiosos es derogada por no responder a las necesidades de la incipiente economía de mercado. En este momento de evolución de la tutela cautelar se produce el acceso a un sistema de responsabilidad para el solicitante de la medida; integrándose en el ámbito de protección cautelar al propio afectado con la medida, ante el eventual desamparo de la pretensión principal. La construcción de las bases de la teoría cautelar es obra y mérito de la doctrina italiana, en este estadio se desarrollan importantes estudios sobre las figuras cautelares, por los procesalistas civiles, como Mortara y Mattiolo, posteriormente, hasta su desarrollo en la mejor época de la doctrina procesal, con estudios como los de Chiovenda, Calamandrei y Carnelutti. La tutela cautelar empieza a cobrar mayor importancia práctica y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla en forma sistemática; las medidas cautelares pasan a tener una regulación más amplia, se acrecientan en especie y se permite su aplicación en un mayor número de casos.

⁸⁸Francisco Ramos Romeu, Las medidas cautelares civiles, (Barcelona: Atelier, 2006), 54-63.

2.1.1.3. Época del control judicial: S. xx.

En el siglo XX se produce una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar; este cambio está representado por la delegación al juez, de la responsabilidad de establecer las circunstancias en que una medida es óptima, es decir, por el establecimiento de un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar. La ley generaliza las circunstancias que hacen deseable la tutela cautelar y lo deja a la decisión del juez a la vez que incrementa el número de medidas cautelares que pueden adoptarse y unifica el procedimiento para su adopción, todo esto se produce en el contexto de una economía de mercado que se consolida y requiere de los Órganos jurisdiccionales cada vez respuestas más rápidas y efectivas, lo que lleva a la doctrina a centrar su atención en la institución. Acertadamente señalaba Ramos Romeu, hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución y el control judicial de los presupuestos de la cautela.

2.1.1.4. En el ámbito nacional.

No existe antecedente histórico acabado respecto de lo que hoy en día se conoce como medidas cautelares, providencias cautelares o procedimiento cautelar, no obstante se puede hacer mención de algunas instituciones del derecho procesal civil, que abonaron como antecedentes directos al sistema cautelar aun presente. La legislación procesal salvadoreña data del año 1862, mediante el decreto de las Cámaras Legislativas, se autorizaba para comisionar a un grupo de abogados entre ellos el célebre presbítero y Doctor

Isidro Menéndez, para redactar el primer proyecto de Código de Procedimientos Civiles, en consecución se dio inicio a todo un proceso de perfeccionamiento, con las más importantes reformas realizadas entre los años 1879 a 1882.

En el Código Procedimientos Civiles se regulaban instituciones cautelares dentro de los denominados “actos previos a la demanda” encontramos la figura del secuestro preventivo de bienes⁸⁹ -Art. 143 Pr.C.- era aplicable tanto para bienes muebles como inmuebles, o un conjunto de bienes, para que una persona distinta a la relación material, los tuviera bajo su poder en depósito o los administrará, según su naturaleza y utilización, a nombre y orden de la autoridad judicial, este tipo de cautela era eminentemente patrimonial. Situación particular sucedía en el proceso ejecutivo donde la adopción de la medida cautelar era un embargo preventivo -Arts.586 y 658- exigía la existencia de un título ejecutivo, que traían aparejada la ejecución.

En materia procesal constitucional las medidas cautelares aparecen con la ley de amparo decretada el 21 de agosto de 1886, que regulo por primera vez la posibilidad de decretar suspensión de la ejecución del acto que se demanda, específicamente en su Art. 5⁹⁰ dicha norma fue retomada con la posterior ley de amparo -promulgada el 31 de enero de 1939-, en su Art.7

⁸⁹ Para algunos tratadistas no se considera un antecedente de las medidas preventivas, ya que esta institución nació como contrato y por ende una naturaleza consensual y no magistral.

⁹⁰Código Procedimientos Civiles (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1881) Artículo 5° “Cuando el actor pidiere que se suspenda desde luego la ejecución del acto que es objeto de la demanda, la cámara previo informe de la autoridad ejecutora, quedará dentro de veinticuatro horas, correrá traslado al fiscal respectivo, quien contestará dentro de igual término. Si la suspensión fuere de urgencia notoria, la Cámara resolverá a la mayor brevedad posible y, con sólo el escrito del actor. Esta resolución no admite más recurso que el de responsabilidad”.

indicaba que la suspensión no era urgencia notoria, se le confería audiencia a la autoridad demanda y no se corría traslado al fiscal, otro de sus aportes que no tenemos que dejar desapercibido es la contribución a la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley en el caso contemplado en el Art. 129 de la Constitución de 1939.

Las leyes de amparo de 1886 y la 1950⁹¹ regulaban de igual forma el contenido del Art.5 respectivamente, diferencian dos supuestos específicos para decretar la suspensión de la ejecución del acto, el primero cuando la medida cautelar no tenía carácter urgente, hipótesis que conlleva la apertura de un incidente en el Tribunal Competente previo a resolver sobre su adopción, le confería en forma sucesiva audiencia a la autoridad demanda y traslado al fiscal, por el plazo de veinticuatro horas y el segundo cuando era de urgencia notoria, hipótesis en la que era decretada con la sola vista al escrito de la parte pretensora.⁹²

Finalmente, es de señalar que las tres leyes de amparo relacionadas contiene disposiciones vinculadas con el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Competente en la tramitación del amparo, en virtud de eso, en el supuesto que la autoridad demanda no cumpla con la resolución que ordena la suspensión del acto reclamado, aquel se le comunicaría al superior jerárquico de esta, y en caso de no cumplir “ se pediría al Poder Ejecutivo el uso de la fuerza armada para hacer cumplir sus

⁹¹ Ley de amparo, (El Salvador Asamblea Legislativa de El Salvador, 1950) -Derogada- era una adaptación del decreto respectivo de 1886.

⁹²Manuel Arturo, Montecino Giralt, Las Medidas Cautelares en el Amparo Salvadoreño, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, coords Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldivar Lelo De Larrea, Edición Salvadoreña a cargo de Salvador Enrique Anaya, (El Salvador: Talleres Gráficos UCA, 2013),.130.

providencias”. No obstante lo anterior, el acto reclamado se consumía de un modo irremediable, se ordenaba a procesar al funcionario responsable.⁹³

La ley de amparo de 1950 en su capítulo II, específicamente sus Arts.18 al 24, contenía la novedad de introducir la suspensión provisional del acto reclamado y la resolución definitiva sobre la suspensión del acto reclamado, que podría ser revocada en cualquier momento del proceso de amparo, siempre que el Tribunal Constitucional lo estimare procedente. Además, la Sala de Amparo podría pronunciarse en este respecto aunque las partes no solicitaran la suspensión.

2.1.2. Definición de las medidas cautelares.

Según el diccionario de la Real Academia española la palabra *medida* tiene múltiples acepciones pero se acoge la que atiende a la idea de prevención o disposición. Ahora bien si nos trasladamos a la idea de prevención es preparación que se hace anticipadamente para evitar un riesgo; y disposición es todo medio que se emplea para ejecutar un propósito o para evitar un mal. Podemos colegir que la palabra medida por si misma contiene la idea de una decisión cautelar. En cuanto al vocablo cautelar (del latín cautela) es un verbo transitivo que siguiendo al mismo diccionario tenemos que significa: prevenir, precaver, a su vez estos verbos presentan las ideas siguientes: prever, evitar o impedir algo, advertir, informar o avisar a alguien de algo, anticiparse a un inconveniente o dificultad. En la doctrina el termino medidas se agregan diversos complementos como: precautorias, preliminares, previas, preparatorias, preventivas, provisionales de cautela o cautelares.

⁹³ Ibíd, 131.

Por esta razón, no se ha establecido consenso respecto a las señaladas medidas cautelares, el maestro italiano Chiovenda las denomina medidas provisionales de cautela o conservación;⁹⁴ Redenti, habla de procedimientos cautelares, Calamandrei de providencias cautelares, porque se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales;⁹⁵ y Alsina como medidas precautorias; Carnelutti se refiere a estas como un proceso cautelar.

Sin embargo, la denominación de esta institución jurídica, ha sido uno de los primeros problemas que la doctrina debatió asumiendo una u otra posición. Podetti lo expresaba en los siguientes términos: Si se busca su nombre en la pretensión tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si es en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por resolución, sentencias o decisiones cautelares. Pero, con ninguna de esas designaciones se logra una idea integral de la institución, aparte de que, pueden dar lugar a equívocos.⁹⁶

Previo a brindar definiciones de las medidas cautelares comprendemos que esta institución cubre todas las opiniones procesales, sean estas civil, penal administrativa, constitucional etc. Calamandrei las define como aquellas resoluciones dictadas durante el curso del proceso que tienen como finalidad "...otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la

⁹⁴Giuseppe Chiovenda, Instituciones de derecho procesal civil, t. I, (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936).

⁹⁵Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, trad. Santiago Sentís Melendo, (Argentina: Editorial bibliográfica, 1945), 31, 36 -37.

⁹⁶Ramiro Podetti, Tomo IV: Tratado de las medidas cautelares, Derecho procesal civil, comercial y laboral (Argentina: Edic. Ediar S.A. Editores, 1956), 11.

providencia definitiva para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma.

Martínez Boto, afirma que las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es prima facie es verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.⁹⁷ El emérito doctor Héctor Fix Zamudio, dice que: "...son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia de litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes, o a la sociedad con motivo de la tramitación de un derecho".⁹⁸

El autor de mucha influencia en la doctrina Argentina y latinoamericana, Podetti señala que las medidas cautelares son actos procesales del Órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio o para seguridad de personas o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo que puede ser o no definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces.⁹⁹ De manera particular, se establece que las medidas cautelares se constituyen como instrumentos procesales ordenados por el juez de oficio o a petición de parte, mediante un juicio sumario en el cual se tiene por acreditados en prima facie la verosimilitud de un derecho amenazado y el

⁹⁷ Raúl, Martínez Botos, Medidas Cautelares (Argentina: Editorial Universidad, 1996), 71.

⁹⁸ Hector Fix Zamudio, Diccionario jurídico mexicano, t. I-O (México: Porrúa-UNAM, 1997), 2091, voz: medidas cautelares,

⁹⁹ Podetti, Tomo IV: Tratado de las medidas cautelares, 136.

peligro de la demora para obtener la decisión sobre el proceso principal, ya que pretenden garantizar la tutela judicial efectiva y la pronta y cumplida justicia, evitando volver ineficaz la sentencia en la realidad.

2.1.3. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

Como lo hemos indicado en el punto anterior al referirse al instituto cautelar se utilizan diversas nociones, es equiparable esta situación a su naturaleza, ya que en la doctrina no existe un criterio uniforme respecto a este tema. En primer lugar, compartimos la postura de diversos autores que coinciden en excluir la calificación de acción como su naturaleza, ya que desde una concepción moderna entendemos que la acción es solo una y eso impide su fraccionamiento.¹⁰⁰ En tal sentido, a efectos de precisar sobre su verdadera naturaleza jurídica, debemos dirimir si se trata de una institución procesal dentro de un proceso o si estamos en presencia de un proceso autónomo, aunque accesorio de un proceso principal.

La primera de las corrientes tiene gran influencia de Calamandrei,¹⁰¹ que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, ya que no tienen una estructura exterior constante que permitan considerarlas formalmente un tipo separado. En ese sentido coincide con Di

¹⁰⁰ Alfredo Di Iorio, *Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares*, (Argentina 1978), 152 y Lino Enrique Palacio, *Derecho Procesal Civil*, t. VIII (Argentina: Abeledo-Perrot, 1985), 16.

¹⁰¹ Piero Calamandrei, *Introduzione al studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merín, (Buenos Aires: El Foro, 1996), 32. citado por Ezequiel, Cassagne, *Las medidas cautelares en el contra la Administración*, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Dir. Juan Carlos Cassagne, T. II, 2ª edición actualizada, (Argentina: La Ley, 2007), 343 y ss.

Lorio y Michel que excluyen toda idea de autonomía de las medidas cautelares.

En cambio, quienes sostienen que el proceso es autónomo y accesorio al principal utilizan el término “proceso cautelar”, reconocen las influencias del maestro italiano Carnelutti, quien consideró que las medidas cautelares constituían un proceso autónomo, de tal suerte que representaban un *tertium genus*, al lado de los procesos de cognición y de ejecución; postulo que el proceso cautelar es autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo) a lo largo de cuyo curso puede disponerse una cautela; por eso, cautelar puede ser no un proceso entero, sino un acto (providencia) del proceso definitivo.¹⁰² Para Simón Padrós, que comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo pero accesorio, es necesario diferenciar el concepto de pretensión dentro del proceso, en la medida que la pretensión cautelar es el acto fundamental del proceso cautelar, que consiste en la declaración de verosimilitud del derecho y en el consecuente despacho de la medida requerida.

En tal entendimiento sostiene que “el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito que va recaer en otro proceso, “de conocimiento o ejecución”. Particularmente se acoge a la opinión de Novellino, cuyo comentario vale ser citado íntegramente: En consecuencia, cabe negar la autonomía que una

¹⁰² Francesco Carnelutti, Instituciones del proceso civil, Volumen I, 5ª edición, Trad. Santiago Sentís Melendo, (Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959), 86.

importante doctrina le atribuye al proceso cautelar, pues siempre se tratará de actuaciones procesales vinculadas íntimamente a un principal.

Tal posición es criticable porque respecto a las medidas cautelares no puede hablarse de un verdadero proceso, pero aun cuando así se admitiera, es innegable su dependencia de otro proceso principal, con lo cual debe descartarse su pretendido carácter autónomo.¹⁰³

De lo anterior se deduce, que la primera de las corrientes doctrinarias que tiene influencia del maestro Calamandrei; es la aceptada por la honorable Sala de lo Constitucional que ha indicado a través de su jurisprudencia constitucional de manera reiterada en relación a su naturaleza jurídica que: Las medidas cautelares son instrumentos procesales cuya finalidad es asegurar el trámite del proceso se desarrolle de manera normal y consecuentemente concluya con una sentencia que en caso de ser estimatoria posea la eficacia necesaria. Pero no debe constituir una decisión anticipada sobre la causa principal discutida.”

2.1.4. Características de las medidas cautelares.

La Sala de lo Constitucional mediante su jurisprudencia constitucional ha determinado que las características principales que identifican singularmente a las medidas cautelares o providencias cautelares en los procesos constitucionales, se encuentran las siguientes:

¹⁰³ Norberto José Novellino, Embargo y desembargo y demás medidas cautelares, 4ª ed., (Argentina: Abeledo-Perrot, 1994), 28-29 citado por Sebastián, Irún Croskey, Medidas Cautelares y debido proceso, (Paraguay: Universidad América, 2009), 31.

2.1.4.1. Provisionalidad.

También denominada temporalidad, es una característica contemplada en la concepción clásica que establece que las medidas cautelares “por su naturaleza ofrecen una solución temporal hasta que el litigio sea resuelto en forma definitiva”. Esta característica, envuelve su condición de *resolución provisional*, que está por esencia condenada a desaparecer por su naturaleza, sea por terminación del proceso en cualquiera de sus formas o incluso por revocación o modificación de la medida cautelar debido al carácter siempre *flexible* que tienen.

Es decir, que por su naturaleza las medidas cautelares no pretenden resolver sobre la pretensión inicialmente planteada, por lo que no recaen sus efectos en la relación jurídica principal, y por lo tanto carecen del atributo de la autoridad de cosa juzgada, por esto se extinguen al término o plazo en que se resuelve el asunto principal. En este mismo orden, las medidas o providencias cautelares tienen una duración definida en el proceso y precisamente por ello pueden terminar cuando se disminuye la apariencia del buen derecho, aumento del peligro en la demora o cuando las condiciones de inminencia o gravedad de la amenaza, o violación de derechos fundamentales, bajo las cuales fueron concedidas dichas medidas cambian, cesan o desaparecen, o cuando se demuestra que estas medidas no tenían fundamento, pues las medidas cautelares constitucionales “no alcanzan la categoría de cosa juzgada, éstas pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas, tomando como base las condiciones fácticas del momento.”¹⁰⁴

¹⁰⁴Roberto Villarreal, *Medidas Cautelares: Garantías Constitucionales en el Ecuador* (Ecuador: Editorial jurídica Cevallos, 2010), 49.

2.1.4.2. Instrumentalidad.

Esta característica constituye la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares, como lo dejó ver Calamandrei desde aquel luminoso estudio de 1936, que marcó el futuro del estudio de la institución cautelar que llevó a considerar las providencias cautelares como instrumentos a la espera de una decisión definitiva sobre el proceso principal, de la cual aseguran su fructuosidad. De manera tal que buscan afirmar su eficacia práctica para el pretensor. Según lo ha señalado Di Iorio siguiendo al maestro Calamandrei, “las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen un fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse”.¹⁰⁵

Las medidas cautelares por su instrumentalidad están destinadas a extinguirse independiente del resultado final del proceso principal, esto radica en que sirven como instrumento para garantizar la efectividad de lo resuelto. En definitiva es más que claro que lo accesorio siempre seguirá la suerte de lo principal.

2.1.4.3. Urgencia.

Esta característica consiste en la agilidad con que debe darse la adopción y ejecución de las medidas cautelares, tiene su razón de ser en la celeridad y urgencia que puede representar el peligro en la demora. La urgencia debe

¹⁰⁵Di Iorio citado por Martínez Botos, Medidas cautelares, 71.

responder al peligro en la demora del proceso evitando la frustración del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia.

En ciertos casos, se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos, la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz, en razón de que al haber transcurrido un tiempo, Como bien lo expresa Chinchilla, la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, en un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o amenaza; hay que frenar este peligro cautelarmente.¹⁰⁶

2.1.4.4.Mutabilidad o variabilidad.

La mutabilidad representa un atributo de la providencia cautelar referida a su variabilidad de las circunstancias, por lo que en ocasiones no se da este supuesto. Esta característica no debe confundirse con la provisionalidad, que atiende a su carácter no definitiva de la providencia cautelar; en cambio, la mutabilidad se refiere al carácter flexible, sea por decisión del propio instructor al cambiar ciertas circunstancias fácticas o derecho que las motivaron (hecho nuevo o superveniente) o bien por ser impugnables o ante una oposición del demandante.¹⁰⁷ Como bien se ha señalado, las medidas

¹⁰⁶ Claudia Chinchilla, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991), 42 y ss.

¹⁰⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Los Poderes del Juez Constitucional y las Medidas Cautelares en controversia constitucional", 9 y 10 (ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008).

cautelares son susceptibles de alteración, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al “principio rebús sic stantibus”.¹⁰⁸

Las medidas cautelares pueden ser modificadas durante la tramitación del proceso (sea de oficio o a petición de parte) en virtud de las circunstancias sobrevenidas que alteren el estado sustancial de los datos reales o que no pudieron ser advertidas en el momento de emitirse la resolución pronunciada, o mutación sobre los presupuestos procesales con los cuales se adoptó la medida, ya sea por el aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo; disminución del fumus boni iuris o por haberse decretado una medida que afecte o altere los intereses públicos o generales de los ciudadanos, así como los derechos de terceros.

2.1.4.5. Despacho inaudita parte.

Es regla general que las medidas cautelares se decretan sin oír a la contraparte pues es evidente que si ella conociera con anterioridad a su dictado activaría todos los medios a su alcance para frustrar sus resultados. Naturalmente aquello no significa suprimir el contradictorio sino tan sólo postergarlo. La doctrina considera que “la adopción de las medidas

¹⁰⁸ Dicho carácter no es unánimemente considerado –por la doctrina– como elemento esencial y autónomo de las medidas cautelares. Se establece que la medida cautelar es siempre parte de un proceso principal y que ésta se podrá ver afectada si dicho proceso principal sufre alguna alteración sustancial. En otras palabras Veccina Cifuentes nos dice: “Las medidas cautelares, además de ser provisionales, de tener como límite máximo de vigencia la duración del proceso principal, se encuentran sometidas a un lapso de tiempo a la cláusula rebús sic stantibus, de modo tal que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial”. De modo tal, que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

precautorias sin previo debate concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ella la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas”.

2.1.4.6. Sumariedad.

Las medidas cautelares son el resultado, no de un proceso amplio de cognición donde se necesita una serie de premisas necesarias para llegar a la consecución de certeza positiva, sino de un proceso abreviado que no requiere de la participación del parte proceso –pasiva- contra la que se dictan la medida cautelar.

Esta característica está muy relacionada con el presupuesto procesal y a la vez requisito de la verosimilitud del derecho, que como sabemos es uno de los presupuestos ineludibles de la medida cautelary que encuentra su explicación en que se basa en los hechos o circunstancias que acredita sumariamente el peticionante al iniciar el proceso constitucional.¹⁰⁹ Según MaríaBuongermini, el carácter sumario y la falta de sustanciación que identifican al proceso cautelar no importa una exclusión absoluta del derecho a la defensa, sino tan solo su diferimiento a un momento posterior: aquél en el cual el afectado puede impugnar la medida o solicitar su modificación o levantamiento. Esto significa que en un primer momento se sacrifica el principio de contradicción, atendiendo a la urgencia de la necesidad que la medida cautelar pretende satisfacer o proteger el derecho incoado contra un peligro o amenaza inminente.

¹⁰⁹ Martínez Botos, Medidas Cautelares, 79.

2.1.5. Presupuestos procesales básicos.

Los jueces tienen plena libertad para valorar determinadas condiciones o presupuestos esenciales, a partir de los argumentos presentados por el demandante, mediante un juicio provisional y sumario determinar si se acreditan estos requisitos procesales, con observancia a los daños o perjuicios actuales y potenciales dentro del proceso (*periculum in mora* - requisito positivo-) y que con la demanda se presenta en apariencia de un derecho digno de protección por la tutela inmediata (*fomus bonus iuris*-requisito negativo-).

2.1.5.1. Apariencia del buen derecho o *fomus boni iuris*.

El primer requisito de procedencia de las medidas cautelares es el *fumus boni iuris* traducido literalmente quiere decir humo de buen derecho, más en su acepción semántica y jurídica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho como alta dosis de razonabilidad o la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón. En el mismo sentido, Kielmanovich refiere que esa verosimilitud o apariencia de buen derecho no necesita ser profunda o plenamente convincente, basta con que sea aparente.

No se trata de tener plena certeza, de que el derecho reclamado va a ser acogido, eso queda para la sentencia, pues de exigirse plena prueba se estaría anticipando la fase probatoria y dilatando la ejecución de la medida

cautelar, precisamente lo que se pretende obviar con tales medidas.¹¹⁰ Entonces, lo que se requiere es una cognición sumaria, pero que exceda de la simple afirmación superficial del derecho, esto es, que parezca jurídicamente aceptable la pretensión del actor, sin que se exija eso, una probabilidad cualificada, o prueba por escrito.¹¹¹

Esta nota de sumariedad y falta de contradicción exigen acreditar un alto grado de probabilidad, entendida ésta como “posibilidad razonable” de que se reconozca en la sentencia definitiva la certeza de verdad del derecho o pretensión deducido en el marco del juicio. En otras palabras, para la concesión o denegación de una providencia cautelar, el juez no debe ahondar en un estudio exhaustivo, y en prima facie no debe exigir elementos que lleven a crear certeza sobre el fondo del asunto, sino únicamente basta con una convicción razonable de la probable existencia de un derecho.¹¹²

Como muy bien precisa Calamandrei -La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud-. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene

¹¹⁰ En toda actividad de cognición sumaria, como la desplegada para la expedición de una resolución cautelar, es previsible que sólo pueda determinarse la posibilidad o probabilidad de la existencia del derecho, no así la certeza del mismo.

¹¹¹ Jorge Luis Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, (Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000), 51.

¹¹² Podetti, Tomo IV: *Tratado de las Medidas Cautelares*, 54-56.

pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; solo cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.¹¹³

En lo referente al proceso de inconstitucionalidad, este presupuesto se traduce en que la Sala de lo Constitucional considera que el demandante en sus planteamientos de motivos de inconstitucionalidad, ha logrado entablar un contraste constitucional a partir de carácter aparente fundado, con base en la interpretación de las disposiciones propuestas como parámetro de control, y que son suficientemente convincentes para que el -Tribunal Constitucional- estime que se encuentra ante una probable vulneración de una disposición constitucional.

Está más que claro que en la solicitud de las medidas cautelares en el proceso en comento, el peticionante debe hacer una breve exposición sobre los motivos que llevan a considerar que la ley, disposición o acto sometido como objeto de control contraviene al orden constitucional, no es necesario ensanchar a la misma una propuesta probatoria, ya que el pronunciamiento del juez respecto a conceder o no una medida cautelar es una hipótesis y no constituye un prejuizamiento sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, en la praxis al acompañar de material probatorio documental, pericial u otro que se considere pertinente para acreditar este presupuesto, dota al juez de mayores elementos é indicios de probabilidad para acreditar la referida apariencia del buen derecho a su favor, así como el peligro en la demora u otra razón justificable.

¹¹³Calamandrei, Estudio sistemático de las medidas cautelares, 77.

2.1.5.2. Peligro en la demora ò periculum in mora.

Es considerado el requisito más significativo, ya que encuentra su justificación a la principal imperfección del proceso que se encuentra en su esencia y de la cual este jamás se podrá librar, este es el tiempo necesario para que el proceso pueda definir la relación jurídico material que se presenta y se convierte en la peor amenaza al pretensor, que podría sentir que la demora o el retardo de la decisión sobre el fondo pueda perder su eficacia en la realidad. Su existencia efectiva es la verdadera causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar. El periculum in mora, por consiguiente implica la necesidad de evitar los riesgos que la duración del proceso principal genera, configurándose de ese modo un peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria. Como presupuesto de las medidas cautelares, se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.¹¹⁴

En el mismo sentido apunta Luis Ortiz Álvarez, que se representa uno de los presupuestos fundamentales, suele equipararse al requisito la urgencia o sumariedad; no siempre expresamente contenido en vocabulario de las normas y de la jurisprudencia, pero que sin duda es reflejo y sombra, puesto que es el tiempo natural (y sobre todo el retardo) de los procesos lo que en gran parte de los casos va a generar la irreparabilidad de los daños.

¹¹⁴ Victor Fairén Guillen, La reforma del proceso cautelar español, en Temas II, 901 - 903; Serra Domínguez, Teoría general, en Las medidas cautelares, 39-40 citados por Manuel, Orteils Ramos, Las Medidas Cautelares, (Madrid: La Ley-Actualidad S.A., 2000), 166-168.

Artavia Barrantes considera que el *periculum in mora* no es el peligro genérico de un daño, sino que, específicamente, es el peligro del ulterior daño marginal, que se origina con la lentitud del proceso e incluye, cualquier supuesto de irreparabilidad del derecho, o abuso del derecho ajeno, “infructuosidad, insatisfacción o ineffectividad de la sentencia”.¹¹⁵

La doctrina ha señalado dos grandes manifestaciones del peligro en la demora: a) El peligro de infructuosidad y b) peligro de tardanza. En el primer caso, la inutilidad de la sentencia se puede conjurar dicho peligro durante el desarrollo del proceso se verifiquen hechos que hagan difícil la efectividad plena de lo sentenciado; por otro lado peligro de tardanza se neutraliza anticipando provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva, a través de medidas positivas o innovativas¹¹⁶ que tratan de evitar el retraso de la decisión sobre el fondo.

La jurisprudencia constitucional tomando en cuenta la particularidad del proceso de inconstitucionalidad, determina que el *periculum in mora* concurre ante la prolongación de la vigencia de las disposiciones impugnadas; de ahí que la adopción de la medida cautelares imperativa, hasta que no medie un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo. Sin embargo, para considerar la acreditación de este requisito, no basta con tomar la mera extensión temporal del proceso. Pues dicho elemento no es en sí mismo idóneo; para configurarlo debe indicarse las manifestaciones del peligro en la demora, expuestas por la Sala de lo Constitucional como: El posible daño que

¹¹⁵ Sergio Artavia Barrantes, *Derecho Procesal Civil. T.II.*, (Costa Rica: Edición Jurídica Dupas, 2004), 327, citado por José Álvaro López Camacho, *Las medidas cautelares*. Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2012), 171.

¹¹⁶ Ernesto, Jinesta Lobo, et. al., *El nuevo proceso contencioso administrativo*, (Costa Rica: Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006), 169.

ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia, así como la frustración u obstaculización que ocasionaría en determinados procedimientos la falta de adopción de la medida cautelar.¹¹⁷En el mismo sentido, el peligro debe ser objetivo, no debe considerarse un mero temor sino que debe existir motivos que apreciados puedan considerarse las posibles consecuencias perniciosas de la no adopción de la providencia cautelar, al respecto Podetti nos dice que el interés jurídico procesal que sustenta la medida cautelar, es que el peligro debe ser actual, dejando a salvo el caso de acciones declarativas o de condenas de futuro. Asimismo el peligro debe ser real, no un simple temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del solicitante, sino originado en hechos que puedan ser apreciados por cualquier sujeto.¹¹⁸

2.1.5.3.Periculum in damni (aspecto subjetivo).

Este requisito es poco tratado por la doctrina, si bien es cierto tiene relación con el periculum in mora -que recae sobre la relación procesal-, presenta características propias; este se constituye para prevenir la amenaza o la perpetración de un daño inminente, serio, grave y de imposible reparación que se produce sobre la esfera jurídica del pretensor, en cuyo temor fundado debe tomarse las providencias adecuadas a fin de evitarlo, es oportuno citar a García de Enterría quien enuncia: “La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”.

¹¹⁷Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 40-2011 de fecha 23-I-2013, e Interlocutoria pronuncia en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 65-2012 de fecha 16-V-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia).

¹¹⁸Podetti, Tomo IV: Tratado de las medidas cautelares, 57-59.

Expone Ugo Rocco que el concepto de daño como concepto jurídico y, ante todo, como concepto económico es propio no sólo del derecho privado, civil y comercial, no sólo del Derecho Público interno (constitucional, administrativo, penal o internacional), puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Precisa que todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés.¹¹⁹

En cuanto este presupuesto se encuentra determinado por la condición relativa a la irreparabilidad del daño, se puede estimar económicamente y si se tratare del Estado, en teoría resulta siempre solvente para responder por la indemnización correspondiente (*fiscus Semper solvens*). Inclusive el único bien que es definitivamente irreparable, es la vida misma, no obstante se contemplan indemnizaciones económicas y otras *reparaciones* a favor de los familiares de víctimas que hayan perdido la vida.

2.2. Posturas teóricas sobre las medidas cautelares.

Los sistemas se definen por la naturaleza de las medidas cautelares, es un tema atinente al Derecho procesal, giran a su alrededor investigaciones dominadas por el pragmatismo y que tienen un contenido incipiente de sus

¹¹⁹Ugo ROCCO, Tomo V. Parte especial, Proceso cautelar, Tratado de Derecho Procesal Civil, (Colombia: Temis- Depalma, 1977), 45.

orígenes, su evolución y su esencia; no obstante ello, pretendemos trazar un bosquejo sobre el referido tema.

2.2.1. Sistema de medidas nominadas.

Este sistema se inspira en las medidas típicas, el cual permite adoptar solo medidas taxativas, que han sido previamente tipificadas por el legislador de manera limitada y cerrada, con el objeto de evitar posibles daños que puedan derivarse de la aplicación de la norma cuestionada de constitucionalidad y que aun durante el curso del proceso principal, puede sufrir demoras injustificadas o de conveniencia política.

Las medidas llamadas nominadas o típicas, corresponden en sentido general, como lo expone Ortiz-Ortiz a aquellas disposiciones preventivas de carácter cautelar previstas expresamente en la ley para situaciones específicas y con vista a un temor de daño concreto establecido por el legislador.¹²⁰ Por lo general, la medida cautelar conservativa por excelencia es la clásica suspensión provisional del acto impugnado. Al respecto, ya nos advertía el maestro italiano Chiovenda que estas medidas se encuentran determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisiones cautelares de conservación porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende.¹²¹

¹²⁰ Rafael Ortiz-Ortiz, *El poder Cautelar general y las medidas innominadas*, (Venezuela: Paredes Editores, 1997), 148.

¹²¹ Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, 280.

Reimundín, destaca: “Que se trata de conservar una situación de hecho, para impedir que su cambio pueda frustrar el resultado práctico del proceso principal”. Calamandrei indica también que en *todos los casos* en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza, la providencia cautelar apunta a conservar aquél estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos.¹²²

Eduardo J. Couture por su parte opina que en esta clase de providencias se procura, ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente, al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir de su modificación. El carácter negativo se enmarca en que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen.¹²³

Las medidas cautelares típicas tiene como punto a favor, la garantía de neutralidad del juez y la seguridad jurídica, en detrimento, claro está de su discrecionalidad y de la justicia material. En ese sentido, se afirma que un sistema de índice, catálogo o elenco de supuestos garantiza la propia efectividad de las medidas y como se dijo la imparcialidad del juez”.¹²⁴

El legislador salvadoreño retoma este sistema cautelar, en la Ley de Procedimientos Constitucionales, quien tipifico como única medida cautelar la suspensión del acto que se reclama -prevista en sus Arts. 19 al 25- y la cual

¹²² Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, 48.

¹²³ Eduardo Juan Couture, Fundamentos del Derecho procesal civil, 3ª Ed. (póstuma), (Argentina, Roque Depalma Editor, 1958), 265.

¹²⁴ Ernesto Jinesta Lobo, La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso – Administrativo, (Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996), 161.

se aplica supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad con objeto prevenir los posibles daños o perjuicios que puedan derivarse de la aplicación de la norma cuestionada y aun durante el curso del proceso principal.

La suspensión en la controversia constitucional consiste en permitir, conservar la materia del litigio, de tal suerte que se asegure provisionalmente la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate para que la sentencia que se dicte eventualmente declare el derecho del actor y pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente; y por otra parte, su finalidad consiste en evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso constitucional.¹²⁵

La Sala de lo Constitucional, por su parte rompió con este viejo esquema cautelar al dictar una serie de sentencias en procesos de inconstitucionalidad en donde se adoptaron medidas cautelares de efectos positivos, lo que dio lugar a incorporarse aun nuevo sistema cautelar innovador.

2.2.2. Sistema de medidas innominadas.

Este sistema cautelar, es uno de aquellos temas del Derecho procesal que en nuestros días resiente, de un enfoque histórico y dogmático que ponga en relieve sus orígenes y desarrollo en el transcurso de los siglos; algunas opiniones apuntan a que su evolución se gestó en el Derecho europeo y su

¹²⁵Ferrer Mac-Gregor, Los Poderes del Juez Constitucional y las Medidas Cautelares en controversia constitucional, 8.

latinización en Suramérica, por ende sus influencias nos alcanzaron por nuestra cercanía cultural; contempla un *numerus apertus atípico*, que consiste básicamente en providencias denominadas innominadas o genéricas dictadas por el juez según su prudente arbitrio, con base a los criterios de racionalidad, discrecionalidad e idoneidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que se presentan casuísticamente hablando.

La consagración de este tipo de medidas, se explica porque resulta muy difícil para el legislador vislumbrar, imaginar y enumerar todas las medidas cautelares que sean necesarias y adecuadas para resguardar la eficacia de una sentencia definitiva eventualmente estimatoria, prueba de ello es que ya varias legislaciones contemplan las medidas cautelares innominadas, en cuanto que es prácticamente imposible que los cuerpos normativos puedan prever todas las situaciones de hecho que requieran ser tuteladas en atención al peligro en la demora. Esta postura evidencia, que si bien las providencias cautelares tienen por finalidad primordial constituir una cautela para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia contra un peligro determinado, no todas deben ser conservativas, ya que la cautela que por ellas se constituye no implica en todos los casos la conservación del status quo; en muchas ocasiones, se requiere la modificación, modulación o cambio de ese estado preexistente de cosas, por uno nuevo o la anticipación de un estado de cosas que no podría normalmente presentarse.

En el caso salvadoreño es sui generis, ya que la jurisprudencia constitucional ha sido bastante progresista, en cuanto cabe la posibilidad de decretar otras medidas cautelares distintas a la suspensión del acto reclamado contenida

en la vigente L.Pr.Cn., es decir, que en la actualidad se ha pasado de un sistema de medidas nominadas o típicas, -como el contenido en nuestras leyes- a uno de medidas innominadas¹²⁶ donde el criterio determinante es la discrecionalidad de ordenar la medida cautelar idónea, para posibilitar que la sentencia sea plenamente eficaz, debido a la complejidad de las distintas situaciones que se puede presentar en un proceso de inconstitucionalidad.

En este orden ideas, en el juicio cautelar queda implícito la discrecionalidad, que tiene por objeto la razón de justicia sobre el caso en concreto, la búsqueda de una solución satisfactoria provisional, sobre todo al establecer la posibilidad de adoptar las providencias que tenga por objeto interrumpir, modificar o anticipar situaciones de carácter lesivo y actual, vale decir, hacer cesar la continuidad del peligro objetivo y concreto, frase genérica de contenido semántico muy vasto; la cual permite al juez elaborar o construir a su arbitrio -técnico- la medida a la pretensión deducida, es decir, una medida cautelar idónea de autorización, prohibición o modificación que garantice la efectividad del derecho cuya procedencia, es al menos presumible.¹²⁷

En este sentido, es conveniente citar el auto de admisión del amparo con referencia 626-2000, en el cual la Sala de lo Constitucional señaló que: Existen supuestos facticos en que la mera suspensión del acto o actos impugnados resulta insuficiente o idónea para procurar la plena efectividad de la función cautelar por lo que requiere la adopción de medidas peculiares que superen lo que tradicionalmente implica la paralización de las actuaciones atacadas en estos casos, este Tribunal se encuentra

¹²⁶ Montecino Giralt, Las medidas cautelares en el proceso de amparo, 147.

¹²⁷ Ricardo Henríquez La Roche, Medidas cautelares, 3ª edición, (Maracaibo, Centro de Estudios Zulia, 1988), 47.

plenamente habilitado para decretar las providencias que estime indispensables a fin de garantizar la efectividad realización de su actividad jurisdiccional.¹²⁸

Tal efectividad se traduce en la superación de las medidas tradicionales simplemente suspensivas (o no innovadoras) para incluir dentro del elenco de medidas cautelares constitucionales otro tipo de medidas innominadas o atípicas dentro de las cuales encontramos: i) las innovadoras o de efectos positivos, que introducen un cambio-aunque de manera provisional, mientras dura el proceso- en la situación jurídica existente, permitiendo la prestación de una determinada conducta o autorizando una actividad; impidiendo de esta manera que pueda producirse un perjuicio dentro del proceso principal¹²⁹ u otras como ii) las anticipatorias orientadas a satisfacer anticipadamente, total o parcialmente y con carácter provisional la situación jurídica cautelada de imposible reparación. Por último, este sistema presenta como ventaja que subsana la dificultad o imposibilidad material del legislador para contemplar una relación completa de cautelas y en la imposibilidad de que éstas puedan adaptarse a todos los supuestos de hecho.

2.3. Medidas cautelares específicas.

La clasificación de las medidas cautelares no ha sido tarea sencilla pues existen diversos criterios, el tratadista Carnelutti, en sus últimos estudios

¹²⁸Auto pronunciado en el proceso de amparo, con referencia: 626-2000, de fecha 14-XII-2000, en este mismo sentido, Autos pronunciados en los amparos con referencias: 420-97 del 18-XII-1997 y 176-2001 del 15-V-2001 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹²⁹ Víctor Rafael Hernández Mendible, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano*, (Venezuela: Vadell Editores, 1997), 23.

indicaba al respecto: Hasta ahora la clasificación del proceso cautelar se ha intentado desde el punto de vista de la distinción entre el carácter conservativo o el carácter innovativo de la tutela, la cual consiste a veces en prohibir y a veces en imponer la mutación del estado de hecho; pero la verdad es que este criterio es bastante incierto.¹³⁰

Es una tarea difícil de precisar sobre una clasificación inequívoca por la falta de uniformidad en la doctrina procesal, sin embargo, un importante sector de la academia procesal moderna coincide en que existe una clasificación tripartita: las conservativas de la situación fáctica o jurídica vigente en un momento determinado, otras denominadas innovativas que persiguen la modificación de la situación de hecho o de derecho para prevenir la continuidad o agravamiento del daño; las anticipatorias o de adelantamiento provisorio de la decisión de mérito, sin obviar los problemas que genera su inclusión en el elenco de las cautelares de las denominadas medidas autosatisfactivas, por lo que a continuación se hace un bosquejo de cada una de estas.

2.3.1. Medidas cautelares conservativas o negativas.

Es una medida muy antigua pues ya en el etapa del procedimiento se conocía con el aforismo "*pendentelitis nihil innovatur*" y de alguna manera hacía referencia también al *Digesto* y algunos edictos posesorios, estas ejecutan una finalidad tradicional de la tutela cautelar, -según nos dice Couture-procuran ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente, al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir

¹³⁰Carnelutti, Instituciones del Proceso Civil, Volumen I.87

de su modificación-. Su carácter negativo surge porque no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen,¹³¹ esta medida de prohibición de no innovar carece de efectos retroactivos capaces de restaurar situaciones ya modificadas.

Es Chiovenda, quien esboza las ideas centrales de esta medida, al afirmar que se trata de proveer con urgencia al mantenimiento del statu quo, de modo de asegurar la futura satisfacción después de su declaración. A estos pronunciamientos, con los cuales se realiza una tutela de conservación, estas corresponden las acciones aseguradoras.¹³²

Lino Palacio la conceptúa como la medida en cuya virtud se ordena a una de las partes que se abstenga de alterar, mientras dure el proceso, la situación de hecho o de derecho existente en un momento determinado. La medida de no innovar tiene carácter precautorio y su objeto es impedir la modificación de la situación de hecho o derecho existente al momento que se dicte, puede decretarse en cualquier proceso, siempre que existan los presupuestos esenciales y un interés legítimo. El fundamento de la medida cautelar de no innovar, se centra en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa, sustentado en el aforismo latino *litēpendente nihil innovatur*, por el cual debe mantenerse el estado de cosas existente al momento de interponerse la demanda; se impide así que durante el transcurso del proceso se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al promoverse el litigio. La medida cautelar negativa clásica por excelencia es la suspensión del acto que se reclama, retomada en el proceso de inconstitucionalidad de manera

¹³¹Couture, Fundamentos del Derecho procesal civil, 265.

¹³² Giuseppe Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 1, (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948), pág. 36.

supletoria, la cual Ignacio Burgoa la define como aquél proveído judicial (auto o resolución que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creador de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiese provocado.¹³³

2.3.2. Medidas cautelares innovativas o positivas.

Conviene en este punto, precisar la relación ente la medida innovativa y la cautelar innominada, pues a simple vista parecen sinónimos y no es del todo ajeno, ya que un sector de la doctrina se ha pronunciado por su equivalencia o sinonimia.

El maestro argentino Peyrano advierte inmediatamente su relación existente, pues señala que se puede dictar una medida cautelar innovativa a título - claro está- de una medida cautelar genérica. Esta similitud -a nuestro entender- es lo que ha hecho que el Dr. Zoppi al afirmar con toda razón, que el poder cautelar general puede tener un parentesco directo con la figura de la medida innovativa que había previsto algunas legislaciones sudamericanas, pero como veremos, tal similitud no puede generar una equivalencia, sino más bien es una relación de género a especie muy

¹³³Ignacio Burgoa, El juicio de amparo, (México: Porrúa, 1986), 706 citado por Samuel, Abad Yupanqui, El proceso constitucional de amparo, 2ª (Perú: Edición Gaceta Jurídica, 2008), 560.

cercana.¹³⁴ Por ello, nos parece correcto aplicar el término de innovativa a las medidas innominadas, siendo la innovación una de sus manifestaciones.

Expuesto lo anterior e dirige la atención a las medidas innovativas, que no solo mantienen la situación de hecho o derecho existente al decretarse dicha providencia, sino por lo contrario disponen una variación en la situación existente, esta solución es aceptada en casos extremos mediante una muy amplia justificación de los presupuestos requeridos.

Rengel las define como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.¹³⁵

La medida cautelar innovativa, según la definición de Peyrano es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien

¹³⁴Rafael Ortiz Ortiz, *Eidética y aporética de las medidas cautelares innominadas en el Derecho comparado*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 103, (Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 1997), 121.

¹³⁵Arístides Rengel Romberg, "Medidas Cautelares Innominadas", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Volumen N° 8, 1989, 91. <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. (Consultada el 10 de octubre de 2015).

haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.¹³⁶ Claudia Cava, nos recuerda que a partir del 1983 el mencionado autor realizó unos “ajustes” en tal definición y la medida innovativa no consistiría solo en el “restablecimiento de una situación preexistente”, sino que pasaría a ser una medida en la que “resultaba menester hacer algo distinto a lo que el destinatario había hecho o estaba haciendo”.¹³⁷

Las medidas innovativas son aquellas que no están expresamente señaladas en una ley secundaria, son concedidas por juez mediante la creación de un poder cautelar general, que le permite decretar providencias cautelares, según su prudente juicio y acorde a cada caso en concreto, que resulta compatible con la pretensión invocada en la demanda, a fin de que esta pueda ser materializada al final del proceso, en caso de ser sentencia favorable al demandante, por ende introducen un cambio, en vista de que existen casos en los que se comprometería el resultado del proceso, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho o derecho.

Manuel De la Plaza, exterioriza que la prevención innovativa constituye una medida cautelar que puede resultar indispensable para ciertos casos, a fin de mantener la necesaria igualdad de las partes; igual que correría el riesgo de quebrarse de no acudir a lo que presta la medida innovativa que procura preservar la relación de fuerzas sobre la que se apoya la dinámica del

¹³⁶ Jorge Walter Peyrano, *Medida cautelar innovativa*, (Argentina: Ed. Depalma, 1981), 13.

¹³⁷ Claudia Alejandra, Cava, *Leading Case de la Corte Suprema: “Caso Camacho Acosta”, Medida cautelar innovativa o resolución anticipatoria?* en Jaime, Greif, *Medidas Cautelares* (Argentina: Rubinzal – Culzoni, 2002), 287.

proceso. Las características más importantes de esta clase de providencias pueden resumirse en las siguientes: A) Son excepcionales, es decir, sólo se conceden ante la inminencia de un perjuicio irreparable; implican una obligación de hacer o dejar de hacer, e imponen una conducta nueva al sujeto pasivo; B) Pueden tener efectos *ex tunc*,¹³⁸ importan al juzgador la potestad de alterar, ciertas hipótesis, aun cuando la situación de hecho o derecho se encuentra consumada o firme para no frustrar el resultado del proceso; C) A estas se agrega un tercer elemento que se refiere al carácter no taxativo, por ello se sostiene que se trata de medidas cautelares genéricas.¹³⁹ Al no estar enumeradas de forma expresa por el legislador, las partes y eventualmente el juez - de oficio- podrán solicitar y/o decretar aquellas que estimen pertinentes según las necesidades del caso concreto y D) El carácter extraordinario y subsidiario hace afirmar a Jorge Peyrano que no procede el despacho *ex officio* de una medida cautelar innovativa, a diferencia de Manuel Ponz para quien dicha orden de innovar debe disponerse a pedido de parte interesada y excepcionalmente, por iniciativa del órgano jurisdiccional, cuando las circunstancias y urgencias del caso lo requieran para no privar de eficacia práctica a la sentencia de fondo.

La consagración de este tipo de medidas se explica porque resulta muy difícil que el legislador imagine y enumere todas las medidas cautelares que sean necesarias y adecuadas para resguardar la eficacia de una sentencia definitiva. Prueba de ello es que varias legislaciones contemplan medidas cautelares innominadas, ya que es prácticamente imposible que los cuerpos

¹³⁸ Esto significa volver las cosas a su estado anterior.

¹³⁹ Jorge Fábrega et.al., Medidas Cautelares Innominadas, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen N° 8. (1989): 114. <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf> (consultada el 17 de noviembre de 2015).

normativos puedan prever las situaciones de hecho que requieran ser tuteladas en atención al peligro en la demora.

Por esto se le reconoce al juez un poder cautelar general, en virtud del cual puede siempre que se manifieste la posibilidad de un peligro derivado del retardo de una providencia principal -debidamente acreditado por quien la solicite-, proveer por vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso concreto.

En la actualidad, bien podemos hablar de dos tipos de medidas innovativas a saber: a) Las innovativas en sentido estricto y a) Las anticipatorias. Las primeras se conceden con carácter cautelar, modificando la situación de hecho o derecho, y las segundas Enrique Vescovi afirma que son una solución más que una cautela, se parecen al anticipo de la resolución de la litis y debe ser aceptada en casos extremos y mediante una muy amplia justificación de los presupuestos requeridos.

2.3.3. Medidas cautelares anticipatorias.

Como su nombre bien lo indica, la anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir; identidad objetiva. La tutela anticipatoria, es una de las tutelas diferenciada de urgencia, que con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia

futura con autoridad de cosa juzgada material.¹⁴⁰ La doctrina procesal contemporánea, de forma unánime, considera que la tutela anticipatoria es una especie del género de los “procesos urgentes”¹⁴¹, caracterizados todos ellos por reconocer que, en su seno, el “factor tiempo” y los “principios de eficacia, efectividad y celeridad”, poseen una relevancia superlativa en la realización de la justicia y en la concesión de tutela efectiva.

Es conveniente recordar que su consagración como figura procesal, diferente de otras -y que se puede calificar como un fenómeno reciente-, es atribuible a la doctrina brasileña y a su consagración en el año de 1994 en el Código procesal civil del Brasil, en el Art. 273, se trajo pues al derecho procesal un nuevo instituto, independiente de otras formas de tutela, que se gestó en años anteriores, como una forma de medida cautelar. Estas providencias son decisiones cautelares que se traducen en la ejecución anticipada parcial o total, de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, configurándose así una coincidencia total o parcial entre la pretensión cautelar y la pretensión principal -o cautelada- cuya finalidad consiste en evitar un perjuicio irreparable (*periculum in damni*), por ende se autoriza la petición antes de iniciarse el proceso principal, de otro modo, la tutela jurisdiccional reclamada podría resultar extemporánea e ineficaz. El Dr. Marinoni precisa en la gran novedad y utilidad de que goza la tutela anticipatoria es ingente, rompe con el principio de separación entre cognición y ejecución.¹⁴²

¹⁴⁰ Álvaro, Pérez Ragone, Introducción al estudio de la tutela anticipatoria, (En Jurisprudencia N° 26), 38.

¹⁴¹ Según Jorge Peyrano: Existen procesos urgentes cuando “concurran situaciones que exigen una particular presta respuesta y solución jurisdiccional”. MONROY GALVEZ, al referirse a la tutela urgente señala que son situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria. Osvaldo, Gozaíni, Elementos de Derecho Procesal Civil, (Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005), 501

¹⁴² La doctrina brasileña criticó a la escuela italiana y como resultado separó la tutela anticipatoria de la tutela cautelar, teniendo como base la oposición al criterio del “nulla título

Esta idea es muy resistida por la doctrina clásica, que concibe la ejecución como posterior a la certeza jurídica.¹⁴³ Roberto Berizonce -en su artículo “tutela anticipada y definitiva” publicado en 1996- señala que esta medida otorga preponderancia a la actividad del juez quien ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa originaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le llevan a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

El profesor Peyrano explica que esta resolución anticipatoria no da lugar a un proceso accesorio, sino que dentro del mismo proceso principal se pide y obtiene una sentencia anticipada. Los efectos que se anticipan son básicamente ejecutivos, por lo que no es dable pretender la anticipación de una sentencia declarativo. Para la configuración de esta resolución anticipada en cualquier tiempo debe concurrir una situación de peligro en la demora y debe existir un grado de conocimiento mayor que se denomina “certeza suficiente,¹⁴⁴ cuasicerteza o alto grado de probabilidad de su existencia”, comprensiva de la fuerte probabilidad que le asiste al

sine condition” y el hecho de “desfigurar” a la tutela cautelar para que cumpla otra función que no sea la de asegurar la eficacia de la sentencia, porque anticipar los efectos de la sentencia le corresponde a una forma diferente de tutela-anticipatoria- y no a la cautelar.

¹⁴³Luiz Guilherme Marinoni, Tutela anticipatoria, medidas cautelares, Jaime Greif (editor) (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2002), 405-406.

¹⁴⁴Para Carlos Carbone, la certeza suficiente supera la mera verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, y está dado por la fuerte probabilidad de existencia del derecho pero que no alcanza el grado de certeza definitiva.

demandante y el riesgo de daño irreparable que se causará a la parte, todo lo cual hace muy difícil reconocer su naturaleza diferente a la de una medida cautelar tradicional. Los requisitos que se exigen para la concesión de una resolución anticipatoria son: a) Que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles. Se encuentra vedada una transferencia de dominio en virtud de una resolución anticipatoria; b) Prueba fehaciente, debe existir una fuerte probabilidad de que la pretensión del actor sea jurídicamente atendible; c) Un peligro en la demora un tanto calificado en relación al de la medida cautelar clásica.¹⁴⁵ Finalmente, la confusión latente en vista del lindero estrecho entre las medidas innovativas en estricto sentido y las anticipatorias, como lo ilustra Jorge Orlando Ramírez, “algunas veces se anticipa innovando y otras se innova sin anticipar”,¹⁴⁶ y es que no resulta fácil tarea la diferenciación entre la medida cautelar y la tutela anticipatoria en cuanto tienen como presupuesto común el peligro de irreparabilidad del daño.

Como reconoce Claudia Alejandra Cava “estas producen, muchas veces idénticos efectos, hacen que la línea divisoria entre ambos resulte difícil de avizorar”,¹⁴⁷ por lo cual hacemos en consideración a parámetros deducidos por nuestra investigación, tenemos que: a) Las primeras denominadas innovativas, tiene un carácter meramente instrumental crean una nueva situación jurídica o restauran la situación anterior indebidamente alterada por el acto para prevenir la continuidad del agravamiento del daño y asegurar la eficacia de la sentencia definitiva; las segundas llamadas anticipatorias, se despecha dentro de un proceso principal pero tienen como efecto el

¹⁴⁵ Jorge Walter, Peyrano, Los nuevos ejes de la Reforma Procesal Civil, Sentencia Anticipada, director Jorge Peyrano (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2000), 20-21.

¹⁴⁶ Jorge Orlando, Ramírez, Función precautelar (Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005), 54.

¹⁴⁷ Cava, en Jaime, Greif, Medidas cautelares, 288.

adelantamiento provisorio de la decisión para evitar un daño irreversible; b) La innovativa en sentido estricto, aseguran el resultado práctico del proceso, es decir, la sentencia futura y tienen como carril el peligro en la demora pero no perciben el probable daño irreparable; mientras que las anticipatorias exigen que en el proceso de cognición cautelar se contemple la certeza suficiente o provisional y el peligro de frustración, ya que satisfacen total o parcialmente la pretensión del actor en la instrucción de la causa, y su soporte es evitar un daño de difícil reparación en el proceso principal; y c) En las innovativas en sentido estricto, el cambio o modificación que se solicita representa el sustento de la demanda incoada, más no la demanda misma; en las anticipatorias el cambio o la innovación que solicita el actor es la realización provisional de la pretensión postulada en la demanda.

2.3.4. Medidas autosatisfactivas.

Las denominadas medidas autosatisfactivas o urgentes, que en palabras del profesor Peyrano, sostiene que se trata de una especie de tutela urgente que no debe confundirse con la tutela cautelar, es decir, no participan en la clase de las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas son una especie del género de los procesos urgentes (dentro del cual están por otra parte las medidas cautelares), se resume esto en su famosa frase "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar", con lo que hace la diferencia entre medidas cautelares clásicas y las autosatisfactivas, señalando el carácter urgente pero no cautelar de éstas. Se les clasifica en forma apartada de la medida cautelar ya que no se quiere desfigurar la teoría cautelar clásica, y en palabras el citado profesor "el verdadero progreso en general –también el jurídico– pasa por lo diferente más que por lo

reciclado".¹⁴⁸De ahí que esta innovación de la denomine también como "tutela diferenciada".

En efecto, realizando una aproximación al ideario de la medida autosatisfactiva, ha dicho que "se trata de un requerimiento urgente formulado al Órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la práctica muchas veces se la haya calificado erróneamente, como una cautela autónoma".¹⁴⁹

Básicamente, son resoluciones dictadas con carácter urgente, sin audiencia de parte, que agotan la pretensión sustancial deducida, es decir, sin necesidad de recurrir a un proceso posterior, por esa razón se les da el nombre de "autosatisfactiva" porque en su dictado se logra la satisfacción de la pretensión del actor y deja abierta la posibilidad de recurrir lo resuelto al perjudicado.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci dice que: "Peyrano enseña que la medida autosatisfactiva procura solucionar coyunturas urgentes, se agota en sí misma y se caracteriza por: a) La existencia del peligro en la demora (igual que la cautelar); b) La fuerte probabilidad de que sean atendibles las

¹⁴⁸ Jorge Walter Peyrano, La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución (Argentina: Rubinzal – Culzoni, 2001), 19 y 20.

¹⁴⁹ Jorge Walter Peyrano, Medidas autosatisfactivas, (Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1999), 13.

pretensiones del peticionario; a diferencia de las cautelares, no basta la mera apariencia del derecho alegado; c) El proceso es autónomo, en el sentido de que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo; y d) La demanda es seguida de la sentencia, por eso en un primer momento, propuso llamarlo proceso monitorio urgente. Sin embargo, ulteriormente sustituyó la denominación por la de medida autosatisfactiva, expresión que denota que el justiciable obtiene inmediatamente la satisfacción de su pretensión, sin que ello dependa de actividades ulteriores.¹⁵⁰ En síntesis, se cataloga a la tutela autosatisfactiva como una medida cautelar autónoma, pero cautelar al fin, cuyas únicas notas distintivas las constituyen la autonomía o falta de instrumentalidad –respecto de un proceso principal– y lo definitivo de la solución en contraposición al carácter provisional de la cautela entendida en su forma clásica.

2.4. Tutela cautelar como garantía de la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva tiene su origen del Derecho alemán, según Couture¹⁵¹ en cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina le asigna una condición de paradigma a la tutela judicial efectiva, Ortiz-Álvarez por su parte nos expone que la tutela judicial efectiva puede ser vista como un principio general del derecho de rango constitucional, pero también puede y debe ser entendido como un derecho fundamental de directa aplicación y de articulación técnica absoluta e inmediata. Por esto se considera un derecho procesal básico y su existencia directa y determinante se ubica -a *grosso*

¹⁵⁰ Aída, Kemelmajer de Carlucci, citada por Sebastián Irún Croskey en su ponencia “Bases para un Código Procesal Civil Panamericano y su aplicación al actual Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno” (en el XX Congreso Panamericano de Derecho Procesal celebrado en Santiago de Chile, 29-31 de agosto de, 2007).

¹⁵¹ Couture, Fundamentos del Derecho procesal civil, 151.

modo- en tres momentos o etapas procesales, a saber: en el acceso a la jurisdicción; en el debido proceso; y en la eficacia de las sentencias.

Cassagne, agrega que la tutela judicial puede ser descripta a través de tres aspectos diferentes. En primer lugar, como *principio general del derecho*, es decir, como mandato que vincula a los jueces y protagonistas del proceso mediante una función integradora, que desplaza cualquier norma que se oponga a la realización efectiva de la tutela judicial, además de la posibilidad de cubrir vacíos normativos.

En segundo término, si se toma el concepto moderno del *derecho subjetivo* (en un sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela judicial efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las acciones procesales que garanticen el acceso pleno a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también, la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas.¹⁵²

En cuanto a la normativa interna no se encuentra disposición constitucional que se refiera expresamente a la tutela judicial efectiva, sin embargo, a través de la jurisprudencia se ha referido a su contenido en el Art.2 Cn. que confluye con el acceso a la jurisdicción, lo cual se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que

¹⁵²Juan Carlos Cassagne, La acción declarativa de inconstitucionalidad, (Argentina: La Ley, 2015), 2

desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, tratándose de un derecho prestacional de configuración legal.¹⁵³

De modo que la tutela jurisdiccional efectiva es un conjunto de derechos fundamentales que garantiza a todo ciudadano, el acceso a los Órganos jurisdiccionales para que a través de un proceso, en el que se respeten sus garantías y derechos, para alcanzar una resolución que se pronuncie sobre el fondo del asunto motivadamente de manera definitiva, y que esté en aptitud de producir efectos en la realidad.¹⁵⁴

Ahora bien, para arribar al punto primordial de la tutela cautelar, tenemos que hilvanar que está relacionada con la palabra garantía, algunas veces se usa como sinónimo de derechos fundamentales, empero esta proviene del término anglosajón *warranty*, que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*) un derecho. Se trata entonces de remedios, formas o procedimientos destinado a la protección de los derechos.¹⁵⁵

En vista de lo anterior se acoge para los efectos de la presente investigación la denominación de tutela cautelar judicial, como todo procedimiento o medio que tiende a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro para proteger la probabilidad de un poder jurídico radicado en la cabeza del

¹⁵³ Sentencia de Amparo, con referencia 348-2004, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁵⁴ Giovanni Francezco Priori Posada, La oposición a las medidas cautelares, (Perú: Advocatus, 2011) 41.

¹⁵⁵ Jorge Horacio Gentile, Derecho Procesal Constitucional y Control de Constitucionalidad, (Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1997), 115.

interesado y cuya duración depende del proceso principal.¹⁵⁶ Su contenido es variable, pues debe adecuarse caso por caso y al diverso contenido de la pretensión definitiva, este es precisamente su carácter distintivo: ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, *la garantía de la garantía*.

La tutela cautelar, presupone el despliegue de una actividad cognitoria sumaria a petición de parte o de oficio, que se constituye un juicio hipotético que no está orientado a producir certeza en el juzgador, tan solo una ostensible apariencia de que el peticionante litiga con razón y que se encuentra frente a un posible peligro de frustración del proceso y ante una ineficaz sentencia de fondo. Del mismo modo, es una actividad ejecutiva -no satisfactiva- instrumental destinada a garantizar la ejecución final del proceso. En este contexto la tutela cautelar, se agota con el pronunciamiento en firme y motivado de la resolución sobre el fondo, amparando la pretensión principal postulada en un inicio por el actor -o el Tribunal Constitucional- en el proceso de inconstitucionalidad.

La medida cautelar es la expresión de la tutela cautelar, que en numerosas ocasiones deben retomarse instrumentos procesales para hacerle frente al factor tiempo, si bien es cierto su tratamiento es diferente en cada proceso, a V.gr. en el proceso penal importa más a la libertad personal y al derecho fundamental a la presunción de inocencia; en procesos no penales el

¹⁵⁶ Las definiciones que han sido empleadas para la elaboración de este común denominador doctrinal, pueden encontrarse en Francisco Ramos Mendez, *Enjuiciamiento civil*, T. II, (Barcelona: Bosch, 1997), 723 y Jorge Fabrega Ponce, *Medidas cautelares*, (Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998).

aspecto más relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva¹⁵⁷ en todos se pretende cumplir con la máxima de administrar pronta y cumplida justicia.

Lo anterior también aplica al proceso constitucional quedirime sobre el parámetro de control presentado, que permite dilucidar si las disposiciones impugnadas deben expulsarse del ordenamiento jurídico, por lo que se estiman necesarias las providencias cautelares para alcanzar una resolución de fondo.

En suma, la tutela cautelar comprende el derecho a pedir, a obtener y a lograr la ejecución de una medida cautelar, su función básicamente consiste en evitar que posibles daños y perjuicios derivados de la duración del proceso, que pueden convertirse en realidad y hagan perder la efectividad de una eventual sentencia definitiva; por consiguiente, ante una amenaza significativa se traduce en una lesión o afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

2.5. Potestad cautelar.

El progreso de la actividad cautelar a través de los años y su evolución dentro del derecho procesal contemporáneo, manifestado principalmente por el papel y protagonismo de los tribunales dentro del ámbito de sus facultades para ordenar providencias cautelares a fin de asegurar la tutela judicial, nos

¹⁵⁷Sentencia de Amparo, con referencias 737-2001, Considerando II (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2002).

motiva para determinar su rol y el marco doctrinario de su facultades para decretar los instrumentos procesales precisos a fin de asegurar la eficacia de la sentencia sobre el fondo. En términos generales, la potestad cautelar es la capacidad de ordenar los instrumentos cautelares que aparecen como los más aptos para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional.

En el proceso de inconstitucionalidad requiere de agilidad, atención y tutela eficaz para cumplir con el derecho de protección jurisdiccional, donde el Juez o Magistrado constitucional, toma preponderancia ya que tiene en sus manos la facultad cautelar de decretar de oficio o a petición de parte, cualquier medida cautelar dentro de su amplio catálogo en los procesos constitucionales para evitar dañar o perjudicar la situación jurídica de las partes, se constituye dentro de un proceso sumario que no tiene por finalidad resolver sobre el fondo, sino que se encamina a garantizar la eficacia del proceso constitucional.¹⁵⁸

2.5.1. Definición.

Para Calamandrei, es aquel poder confiado al juez fuera de los institutos singulares (...) y en virtud del cual el juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso. Redenti dice que es la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo-cautelar, dejando en cada caso al juez, no solo el valorar las razones de su oportunidad y

¹⁵⁸Ferrer Mac-Gregor, Los Poderes del Juez Constitucional y las Medidas Cautelares en controversia constitucional, pag.329-332.

urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una futura providencia de fondo.

El Dr. Rafael Ortiz Ortiz, define al poder cautelar como la función-potestad que cumplen los órganos jurisdiccionales para garantizar previamente la eficacia de la sentencia y efectividad de los derechos que se tutelan en los procedimientos judiciales frente al fundado temor de que algunas circunstancias provenientes de las partes puedan afectarlos.

Se entiende por potestad cautelar genérica la atribución inherente a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de la Sala de lo Constitucional para ordenar las providencias cautelares que se estimen pertinentes y adecuadas, tomando en cuenta las circunstancias fácticas particulares del proceso de inconstitucionalidad, con la finalidad de asegurar su eficacia y evitar los posibles daños por la demora de la sentencia de fondo del asunto.

2.5.2. Clasificación de la potestad cautelar.

Este poder conferido al juez ha sido muy discutido en la doctrina, extendiendo sus posturas tanto a favor como en contra. Chiovenda decía que el derecho a la resolución de cautela es un derecho del Estado fundado en las necesidades de la tutela del derecho,¹⁵⁹ con lo que viene a decir que la potestad general esta conferida no por una norma particular sino que por el

¹⁵⁹José Chiovenda, Principios del Derecho Procesal Civil, T II, (Madrid: Reus, 1977), 283.

ordenamiento jurídico en razón de la necesidad que tiene el Estado de tutelar el Derecho por lo que considera que debe entregarse al Juez el poder de establecer la oportunidad y naturaleza de las medidas cautelares.

Por otro lado, el insigne maestro Calamandrei pese a reconocer la utilidad práctica de la solución amplia, negaba la posibilidad de que existiera en un legislación de la denominada potestad cautelar general, por faltar norma expresa en derecho positivo y por no avenirse con los principios generales del Derecho procesal de su país; señaló que la existencia de un poder cautelar general debe considerarse *iure condito* (excepcional), tomando estas opiniones en consideración, los ordenamientos procesales han vislumbrado otras necesidades que no son suficientemente satisfechas por las medidas cautelares típicas, se ha discutido arduamente la posibilidad de prever otras medidas –innominadas-.

Ante lo cual, se está en presencia de una bifurcación de un poder denominado cautelar que se encuentra clasificado como: a.) Poder cautelar típico, nominado, especial o determinado y b) Poder cautelar general, indeterminado o innominado.

2.5.2.1. Poder cautelar típico, especial o determinado.

Este poder cautelar, es aquella facultad que la ley le confiere al juez en virtud de la cual este puede ordenar las medidas cautelares señaladas en forma estrictamente taxativa, es una atribución que el legislador contempla para establecer en un proceso principal providencias de contenido determinado y

tipificadas especialmente para asegurar esos procesos. Este tipo de poder cautelar (típico) tiene una interpretación restrictiva, es decir, el juez no puede aplicar por analogía una medida cautelar de un proceso en otro distinto y está sujeto a los límites materiales que el propio legislador le establece.

2.5.2.2. Poder cautelar general, indeterminado o innominado.

Se trata de la potestad dirigida y otorgada a los jueces y emanada de la voluntad del legislador para dictar decisiones cautelares que sean adecuadas y pertinentes en el marco de un proceso jurisdiccional y con la finalidad inmediata de evitar el acaecimiento de un daño o una lesión irreparable a los derechos de las partes y la majestad de la justicia. La característica más resaltante de este poder cautelar estriba en que el juez pueden crear cualquier medida cautelar dependiendo de sus respectivas situaciones fácticas que tienda a evitar un daño o una lesión grave o de difícil reparación a los derechos de la otra y puede ser dictada en cualquier procedimiento judicial aun cuando no haya disposición expresa de la respectiva ley que crease tal procedimiento.

Así las cosas, se puede establecer una diferenciación entre uno y otro poder cautelar, la cual se halla circunscrita en que las medidas cautelares típicas o nominadas sólo pueden ser dictadas en determinados procedimientos establecidos por el legislador y su contenido sólo puede ser aquél que el mismo legislador ha establecido previamente en la ley; mientras, que las medidas cautelares atípicas o innominadas, son aquellas que pueden ser dictadas en cualquier procedimiento si estar previamente contempladas en la ley y pueden recaer sobre cualquier contenido.

2.5.3. Naturaleza jurídica de la potestad cautelar.

El poder cautelar general resulta ser una facultad circunstancialmente atribuida a los jueces, sin que la ley efectúe distinción alguna en función del tipo de proceso o del grado en que cada órgano conoce; para llevar a cabo la función cautelar, es virtud de un juicio sumario con el objeto de decretar aquellas medidas cautelares que se estimen indispensables para garantizar la eficacia del proceso principal, mediante una valoración integral del caso en concreto, considerando elementos procesales básicos tales como: La verosimilitud de un derecho amenazado, la demora del proceso y los posibles daños irreparables.

La Sala de lo Constitucional delinea una comprensión de sus facultades cautelares en los procesos constitucionales, dejó de lado el argumento que debía existir una norma expresa que dispusiera su potestad cautelar, e interpreto que la potestad cautelar forma parte de sus atribuciones del poder juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado y de administrar pronta justicia -Arts. 172 Inc. 1° Arts. 182 Ord. 5° Cn.

Retomaron la teoría de los poderes implícitos sobre un enfoque constitucional de sus facultades cautelares, que pretenden la mayor eficacia posible de los procesos constitucionales; pues la tarea fundamental de este Tribunal Constitucional es procurar regularidad constitucional, para lo cual tutela el interés público y el interés de los particulares, intentando en todo momento y a través de todos sus actos un equilibrio a efecto de conseguir el mayor grado de protección a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado y sus instituciones. (Resolución de INC. 63-2013 de fecha 15-VII-

2013). Estamos delante de una “*atribución inherente a la potestad jurisdiccional*” que se ejerce en los procesos constitucionales,¹⁶⁰ no es imprescindible que un sujeto procesal inste a la Sala de lo Constitucional, para decretar medidas cautelares, ya que estas pueden ser decretadas de oficio, puesto que faculta al Juez constitucional para adoptar cualquier providencia cautelar idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional en los procesos constitucionales, de aquí que consideramos que tiene en sus manos un poder-deber, primero poder para dictar todas las medidas cautelares que estime convenientes para evitar la frustración de la eficacia de una sentencia aun no dictada.

2.5.4. Características principales.

En cuanto a este apartado se debe tomar en consideración que no existe un estudio doctrinario que caracterice a la potestad cautelar, ya sea por una falta de claridad al definir sus rasgos operativos o por no encontrarse como tema desarrollado, sin embargo, tomando como premisas las definiciones antes citadas, nosotros hemos realizado un esfuerzo académico para establecer las siguientes características:

2.5.4.1. Jurisdiccionalidad.

La función jurisdiccional se entiende como la potestad que tienen todos los jueces de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,¹⁶¹ es decir, es una atribución

¹⁶⁰Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia: 9-2014, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

¹⁶¹Cf. Art. 172 de la Constitución de la República de El Salvador.

“inherente a la potestad jurisdiccional” que ejercen dentro de los procesos; se ejerce durante todo el desarrollo de un proceso, precisamente también forma parte de esas atribuciones jurisdiccionales, la decisión sobre una medida cautelar que sirve para garantizar la eficacia de la resolución final. Por esto, la potestad cautelar solo puede ser ordenada exclusivamente por el Órgano jurisdiccional (y con competencial idónea), que tiene autoridad y poder suficiente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de conformidad a los Arts.172 Inc. 1°, 182 Ord. 5° y 183 Cn.-La jurisdiccionalidad también contempla a los Tribunales especiales, dentro de los cuales se pueden catalogar a nuestra S.C. que en su faena de garantizar la eficacia de sus resoluciones, ordena providencias para asegurar un resultado pragmático, en cuanto implican una potestad claramente jurisdiccional y por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo al Órgano Judicial que tienen encomendado su ejercicio.¹⁶²

2.5.4.2. Discrecionalidad

Esta característica constituye un acto voluntario por parte del juez constitucional, en cuanto selecciona dentro de un catálogo amplio la medida cautelar precisa para un caso en concreto, al respecto Hernández Valle señala que: Esta facultad cautelar del juez constitucional es muy amplia y le permite dictar no sólo medidas cautelares típicas, sino también de naturaleza atípica, es decir, de carácter innovativo. Galeno Lacerna añade que la discreción del juez no significa arbitrariedad, sino libertad de escogencia y determinación dentro de los límites de la ley.

¹⁶² Manuel Ortells Ramos, Derecho jurisdiccional, T. II, Vol. 2, (Barcelona, 1991), 270 citado por Rodrigo Arias Grillo, La actividad cautelar en los procesos constitucionales, Costa Rica: Revista de Ciencias Jurídicas N° 116, (mayo-agosto, 2008), 83.

Monroy Palacios, al entender que la discrecionalidad alude no solo a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional mantenga un margen de libertad en la determinación de la solución adecuada a un problema jurídico, sino también que tal actuación (dentro del margen de libertad) no se encuentra sometida a una revisión anterior, entiende que la discrecionalidad no se presenta en sede procesal y que el juez lo que tiene es un margen de libertad interpretativa delineada por tópicos (como los principios procesales, morales entre otros) frente al deber de motivación, el cual garantiza una tramitación y posterior composición justa del proceso.¹⁶³

En perspectiva no se trata pues de una arbitraria discrecionalidad, sino como bien indica Rengel Romberg es una discrecionalidad técnica otorgada al juez en este campo, que lo autoriza para obrar lo más equitativo y racional al servicio de la justicia, al margen de su elección o determinación de la medida cautelar más idónea y proporcional, en este supuesto es necesario aclarar que la potestad cautelar genérica del Juez constitucional debe descansar sobre dos pilares, el primero la satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial y la segunda sobre los límites constitucionales de sus facultades.

2.5.4.3. Idoneidad.

Rubén Hernández Valle nos dice que la medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege. Por ello, las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos

¹⁶³Monroy Palacios, Bases para formación de una teoría cautelar, 377.

constitucionales, sino que más bien debe ser *numerus apertus* a fin de que cumplan con la función de la tutela efectiva en el caso en concreto.¹⁶⁴

Debido a la idoneidad que debe exhibir la medida para asegurar, según las circunstancias provisorias de mérito; en la individualización del contenido de la medida el juez no se encuentra vinculado ante los modelos de las medidas típicas ni de la sentencia de mérito, por lo que no solo podrá crear instrumentos y efectos de tutela judicial diversos sino formalmente autónomos respecto del contenido de la futura decisión producto de la cognición plena y exhaustiva. Esta característica se deriva de la abstracción y generalidad de los casos que presentan peculiaridades infinitas, de ahí que el juez juega un papel preponderante, que deja atrás la metodología que se reducía al viejo silogismo (premisa mayor: la ley, premisa menor: las circunstancias de hecho, conclusión: la decisión) y atiende a las particularidades de cada situación fáctica presentada, en sentido le corresponde al juez constitucional evaluar la idoneidad, pertinencia y adecuación de la providencia cautelar seleccionada que favorezca para asegurar la sentencia sobre el fondo y atienda al específico daño temido.

2.5.4.4. Racionalidad.

Couture la entiende como la facultad circunstancialmente atribuida a los Jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos, sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender. La racionalidad exige del juez constitucional incisivos poderes de control, para juzgar o evaluar la escogencia de la providencia

¹⁶⁴Hernández Valle, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, 136.

cautelar más adecuada y suficiente a efectos de alcanzar su objetivo de asegurar la decisión sobre el proceso principal, sin que se sacrifique principios o derechos constitucionales.

Existe una tensión entre la necesidad de que existan instrumentos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales y el hecho de que esos mecanismos puede afectar la esfera jurídica del sujeto pasivo de la providencia, precisamente la ley debe establecer los requisitos que deben ser cumplidos para decretar una medida cautelar que aun cuando es innominada, no significa arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez para obrar consultando la equidad y la razonabilidad. La potestad cautelar se visualiza básicamente en el juicio cautelar, cuando el Tribunal Constitucional al desplegar su facultad debe ponderar los posibles daños y perjuicios podrían causar a los intereses públicos -cuya tutela le es encomendada-, por ordenar una medida cautelar contraria al interés general.

2.5.5. Finalidad.

Básicamente la finalidad que persigue la prevención cautelar, es cubrir el deber abstracto de impartir justicia de parte del Estado, en el entendido de garantizar el derecho concreto a una protección jurisdiccional a los particulares y el estricto resguardo del interés público, en cuanto puedan considerarse que los efectos que puedan suscitarse durante el juzgamiento de actos o disposiciones controvertidos puedan afectar gravemente la esfera jurídica del pretensor. Con este planteamiento hecho respecto de la finalidad de la potestad cautelar, el *fin mediato*, es asegurar la efectividad del proceso

mientras este dure por la vía de la satisfacción anticipada y útil de los derechos mismos, que ha sido desconocidos o violados antes de la pretensión cautelar. El objeto de la *finalidad inmediata* es lograr preservar la situación para que no se agrave o restablecer la situación jurídica discutida con el simplemente propósito de evitar que durante el iter procesal puedan causarse perjuicios irreparables después de dictada la resolución final, mediante eliminación de conductas lesivas de cualquiera de las partes a través de un mandato judicial de hacer o de no hacer, y que la sentencia sobre el fondo que se dicte resulte la más adecuada para la situación planteada al ab initio de la demanda evitándose así su inoficiosidad en la realidad.¹⁶⁵

2.5.6.Limites a la potestad cautelar.

El contenido de la potestad jurisdiccional viene determinado por una fuerza jurídicamente vinculante a terceros, lo que garantiza la supremacía del órgano jurisdiccional frente a las partes y la que hace eficaz en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones. Se debe ser sumamente cuidadoso al determinar su campo de aplicación, ya que la amplitud y falta de regulación de la norma que la consagra hace que puedan resultar peligrosas en la práctica. Los jueces además de dirimir conflictos entre las partes cumplen la importante misión de resguardar el principio de supremacía constitucional, en tal sentido el juez constitucional tiene que auxiliarse de la

¹⁶⁵Se tomó en consideración la opinión vertida por Calderón Cuadrado, según la cual la finalidad pretendida con la tutela cautelar solo se logra in fine el litigante victorioso, obtiene la satisfacción de su derecho en los términos que fue concedido por la resolución judicial ya que en caso contrario la sentencia no sería efectiva, o si lo es, pero parcialmente. (Cf. María Pía Calderón Cuadrado, Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil (Madrid: Ed. Civitas, 1992), 146.

función cautelar la cual es una manifestación de la misma jurisdicción a efecto de asegurar el cumplimiento de las sentencias; por lo que lleva a concluir que las medidas cautelares son herramientas de amplia gama que están íntimamente vinculadas a la discrecionalidad del Juez que le permite elegir la –medida cautelar– más idónea para el daño específicamente temido, sin embargo, esto no significa que su facultad no tenga límites, al configurarlas debe respetar las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho de defensa del sujeto pasivo de la providencia, pues de lo contrario sería arbitraria.

Coing nos habla de un mandamiento de justicia, el cual denomina *iustitiaprotectiva*, que reza así: “Todo poder de un hombre sobre otro tiene que ser limitado. El poder ilimitado está en contradicción con el derecho”.¹⁶⁶ Así mismo nos indica el mencionado iusfilósofo los cuatro principios de limitación del poder, entendido en sentido amplio: i) En la medida en que son necesarias posiciones de poder, deben limitarse a las dimensiones exigidas por la naturaleza de la cosa (sus fines perseguidos); ii) Ninguna posición de poder puede excluir a otro del disfrute de sus derechos fundamentales; iii) También el titular del poder está ligado por los principios de la lealtad y la confianza en el tráfico de los sometidos a dicho poder; y iv) Todo poder debe ser supervisado;¹⁶⁷ de hecho este asunto representa un tema que ha dado motivos a candentes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales y que aún no logra un consenso general. Sobre este punto se acoge la opinión del maestro Calamandrei y a tales efectos expresa que presidiendo de las consideraciones estrictamente exegéticas, puede concluirse en una posición negativa del poder cautelar general a través de

¹⁶⁶ Helmut Coing, *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, Trad. Juan Manuel Mauri, (Barcelona: Ed. Ariel, 1976), 193

¹⁶⁷ *Ibidem*, .195-196.

los principios de Derecho procesal, por ello identificamos máximas que pueden considerarse colindantes de la actividad cautelar del Juez constitucional y los cuales deben ser respetados al momento de la configuración de la medida cautelar, tales como los siguientes:

2.5.6.1. Principio de legalidad.

Corresponde acá tratar al principio de legalidad desde el punto de vista negativo: que consiste en la imposibilidad de la potestad cautelar de actuar en los casos y formas previstas en la ley, los únicos actos procesales validos son aquellos que devienen de un cuerpo normativo, dicho de otro modo no hay actuación cautelar si no esté previsto en una ley procesal. La coerción que puede ejercerse sobre la parte pasiva del proceso ó a través de actos procesales de aseguramiento debe considerarse mesurablemente bajo el parámetro de una ley. El principio de legalidad procesal, en su vertiente negativa, no solo se opone a adopción pretoriana de una medida cautelar atípica sino aquella -que no se encuentre determinada, ni siquiera genéricamente en una ley procesal- porque se caería en la falta de tipicidad.

En este punto no debemos olvidar el principio de reserva de ley, que en líneas generales consiste en la existencia de una norma creada o emanada por el ente competente, donde éste allá establecido sus generalidades, preceptos o categorías y consecuencias jurídicas. Este principio procesal se veía eludido si se llegase aceptar que una potestad como la cautelar, no tenga fundamento legal de su elementos típicos tales como: su existencia, competencia, tiempo de ejecución, y la posibilidad a posteriori de su revocación o sustitución; con el agravante que adicionalmente puede llegar

restringir derechos de categoría constitucional, en otras palabras, la facultad cautelar en teoría no puede ser ejercida sin una cobertura legal expresa.¹⁶⁸ Lo *supra* señalado no significa que tanto los jueces como los magistrados no puedan utilizar adecuadamente la potestad cautelar genérica, y utilizar todos los instrumentos y métodos jurídicos que la doctrina y la jurisprudencia pone a su disposición para establecer los efectos interpretativos o lógicos en que pudiera incurrir tratándose de la materia cautelar.

En definitiva lo que se pretende con el principio de legalidad procesal es que el juez o Tribunal, lleve a cabo una actuación cautelar de la cual pueda sustentarse su existencia, y su competencia para decretar las medidas adecuadas y el alcance de las providencias mediante una delimitación eminente de rango legal.

2.5.6.2. Principio de proporcionalidad.

En el Derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la medida cautelar estrictamente indispensable para alcanzar la tutela judicial.

Este principio estriba en que toda providencia cautelar debe ser proporcional y racional a los fines constitucionales perseguidos para asegurar la protección eficaz de los derechos y garantías establecidos por nuestra Carta Magna, por

¹⁶⁸ Javier Vecina Cifuentes, La potestad cautelar: contenido y límites, (Estudios jurídicos, España, 2004) 5314-5315.

su alcance no tiene que afectar otro derecho fundamental u otro principio constitucional, es una prohibición de exceso criterio para determinar la medida cautelar más idónea para asegurar la eficacia del proceso.¹⁶⁹ La aplicación del principio de proporcionalidad implica evitar un posible conflicto de derechos constitucionales, busca una vigencia armoniosa en la realidad de ambos contendientes, el supuesto conflicto no se da entre los derechos en abstracto sino entre las prestaciones de sus titulares en casos concretos.¹⁷⁰ El principio de proporcionalidad impronta una función argumentativa del Juez constitucional para determinar las medida cautelares adecuadas y pertinentes con el objeto a ser tutelado; deberán ser siempre proporcionales y necesarias en relación al fin que se persigue. La importancia de la intervención debe estar justificada en la realización o satisfacción de un fin y dependerá de la gravedad del caso y las circunstancias particulares del mismo, y en ningún caso podrán ser excesivas, desproporcionadas o por temas aislados que no obedecen al proceso principal, y por otro lado, requieren que no se afecte los derechos y garantías del sujeto pasivo o los intereses públicos. La proporcionalidad se puede descomponerse en dos elementos importantes a destacar: a) La idoneidad, que importa un juicio referente a si el tipo de medida o providencia cautelar, a ser adoptada cumple o no con su finalidad de satisfacer la necesidad de proteger y garantizar el objeto del proceso principal así como la efectividad de la sentencia; y b) la necesidad de elegir aquella medida cautelar que afecte lo menos posible la esfera jurídica de las personas destinatarias de la tutela, el interés general y el de terceros coadyuvantes, así como disponer de una base fáctica suficiente para su adopción.¹⁷¹

¹⁶⁹Rubén, Sánchez Gil, El Principio de proporcionalidad (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007), 20.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 23

¹⁷¹ López Camacho, Las medidas cautelares, 116.

2.5.6.2 Principio de contradicción.

Proto Pisani establece los límites del juez italiano en la determinación del contenido de las *provvedimenti d'urgenza*, y entre otros destaca: i) El respecto al principio contradictorio o bien a la garantía constitucional del derecho a la defensa, lo que excluye la posibilidad de emanar providencias atípicas contra sujetos que no hayan participado en el procedimiento sumario que culmina con la emanación de la decisión sobre el acogimiento de las medidas atípicas. En el juicio cautelar se genera una verdadera tensión entre los derechos del actor (quien pretende evitar el riesgo en la demora y la ineficacia de una sentencia estimativa) y los del demandado destinatario de la medida (quien se vería perjudicado, en sus derechos si resultare excesiva) es evidente que hay contradicción en cuanto impone brindar a las partes procesales. La posibilidad de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones mediante alegatos de los hechos que los fundamentan y la oportunidad de aportar pruebas y su correspondiente práctica, esto implica plena libertad e igualdad de armas en los actos de prueba, así como de postulación e impugnación que se consideren necesarios para hacer valer su derecho a la defensa y al debido proceso que constituyen garantías inherentes a la persona humana -Arts.11 y 12 Cn.-Es oportuno retomar el comentario de María Buonghermini, el carácter sumario y la falta de sustanciación que identifican al proceso cautelar no importa una exclusión absoluta del derecho a la defensa, sino tan solo su diferimiento a un momento posterior: aquél en el cual el afectado puede impugnar la medida o solicitar su modificación o levantamiento. Esto significa que en un primer momento se sacrifica el principio de contradicción, atendiendo a la urgencia de la necesidad que la medida cautelar pretende satisfacer.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD: SU NECESIDAD DE REGULACIÓN.

Actualmente se cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, esto se debe a los incansables esfuerzos de la S.C. por modernizar el sistema cautelar, incidió de manera directa para que tomara un papel preponderante para viabilizar una verdadera tutela jurisdiccional, al prever en su jurisprudencia la posibilidad de ordenar instrumentos procesales de índole positivo, que atiendan a la complejidad de las hipotéticas situaciones que se puedan presentar dentro de este tipo procesos.

Tenemos que alcanzar a corto plazo el siguiente paso, por lo que debemos proferir al legislador, para que estructurare una ley procesal moderna que cuente con un sistema cautelar mixto equiparable al de otros países, que perciben la posibilidad de las medidas innominadas como una facultad residual, con la cual se provee al Juzgador constitucional de herramientas procesales cuyo objeto es asegurar la eficacia de los procesos constitucionales.

3.1. Las medidas cautelares innominadas.

El insigne maestro italiano Francesco Carnelutti expreso que existen medidas cautelares innominadas, que el legislador había creído que no debía prever genéricamente, por el temor de que la necesidad a la que responde el

proceso cautelar, se manifieste en formas diversas diferentes a las formas ya reconocidas. En la actualidad con la evolución del Derecho procesal se ha desvanecido este temor infundado.

Jorge Ramírez expresa que las medidas cautelares genéricas e innominadas son aquellas que pueden ser dispuestas para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional específica, a cuyo respecto resultan insuficientes o excesivas las medidas precautorias expresamente contempladas en la ley.

Como los antes señalado, las providencias se caracterizan por su atipicidad y subsidiaridad, podemos apreciar que nuestro Derecho y en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, las medidas innominadas funcionan en dos sentidos, es decir, sea “*prohibiendo o autorizando*” la ejecución de determinadas actividades.

Se aprecia inmediatamente que no se trata en stricto sensu de introducir una modificación a la esfera jurídica de las partes, sino más bien hacer cesar la situación y los posibles daños, ya sea prohibiendo una conducta que puede lesionar el derecho de una de las partes o autorizando a alguna de ellas a la realización de una actividad para que la conducta de la otra no logre lesionar un derecho en concreto.

Sin embargo, es probable que las autorizaciones comporten una modificación de la situación de hecho o de derecho de las partes, en este

supuesto, la medida innominada será equivalente a una innovación, que no funcionaria de la misma manera cuando se trata de las prohibiciones.

3.1.1 Carencia expresa de las medidas cautelares innominadas en la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Como introducción se expone que por norma formal se conciben a los preceptos creados por Órganos especiales a través de un proceso regulado formalmente, y se les da el nombre de leyes o normas de derecho escrito.

El sistema jurídico salvadoreño, se reduce en pocas palabras a que una norma formal es cuando se ha seguido el proceso de formación de ley previsto en la Constitución (Arts. 133-143), en cuanto un anteproyecto alcanza aprobación por la Asamblea Legislativa, incontinenti es sancionada por el titular del Poder Ejecutivo y luego es publicada en el Diario Oficial para posteriormente pueda entrar en vigencia.¹⁷²

Ahora bien, es conocido por la mayoría que la actual L.Pr.Cn., es una ley pre-constitucional, que no se encuentra en total afinidad con la Constitución de la República (de 1983); esto no quita su vigencia desde el punto de vista formal; por otro lado, no puede obviarse que no todo derecho vigente es positivo, como tampoco, todo derecho positivo¹⁷³ es vigente, la ley en

¹⁷²La vigencia es un atributo puramente formal, en cual el Estado imprime su sello a las normas sancionadas.

¹⁷³Derecho positivo es aquel que se observa socialmente, La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, así se trate de preceptos vigentes o no vigentes. Sinónimo de eficaz o viviente, como lo llama Villoro.

comento está vigente pero desprovista de eficacia¹⁷⁴ en nuestra época. En otras palabras, es evidente que la L.Pr.Cn. cuenta con cincuenta y cinco años de vigencia, ha perdido su efectividad, en su finalidad palmaria y para nada despreciable de ayudar a operativizar la defensa de la constitucionalidad, ha tratado de establecer instituciones y mecanismos adecuados para lograr garantizar el catalogo de derechos de nuestra ley suprema, sin embargo, la realidad no es del todo alentadora; se traduce en ineficacia e insuficiencia, puesto que ya no cubre las necesidades para las cuales se creó dicho cuerpo normativo, si bien es cierto en muchas ocasiones nuestro Legislador ha tenido la posibilidad de actualizar dicho cuerpo normativo, y debe estar en constante evolución procurando siempre adaptarse al constante progreso con las más modernas tendencias del Derecho procesal constitucional.

Es cierto que la ley en materia procesal constitucional contempla una medida cautelar denominada “suspensión del acto reclamado”¹⁷⁵ providencia que tiene como objetivo conservar la situación fáctica o jurídica, pero no es menos cierto, que el legislador de la época difícilmente distinguió la posibilidad de otro tipo providencias cautelares en caso que esta se volviera insuficiente para garantizar el derecho a obtener una tutela efectiva.

No se puede pretender encontrar en dicha ley la regulación de instrumentos procesales que al momento de su creación (la L.Pr.Cn. de 1960) no se

¹⁷⁴ Según el diccionario del célebre autor Manuel Osorio, eficacia consiste en dos figuras la primera como la conducta prescrita y necesaria en un orden jurídico y la segunda es la relación de la aplicación de la norma con forme a las decisiones de funcionarios previstos para este tipo de decisiones.

¹⁷⁵ La naturaleza del acto reclamado de acuerdo a la doctrina, en general, se sostiene que se trata de una medida cautelar, según Héctor Fix Samudio, en Ensayos sobre el Derecho de Amparo (México: Porrúa, 1999), 64.

discutía la posibilidad de regular otras medidas cautelares en los procesos de constitucionales o a lo mejor era una idea demasiado vanguardista, y por ende solo se discutía en el ámbito puramente académico, también no es del todo extraño dilucidar que en los fallos anteriores de la Sala de lo Constitucional se resolvía desde una perspectiva prohibitiva, ante la ausencia de una norma, equivaldría a la limitación o restricción de posibilidades de precisar sobre otro tipos de cautelas, pero claro, estábamos ante una interpretación subjetiva que pretendería descifrar la intención de los legisladores de esa época.

En conclusión, se colige que en la citada ley existe una total ausencia de regulación expresa, por otro lado, se encuentra como antes lo indicamos un cuerpo normativo obsoleto por décadas, y que por lo tanto no puede considerarse plenamente desarrolladora de la potestad general cautelar de la honorable Sala de lo Constitucional que –actualmente- no se exige autorización legal específica para adoptar una medida cautelar innominada en los procesos constitucionales.

3.1.2. Orígenes del sistema de medidas cautelares innominadas.

La doctrina clásica italiana, ha sido por mucho el cimiento de el Derecho procesal en general, motivaron una discusión científica con el objeto de sistematizar las medidas cautelares mediante estudios realizados por los maestros Chiovenda, Carnellutti y Calamandrei, quienes desde entonces ya mencionaban, la posibilidad de que el juez atendiendo a las circunstancias concretas del caso, pudiera tomar otra medida cautelar no contemplada taxativamente en la ley, denominada “medida cautelar genérica o

innominada”. Segundo, expusieron que la medida cautelar no sólo aseguraba el resultado eficaz del proceso (conservando el estado de hecho o de derecho existentes), sino que también habían medidas cautelares que podían modificar tal estado de hecho o de derecho; y tercero que fruto de estas medidas innovativas, en algunos supuestos éstas consistirían en adelantar los efectos de la sentencia final, incluso Calamandrei al realizar su clasificación de las medidas cautelares, identifica en su tercer grupo a la “anticipación de providencias decisorias” que son el equivalente de las medidas anticipatorias.

En igual sentido, el maestro Carnelutti en sus últimos desarrollos doctrinales dividió los procesos cautelares en inhibitorios, restitutorios y anticipatorios,¹⁷⁶ lo cual contribuyó decisivamente para que estos conceptos extremadamente polémicos se insertaran en la teoría de la función cautelar, por la doctrina académica se inclinó por insistir en el aumento de los poderes del juez y se afirma que el origen de ello está en el Art. 700 del Código Procesal Civil italiano de 1940.

La idea era reencontrar al derecho sustancial y al derecho procesal que se había separado peligrosamente -y en el que iba prevaleciendo el rito formalista sobre el derecho sustancial- en una relación de interdependencia.

¹⁷⁶Carnelutti, había criticado la clasificación bipartita del proceso cautelar en conservativo e innovativo, ya que toda providencia aporta una novedad, algo que de otra manera no hubiera ocurrido. Por ello propone una división tripartita consiente al modo con el cual la fijación de la situación de hecho entre los litigantes es garantizada: inhibición, eliminación (restitutorio) o anticipatorio del cambio, quien nos introducía en este tema en los siguiente términos: Otras veces de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que si recayese en el momento norma, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente, lo mismo respecto al proveimiento del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo. Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Trad. Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo, (Buenos Aires: Editorial UTEHA, 1944), 250.

Además, se debía dar cumplimiento al “valor también democrático” de la *eficacia* de la jurisdicción, que según Peyrano, ya se encontraba recogido en la Constitución Italiana de 1947, pero que encontró su auge desde la consagración de la tutela judicial en el Derecho Español con la Constitución de 1978 y con el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁷⁷

Esto llevó a reflexionar y discutir sobre la lentitud del “proceso de conocimiento pleno” (tutela ordinaria), la importancia de crear “procedimientos especiales” que en Italia dio como fruto inmediato el procedimiento especial en material laboral, y la necesidad de retomar la atención a las tutelas sumarias, que hasta entonces solo habían sido estudiadas con un relativo grado de importancia en el seno de las medidas cautelares, con el fin de hacer realidad los principios de economía procesal y sobre todo de eficacia y de efectividad. Esta preocupación tuvo eco en el VII Congreso Mundial de Derecho Procesal realizado en 1983, que se celebró con el lema “effectiveness of judicial protection and constitutional order” y en el IX Congreso Mundial del Instituto Internacional de Derecho Procesal de Holanda, realizado en Utrecht en agosto de 1987 con la frase “Justice and efficiency”; y en el XI Congreso Mundial de Derecho Procesal realizado en Viena, en el que se discutieron temas sobre “el buen servicio de justicia brindado en el tiempo oportuno”.

En este contexto se presentaron las denominadas *tutelas de urgencia* que, como una de las manifestaciones de la tutela diferenciada, se caracterizan

¹⁷⁷Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada del 7 al 22 de noviembre de 1969, (Ratificada por la República de El Salvador, 1995).

por dar una respuesta jurisdiccional rápida y oportuna a situaciones que no soportan la duración de los procesos de tutela ordinaria porque de someterse a ellos, resultarían irreversiblemente afectados los derechos materiales exigidos por las partes.

Es decir, en otras palabras, las tutelas de urgencia nacen en contraposición a la tutela ordinaria que resulta lenta para la resolución efectiva y oportuna de determinados conflictos que necesitan de la inmediata y oportuna tutela jurídica. Esta tutela estaría conformada en particular por tres técnicas que satisfacen su objetivo: *tutela cautelar, tutela anticipatoria y medidas autosatisfactivas*.

A pesar del paso del tiempo en su consagración aún no se encuentra delineado su verdadera esencia, corresponde escudriñar su latinización, por lo que se ha elegido exponer el caso de América del Sur no por azar, por tal razón no es raro que surgiera allí interesantes contribuciones a la tutela cautelar innovativa, se cree que se encuentra en la etapa de elaboración como tema, y entre sus principales impulsores se encuentran a los profesores Luiz Guilherme Marinoni, Augusto Morello, Jorge Peyrano y Rafael Ortiz Ortiz puesto que su saber ha sido muy bien recibido por gran parte de los procesalistas.

En El Salvador precisar sobre el génesis de las providencias cautelares innominadas en materia constitucional, es considerar primero que la L.Pr.Cn., cuenta con más de cincuenta y cinco años de existencia, no era posible pretender encontrar en dicha ley la regulación de institutos procesales que en su momento de formación no se discutían o no existían; lo que obligo en la

práctica, que por la vía de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional., tuviera que actualizar la temática cautelar en la justicia constitucional de conformidad con las exigencias de la modernidad, con fundamento en el -Art. 172 Cn.- que contiene una habilitación para poder juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, está implícita el de hacer efectivas las decisiones judiciales y evitar la obstrucción de la justicia, esto es evocar la potestad cautelar de la S.C., para emitir y pronunciarse sobre medidas cautelares no previstas por la ley, para evitar pronunciamientos del Juez constitucional resulten inoperantes o inocuos en la realidad.

La búsqueda de su raíz es una tarea compleja y ardua sin duda, sin embargo, tomamos las reseñas del tratadista *Montecino Giralt*, quien dice que sus primeras aproximaciones surgieron en el proceso de amparo, para lo cual cita el auto de admisión del amparo con referencia 626-2000 del 14-XII-2000 como primer precedente sobre todo para dictar en el caso en concreto otra medida cautelar distintita a la suspensión del acto reclamado, en concreto.

La anotación preventiva de la demanda de amparo.¹⁷⁸ Es en el auto de admisión de amparo con referencia 12-2002¹⁷⁹ promovido por un paciente que padecía de SIDA a quien se le negó proporcionarle el medicamento antiviral denominado triple terapia o terapia antirretroviral asociada, por esto al peligrar su derecho a la vida y a la salud, la S.C. ordeno como medida innovativa: Que las autoridades del sistema nacional de salud debían suministrar al demandante los medicamentos adecuados para el tratamiento

¹⁷⁸ Montecino Giralt, Las medidas cautelares en el proceso de amparo, 148.

¹⁷⁹ Auto pronunciado en el proceso de amparo, con referencia: 12-2002, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2002).

de su enfermedad, una vez realizadas las pruebas o exámenes necesarios; en el mismo sentido, a otro paciente portador de la misma enfermedad, se le otorgo su medicamento de resistencia al VIH,¹⁸⁰ lo que reafirma un precedente judicial.

Otra reseña la constituye el amparo interpuesto por el Licenciado Escobar Portillo quien ingreso a laborar en la Fiscalía General de la República el 18-IV-1995 y quien llego a fungir como director de la División de los Intereses de la Sociedad de San Salvador, hasta que el 15-XII-2009, luego se le comunicó que por instrucciones del Fiscal General sería trasladado al puesto de asesor de la Unidad de Asuntos Legales Internacionales con su "misma plaza nominal"; el 19-I-2010 fue convocado a una reunión en la que se le ofreció firmar su nuevo contrato, sin embargo, al presentarse a trabajar a dicha Unidad, no le remuneraron al igual que su plaza nominal, por estos hechos la S.C. ordenó como medida cautelar innovativa que el Fiscal General garantizara al peticionario el pago íntegro del remanente que le correspondía de conformidad con el trabajo que desarrollaba en la aludida institución, este es, la diferencia resultante entre el salario que le correspondía al interesado - según su "nuevo cargo" y los respectivos descuentos legales que se le efectuaban. Como arribos más cercanos se encuentra el proceso de amparo con referencia 155-2013¹⁸¹ incoado por el señor Burgos Viale según indica con fecha 17-I-2013 presentó a la Oficina de Información Pública de la A.L., una petición de acceso a la información consistente en copias de Acuerdos de Junta Directiva de la citada institución a través de los cuales se tomó la decisión de adquirir obras de arte, regalos de navidad y bebidas relacionados

¹⁸⁰Auto pronunciado en el proceso de amparo con referencia: 166-2009, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁸¹ Auto pronunciado en el proceso de amparo, con referencia 155-2013, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

en diversas notas periodísticas. Expresó además que con fecha 30-I-2013 la referida Oficina de Información Pública respondió su solicitud en los siguientes términos:

En relación con las copias de Acuerdos de Junta Directiva, le fue expresado que tal información estaba clasificada como confidencial de acuerdo con la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) en este caso se la medida cautelar ordena consistía en que la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa debía tomar medidas especiales de resguardo y copia de seguridad de la información que fue requerida por el actor, así como remitir a la Sala, copia de la aludida información, esto con el objeto de asegurar la eficacia del proceso.

No se puede dejar de lado el tan célebre caso de “Beatriz” que solicitaba autorización para practicarse un aborto ya que padecía de lupus eritematoso sistémico con manifestaciones discoides agravado con nefritis lúpica y que a la fecha de la presentación de la demanda, tenía aproximadamente dieciocho semanas de embarazo de un feto con anencefalia, siendo dicha anomalía incompatible con la vida extrauterina, esto según informe del Jefe del Servicio de Perinatología del Hospital Nacional de Maternidad.

En esas condiciones -señalaron- es necesario interrumpir la gestación de manera se le ha practicado tal intervención, debido a que el Jefe de la Unidad Jurídica del referido hospital ha requerido opinión sobre el caso a la Junta de la Protección de la Niñez. La Sala de lo Constitucional por su parte asegurando su derecho a la salud ordeno una providencia cautelar innovativa a las Autoridades demandadas que prestaran a la señora B.C. el tratamiento

médico idóneo para la protección de los derechos alegados y además que reservaran su identidad y la de su familia.

La definición y configuración constitucional de la función cautelar en el proceso de inconstitucional, antela ausencia de una norma formal prohibitiva o regulativa de la misma, se debe a los esfuerzos por la vía jurisprudencial de la S.C., que llevo a una autorización implícita prevista en los Arts. 2,172, 174 y 183 Cn., que interpretados de un modo armónico enunciaron que la potestad cautelar es de la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional, por lo tanto es una atribución propia, inherente, consustancial, inmanente a la función jurisdiccional.¹⁸²

García de Enterría en su obra “la batalla por las medidas cautelares”, sostiene que la competencia para acordar medidas cautelares no es en sí misma una competencia distinta a la de enjuiciar o decidir. Esto supone que el Art.172 Cn. determina que corresponde al Órgano Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y dentro de esta se encuentra su poder cautelar propio de la función jurisdiccional de la Sala de lo Constitucional, para emitir y pronunciar las medidas cautelares cuando la situación lo amerite para prevenir y asegurar el resultado del proceso, y a su vez se convierte en un deber de cumplimiento de su propio mandato, por lo tanto la fuente del poder jurisdiccional de esta Sala radica en la Constitución misma.

El Art.86 Cn. estable el principio de legalidad de las actuaciones de los funcionarios y poderes públicos, no es menos cierto que la interpretación de

¹⁸² Auto pronunciado en el proceso de INC. con referencias 8-2014, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

los Arts. 2y 172 Cn. establecen la habilitación constitucional de las facultades cautelares de la S.C., en este caso solo podría existir violación al citado artículo cuando se desentendiera una ley prohibitiva de medidas cautelares o una ley regulativa de las mismas.

En este orden de ideas, se debe traer a colación el auto pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 4-2003 del 16-IX-2003, que se presupone como el precedente más reiterado en la jurisprudencia constitucional, en relación a la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando el objeto de control 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, agregan que estas implican una idea de prevención, pues con su imposición se pretende evitar esas posibles frustraciones, tanto en 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 sobre el fondo.

3.1.3. Producción Jurisprudencial de medidas cautelares innominadas.

3.1.3.1. Contexto socio-histórico.

Situar en contexto histórico las medidas cautelares innominadas respecto a los procesos constitucionales se debe establecer que sus primeras proximidades dimensionadas según la investigación y tomando la opinión de Montecio Giralt, según nos indica con autos pronunciados en los procesos de

amparo con referencias 626-2000 y 12-2002, y que posteriormente observamos que en el proceso de inconstitucionalidad se establece la posibilidad de adoptar las medidas cautelares con la interlocutoria con referencia 4-2003 de fecha 16-IX-2003, que fue un incentivo para brindar una promoción bastante progresista de la S.C.(Magistraturadel 16/VII/2009 hasta el 15/VII/2018)que con reiteradas resoluciones a partir de fecha cuatro de diciembre de dos mil trece hasta en la actualidad (2016), que nos brindan un fuerte indicativo que estamos delante en una época de verdadera tutela cautelar innominada que se vislumbra en nuestro procesos constitucionales.

3.1.3.2 Al margen de la interpretación subjetiva de la Sala de lo Constitucional.

Se destaca la opinión de UlrichKlug en su trabajo "*Lógica jurídica*", *la interpretación subjetiva* sólo es un recurso auxiliar que funciona en el marco de la interpretación objetiva, entendiendo por tal aquella que se preocupa por el sentido que se puede derivar de los axiomas teleológicos consciente o inconscientemente supuestos en el momento en que se lleva a cabo la interpretación.

El Tribunal constitucional tiene en sus manos la interpretación constitucional que debe realizarse con la finalidad de garantizar la mejor y óptima defensa de la constitucionalidad, bajo esta ineludible exigencia, la legalidad de sus decisiones estará dada por la calidad de su argumentación, en tanto y en cuanto, puedan fundamentar sus resoluciones acordes al texto constitucional, a través de un razonamiento propiamente jurídico. Dicha exigencia es particularmente relevante en materia constitucional, como dice

Aldunate, se considera que “el esteres interpretativo al que se ve sometido la Constitución es mucho más intenso que aquel a que se ve sometidos otro cuerpos normativos, tanto para su estructura como para los efectos que se derivan de su aplicación”. En este contexto, es donde se cristalizan o aprecian los mayores riesgos o peligros que entrañan una interpretación constitucional, basada de un modo exclusivo, en la noción subjetiva de un principio, un valor o un derecho que se entiende subyacente en la configuración de una disposición constitucional,¹⁸³ en efecto, la argumentación que se estructuró únicamente sobre tal premisa, de aquello que aparece en el texto constitucional o que pueda desprenderse de él sobre la base de un razonamiento objetivo, implica dejar librado al máximo intérprete de un margen de subjetividad, que lo habilita para desentrañar la norma fundamental, sobre aquello que se forme con su propia y personal opinión.

Así las cosas, la invocación o llamamiento de un principio, valor o derecho, que se estime ínsito en un precepto constitucional, se presenta al coincidir con la labor interpretativa del máximo Tribunal Constitucional; en otras palabras, implica dejar al advirtió del Juez constitucional, elevar la categoría a determinadas aspiraciones del mismo intérprete, las disposiciones que pueda ponderar o jerarquizar principios, derechos o garantías a su propio amaño y para lo cual el texto de la Constitución, no ha contemplado métodos o regla alguna. En esta dinámica, la S.C., hasta antes del año dos mil nueve,

¹⁸³Conviene señalar que por disposiciones jurídicas deben entender los enunciados o formulaciones lingüísticas expresados en los textos normativos, que es el objeto que ha de ser interpretado por los jueces o tribunales; en cambio las normas jurídicas se traducen en los significados prescriptivos que son atribuidos a tales enunciados mediante la interpretación. Cf. Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 14-98 de fecha 23-VIII-1999 y Sentencia de amparo, con referencia 408-2010 de fecha 27-X-2010 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

sobre la posibilidad de adoptar otro tipo de medida cautelar en el proceso de inconstitucionalidad diferente a la regulada en la ley; expreso su criterio en la resolución de fecha 9-II-2001 proveída en el proceso de INC. 41-2000 y 2-2001, 3-2001 y 4-2001 (acumulados), actualmente no está tal posibilidad ya que no está contemplada en el sistema jurídico salvadoreño y este Tribunal no considera necesario establecer por medio de la jurisprudencia la adopción de las mismas.¹⁸⁴ Estos argumentos jurídicos fueron reiterados en el proceso de INC., con referencia 59-2003 del 12-VII-2005, en consumación, la ausencia de las medidas cautelares en la L.Pr.Cn. se consideraba óbice, restricción o limitación para ordenar medidas cautelares innominadas, una interpretación subjetiva de la Sala de lo Constitucional que a nuestro entender, pretendía hacer presente la intención y voluntad de los legisladores de hace cincuenta y cinco años.

Esta nueva conformación subjetiva de la Magistratura constitucional (para el periodo comprendido del 16/VII/2009 hasta el 15/VII/2018) cambio su elucidación acerca de la ausencia de norma regulativa o prohibitiva de aplicación de las medidas cautelares innominadas,-que supuso un giro-a

¹⁸⁴ La S.C. resolvió ad litteram que: 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 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 vertidos por la parte demandante no resultan convincentes para instituir un juicio de probabilidad efectiva sobre la trasgresión de los principios constitucionales a que hacen referencia, durante la discusión y aprobación del proyecto Ley de Integración Monetaria, 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 sus 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 precedentes, esta Sala resolvió: Sin lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión de la aplicación del D.L. N°201, correspondiente al 30-XI-2000, que contiene la Ley de Integración Monetaria, solicitada por los demandantes.

partir de una interpretación teleológica de los Arts. 2, 172 y 183Cn. Este Tribunal Constitucional dilucidó una autorización implícita de su facultad cautelar inmanente en la función jurisdiccional -de poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- que hace nacer la llamada potestad general como atributo de la función jurisdiccional, facultándola para adoptar cualquier medida idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, en cualquier momento del proceso hasta antes de pronunciar la resolución sobre el fondo en el proceso de inconstitucional. La Sala de lo Constitucional persigue una postura *protectora y garantista de los accionantes* y que en su margen de subjetividad a través de su jurisprudencia, hace posible dilucidar su potestad cautelar (Art. 172Cn.), confiriéndose poderes propios y consustanciales¹⁸⁵ para decretar medidas cautelares contempladas como soluciones expresas y no taxativas, cuyo contenido no es determinado por una norma de rango legal, si hay claridad estamos bien que tienen como finalidad “la de prevenir y asegurar el resultado del proceso mediante la eficacia de la decisión judicial, para que dicho resultado no quede burlado antes situaciones ajenas a la actividad del juzgador”.

3.1.3.3. Sus consecuencias políticas, sociales y económicas.

Cuando se examina el desempeño en general de los Magistrados constitucionalistas Meléndez, González, Jaime y Blanco -nombrados los cuatro por la Asamblea Legislativa en 2009 y popularmente conocidos como

¹⁸⁵Sobre los poderes implícitos Aníbal Cagnoni, señala que la atribución expresa para cumplir sus cometidos dada a un Órgano conlleva a la vez la facultad (posibilidad) y el deber (obligación), lo que implica, es decir, supone implícitamente los poderes indispensables, necesarios para cumplir con los cometidos dados por la atribución, citado por Ximena Barbosa y Romina Romero, Medidas en el proceso de inconstitucionalidad, Uruguay: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (2012), 148.

“los cuatro fantásticos”-,se han caracterizado por resolver en los últimos años -con cuatro votos de cinco posibles- viejas y emblemáticas demandas de inconstitucionalidad que habían estado engavetadas por administraciones anteriores de la C.S.J. y que han desencadenado muchas opiniones en torno a la actividad cautelar que ha trascendido a otros aspectos no necesariamente jurídicos, es decir, que con el objeto de brindar administración de justicia en los procesos constitucionales se ha valido de las medidas cautelares innominadas que ha generado verdaderas implicaciones, en puntos neurológicos del poder político, en la atmosfera social e incluso en el campo económico.

Políticas: No es extraño que algunos fallos de la S C., hayan tenido eco en el campo político, si habláramos de las implicaciones de fallos en general, en julio de 2010, la S.C. habilitó el voto por rostro y las candidaturas independientes y declaró inconstitucional el sistema de otorgamiento de escaños legislativos, porque en la práctica eran las cúpulas partidarias nombraban a los parlamentarios.

Eso permitió que por primera vez el pasado once de marzo de dos mil doce los salvadoreños pudieran votar directamente por candidatos a diputados, que permitió el desbloqueo de las listas cerradas, posteriormente expulsaron del ordenamiento jurídico la prohibición del voto cruzado, ello significo la aplicación de listas abiertas de candidatos, y su implementación se llevo a cabo en las elecciones del mes de marzo de dos mil quince. Con estas resoluciones los Magistrados tomaron un inusual protagonismo y qué decir de su competencia para conocer sobre las elecciones de funcionarios de segundo grado ya que –según ellos- los diputados no habían documentado

que las personas electas cumplieran los requisitos de honradez y competencia notoria o de independencia partidaria que en cada caso exige la Constitución, o que los diputados no habían deliberado en el pleno algunos nombramientos, que habían elegido a personas que defendían intereses particulares y no generales o que habían violado el espíritu de la Constitución.

Pero en esta dinámica, una demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, fue interpuesta por ciudadano Juan Martínez, quien argumentó la supuesta ilegalidad de la elección de dichos magistrados realizada por la Asamblea Legislativa en 2009, la cual deriva su forma ilegal en el actuar que fue admitida por la S.C.A. Por su parte la Sala de lo Constitucional frenaron a sus colegas, ordenándoles como medida cautelar desconocer la demanda que pretendía anular la elección de los Magistrados de la C.S.J. del año 2009, incluidos Jaime, González, Blanco, Florentín Meléndez y Regalado. Otra de las incidencias se produjo, el 24 de enero de 2014 en proceso de INC., con referencia 8-2014 se ordenó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del Art. 1 Inc. 2° del D. E. 181/2013 en el sentido de que ningún funcionario público, sin excepción alguna, podría ampararse en tal disposición para participar en actividades relacionadas con la política partidista, prevaleciendo del cargo público, especialmente en lo que se refiere a actividades de campaña proselitista. Con base en esta decisión, todo funcionario debía abstenerse de realizar actividades político partidarias que tiendan a favorecer o perjudicar a cualquiera de los candidatos o partidos que participarán en las elecciones presidenciales del año en curso. Finalmente, la medida cautelar ordenada el veintinueve de mayo de dos mil catorce en el proceso de INC.52-2014, cuando antes de finalizar su periodo impidió al ahora -ex presidente Carlos

Mauricio Funes Cartagena- prohibió tomar el cargo de Diputado del PARLACEN.

Sociales: La actuación cautelar de los Magistrados de la S.C., ha despertado muchas opiniones con matices distintos en la sociedad salvadoreña en general, algunos con profunda satisfacción del contenido de sus resoluciones controversiales, y otros apuntaron agudas críticas incluso de los otros Órganos del Estado, que se inquietaron de una manera sincera por el contenido jurídico de las mismas. Fue más que esperado, la interposición de distintas denuncias en contra de los Magistrados como medio para intentar la apertura de antejuicios y su consecuente destitución, fue también una herramienta muy utilizada para desarticular a la Sala de lo Constitucional en el año 2011. En marzo de 2012, el Secretario General del Sindicato de Trabajadores del Órgano Judicial (SITTOJ) denunció al entonces presidente de la CSJ, el Doctor Belarmino Jaime, por la supuesta comisión del delito de actos arbitrarios y en junio de 2012 -en el marco de la crisis institucional-, la Asamblea Legislativa aprobó con 47 votos la creación de una “comisión especial de investigación sobre la ilegalidad en la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en el año 2009 y la consecuencia de sus actuaciones” sobre este acuerdo se interpuso demanda de inconstitucionalidad, en cuyo auto de admisión se ordeno como medida cautelar suspender provisionalmente sus efectos y además le ordeno a la Asamblea Legislativa abstenerse de continuar realizando dicha investigación.

Económicas: En las sucesos que se conectaron en línea directa con la economía de nuestro país encontramos la L.E.FO.NA.T., también conocida como seguro para terceros, que permitía al Gobierno cobrar una cuota anual

mínima de treinta cinco dólares al emitirse por primera vez o renovarse la tarjeta de circulación de un vehículo automotor, con la finalidad de crear un fondo que cubriera una indemnización en caso de accidentes de tránsito, este impuesto impacto gravemente el bolsillo de los salvadoreños.

La Sala de lo Constitucional al admitir la demanda de inconstitucionalidad, ordenó como medida cautelar la suspensión de los efectos de las disposiciones impugnadas; no obstante, se siguieron entregando posteriormente a familiares de los fallecidos en los accidentes de tránsito aun y cuando se había ordenado lo contrario, estas indemnizaciones se efectuaron aun y cuando la misma Sala ya había adoptado una medida cautelar.

También en este punto se debe constreñir en la inconstitucionalidad con referencia 35-2015 contra la aprobación para emitir bonos por 900 millones de dólares para el ramo de Seguridad, que ordeno como medida cautelar la suspensión de la vigencia del D.L. N° 1000/2015 mientras dura la tramitación de este proceso.

Por ello el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Reserva deberán de abstenerse de llevar a cabo toda actividad dirigida a emitir y colocar en el mercado internacional títulos valores a que se refiere el decreto en cuestión, así como cualquier actividad que guarde relación directa o indirecta con ello, lo que incluye cancelar los costos que demanda la operación autorizada y fijar fechas y montos que corresponda a los títulos valores. Incidió de alguna manera ya que esta el mismo Presidente de la República Salvador Sánchez Cerén fue crítico al manifestar su malestar al respecto.

3.2. Hacia la concepción de un sistema cautelar mixto: Ventajas de la incorporación de las medidas cautelares en una Ley Procesal Constitucional moderna.

Las legislaciones procesales tradicionales contienen un sistema de medidas taxativas, sin embargo, la experiencia diaria ha demostrado que no siempre el legislador puede prever las posibilidades infinitas que la realidad presenta y por ello en ocasiones los instrumentos procesales tradicionales no resultan eficaces para obtener los propósitos de aseguramiento que se requieren, esta circunstancia ha provocado que los ordenamientos procesales modernos incorporen en sus articulados las medidas cautelares genéricas.

En un sistema mixto confluyen un poder cautelar limitado, que se realiza mediante las -medidas cautelares- reguladas en específico por la ley, y un poder de tutela cautelar genérico excepcional que autoriza al juez para decretar las providencias que considere más eficaces al fin que se pretende alcanzar.¹⁸⁶ Dentro de este sistema se justifica la existencia del poder general cautelar del juez, señala el jurista brasileño Vicente Greco Filho, no podría el legislador prever todas las hipótesis en que los bienes jurídicos envueltos en un proceso esté en peligro de daño o mucho menos prever todas las medidas posibles para evitar ese daño ocurra.

De tal modo, que la justificación doctrinal de esta nueva institución encuentra amplísimas explicaciones, como la de Fairen Guillen, para quien se trata de colmar las lagunas que forzosamente se abren en toda regulación de los

¹⁸⁶Mariolga Quintero, Medidas Innominadas, en: Revista de Derecho Privado. Dir. Leopoldo Borjas, Caracas, Ed. Vadell Hermanos, N°7-1 (Enero-Junio 1990,), 143-144.

procesos y medidas cautelares, dada la imposibilidad de prever toda la casuística que la vida ofrece. En la mayoría de los sistemas continentales romano-canónicos como el interno, la tipicidad de las medidas cautelares completamente disciplinadas por la ley, esta contrabalaceada por la presencia de algunas normas de clausura de amplio espectro, cuyo fin principal es no excluir, en situaciones residuales no tutelables con los medios típicos, la adopción de medidas cautelares atípicas e innominadas, algunas veces combinadas o mixtas, a discreción del juez.¹⁸⁷

Se comparte el criterio de fundamentar la importancia y justificación de un poder cautelar genérico dentro un sistema mixto, sobre las ingentes necesidades de sustentar su regulación normativa y para colmar las lagunas para una adecuada tutela judicial, en aquellos supuestos de hecho que si bien pudieren ser objeto de un servicio de justicia más eficaz por la vía de la función cautelar genérica como los denominados casos marginales definidos por el procesalista italiano Andrioli Virgilio como aquellos cuyas características, por no entrar en lo que generalmente sucede, no son necesariamente comprendidos en el esquema abstracto previsto en la norma y en consecuencia -agregamos- al no poder el legislador prever las providencias cautelares adecuadas para un eventual daño atendiendo a la diversidad de hipótesis de periculum in mora.

La utilidad de esta figura es innegable y dado que nuestro ordenamiento tiene cimientos en un sistema romano germánico, donde es más atinado pensar en un sistema mixto con una proposición de potestad residual que constituye una válvula de seguridad permitida por el legislador que atañe a

¹⁸⁷Jinesta Lobo, La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo, 164.

las necesidades actuales que comprende el surgimiento de la tutela cautelar innovativa, según los requerimientos de una sociedad moderna. Las prerrogativas que de manera particular aporta el sistema mixto de medidas cautelares, al Derecho procesal constitucional salvadoreño son las siguientes:

3.2.1. Garantizan la imparcialidad del Juez.

El significado de la palabra imparcialidad, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, deriva de los prefijos “*in*” y “*parcial*”, es decir, que no entra en ninguna parcialidad o adhiere a ningún partido. Al continuar cuestionando la expresión imparcialidad del juez, Luigi Ferrajoli expresa que la imparcialidad del juzgador debe ser entendida en un sentido estricto, como la ajenidad del juzgador a los intereses de las partes.¹⁸⁸

A su vez, Alejandro Soulier sostiene que el juez imparcial es aquel que no tiene un interés en el resultado del pleito, por lo cual no puede administrar justicia adjudicando potencias e impotencias más allá del interés de las propias partes en litigio.¹⁸⁹ La imparcialidad del juez durante todo el proceso es esencial para el correcto funcionamiento y estabilidad de nuestros sistemas de enjuiciamiento, ya que las decisiones tomadas por los jueces tienen gran relevancia por el efecto que producen dentro del desarrollo de la sociedad.

¹⁸⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2006), 581

¹⁸⁹ Alejandro Soulier, *La imparcialidad del juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su deber de procesar y juzgar* (Ponencia presentada en Concurso de Jóvenes Abogados del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Cali, Colombia. 19-21 de agosto de 2008).

En el actual sistema cautelar, la Sala de lo Constitucional, realizó una función creativa y técnica de interpretación constitucional, discurriendo dogmáticamente sobre el cimiento de principios e instituciones procesales y concretizándolas sobre casos que le fueron presentados para salvaguardar el derecho a una tutela eficaz, otorgándose asimismo una potestad cautelar genérica de ordenar providencias no específicas en la L.Pr.Cn. para hacer frente a la diversidad de hipótesis no previstas por el legislador de hace cincuenta y cinco años, lo que convierte a la Sala en creadora y aplicadora de providencias cautelares, tomando de esta manera un inusual protagonismo, que desde una óptica jurídica le resta imparcialidad y objetividad, ya que a través del Derecho jurisprudencial, no se tiene pleno conocimiento del contenido de su potestad cautelar, y se desconocen hasta donde se extienden sus linderos. De manera tal, que ante la falta de regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, ha sido la jurisprudencia la fuente de Derecho utilizada por nuestro máximo Tribunal Constitucional, para reconocer la posibilidad de su aplicación, teniendo siempre presente que una medida cautelar innominada puede ser un peligro para los derechos del sujeto pasivo, significa que al conceder una medida cautelar, para asegurar los derechos del demandante, debe resguardar los del demandado, que en nuestro caso sui generis, por no tener, una regulación legal detallada es un inminente riesgo para asegurar la imparcialidad de la S.C., porque esto mismo compromete su función jurisdiccional.

En otro orden, este sistema cautelar innominado es considerado más idóneo para el sistema Common Law, en donde el principio de igualdad lo respalda, con su premisa principal cada caso que se presente en iguales condiciones debe ser resuelto de igual manera, esto conforme lo preceptuado por la

teoría del precedente, debe constituirse como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, ya que el respeto irrestricto al auto precedente impone a los jueces una mínima racionalidad, y universalidad. Ahora bien, se tiene claro que con el sistema cautelar mixto se asegura la imparcialidad del juez, ya que ayuda a separar la función legislativa de la jurisdiccional, es decir, cuando se establece su regulación vía normativa permite al Juez ser el aplicador mas no su creador ello en intención al principio de separación de poderes, ayudando así a profesar un ambiente de legalidad y seguridad jurídica, ya que le corresponde al juez constitucional en el proceso cautelar resguardar los derechos de ambas partes, por esto resulta una ventaja contar con un sistema mixto regido mediante una norma de rango formal donde confluyan tanto las medidas específicas y las atípicas, esto da lugar a avalar la potestad cautelar general concebida de manera excepcional o residual ante hipótesis cáusticas que lo ameriten.

3.2.2. Para mantener la coherencia y certeza del ordenamiento jurídico.

Por elementales razones, se consideran que las normas gobiernan la conducta de los seres humanos, por esto no es desconocido que el sistema jurídico salvadoreño es de corte romano germánico, en el cual se erige como principal fuente la ley en sentido estricto, es de agregar que el sujeto debe tener un significado estable, certero, razonable y previsible de su contenido; por el otro lado, se tiene claro que la jurisprudencia es solamente un criterio auxiliar, ya que las decisiones de los jueces no son estables, son imprevisibles, no con ello pretendemos manifestar que se debe petrificar la interpretación judicial, puesto que sería contradictorio ya que esta atiende a cada caso en concreto.

Por lo anterior, resulta importante indicar la opinión de Alterini quien sostiene que la exigencia de seguridad es propia de la condición humana, vista ella como el saber a qué atenerse, el tener un grado de certeza y estabilidad en una determinada situación, que es generadora de confianza y que se opone a sensaciones angustiantes de incertidumbre, intranquilidad y falta de protección.

La seguridad jurídica como certidumbre del Derecho consiste en la existencia de normas jurídicas, de las que resultan la convicción fundada de su respeto; genera estabilidad e implica la existencia de un sistema legislativo ordenado en el cual las normas jurídicas son creadas mediante procedimientos reglados, de manera que los cambios sean razonables y previsibles.¹⁹⁰ Encuentra su fundamento en la necesidad de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, ya que a falta de ella o exceso de previsión normativa o en su caso indeterminación jurídica, puede causar incertidumbre.¹⁹¹

Esa necesidad de seguridad se manifiesta en la regulación de un sistema cautelar que permita calcular certera y razonablemente las consecuencias de Derecho que habrán de tener en el futuro, sin embargo, no existe un tipo legal que justifique la función cautelar general del juez constitucional, ya que no debe tratarse de una facultad creativa, sino más bien aplicativa de un precepto normativo residual que permita excepcionalmente al juez evaluar la situación de hecho o derecho y el daño eminentemente irreparable para

¹⁹⁰ Atilio Aníbal Alterini, *La Inseguridad jurídica* (Argentina: Abeledo-Perrot, 1993), citado por Manuel Alberto Restrepo Medina, *La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso*, en: *Revista de estudios jurídicos económicos*, de la Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, España, Volumen 3 (2005), 4.

¹⁹¹ *Improcedencia de Inconstitucionalidad*, con referencia 14-2011, Considerando I, Apartados A y B (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

verificar el cumplimiento de los extremos para que este tipo de medidas cautelares procedan.

Como enseñan García de Enterría y Fernández, los elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo son la existencia misma de la potestad cautelar, su extensión, la competencia para actuar y los fines mediatos e inmediatos, pues todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica. Además, puede haber otros elementos que pueden estar reglados eventualmente como lo son: El tiempo u ocasión para su ejercicio, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado, etc., por lo que concluyen afirmando que el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la administración de justicia, y en el caso que nos ocupa del juez constitucional.¹⁹²

La existencia de una potestad cautelar dentro del contexto de una norma de rango legal, es por dos razones a saber, para ello se acogen las notas del doctrinario Rondón¹⁹³:a) Por la naturaleza facultativa de la norma, la cual revela el verbo permisivo “poder” usado por el legislador para otorgar una libertad de apreciación de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en concreto que constituye una esfera de discrecionalidad. Se entiende con la inclusión del verbo se infiere la existencia de la facultad cautelar que autoriza al Juez para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más

¹⁹² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 4ta edición (Madrid: Ed. Civitas, 1986), 431.

¹⁹³ Hildegar Rondon de Sanso, Teoría general de la actividad administrativa (Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 1981), 60-68.

equitativo o racional en obsequio de la justicia y la imparcialidad durante el trámite procesal hasta la decisión sobre el fondo del asunto. b) Precisamente la segunda razón para considerar la existencia del poder cautelar general en una norma, estriba en que la misma acuerda al juez una facultad disyuntiva o alternativa cuando infiere: *“En todos aquellos casos que no resulten eficaces las medidas conservativas podrá autorizarse, y adoptarse las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad del peligro, daño o lesión”*. Este supuesto presenta la posibilidad al Juez de elegir entre dos o más conductas para alcanzar la eficacia de su finalidad cautelar, ante un caso en concreto, ya que la potestad genérica es discrecional esencialmente prevé una libertad de elección entre alternativas, posición que comparte Satta para quien discrecional resulta la actividad del órgano jurisdiccional cuando al aplicar una norma, concreta su voluntad, si bien optando entre varios contenidos posibles.

3.2.3. Para constituir un valladar a las facultades discrecionales de lapotestad cautelar de la Sala de lo Constitucional.

Galeno Lacerda dice que el poder cautelar general es por naturaleza discrecional en sede jurisdiccional, pues proviene de una norma amplísima que confía a la conciencia, ponderación y prudencia del juez, el criterio según su justo arbitrio, motivado por la exigencia y valoración de los hechos, determinar las medidas provisionales que se juzguen adecuadas. En este sentido, Elio Fazzalari ha afirmado que la norma provee de discrecionalidad al sujeto en las hipótesis, en las cuales los presupuestos de las conductas pueden variar bajo la singularidad de los casos concretos, y requieren para alcanzar su fin, de una modulación específica. La discrecionalidad para dicho

autor consiste en la correlación entre el fin establecido y la situación concreta en presencia de la cual tal fin va a ser alcanzado.

Puede proclamarse que las medidas cautelares innominadas son previstas como mecanismos para salvaguardar de forma transitoria el derecho discutido en el proceso, la jurisprudencia constitucional ha indicado que estas tienen base rango constitucional en cuando desarrollan la pronta y cumplida administración de justicia, es por ello que el demandante del proceso solicitara la providencia cautelar que va necesitar pero será a discrecionalidad del juez que ordenara las medidas que fueren necesarias y determinara su alcance. Como bien lo explica Alejandro Nieto, el juez tiene la potestad inseparable de la legalidad de aplicar el derecho adaptándolo a las circunstancias concretas del caso que ha de resolver, mediante la elección a su libre apreciación o arbitrario, entre varias opciones posibles y razonables.¹⁹⁴ Las actuaciones del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su potestad cautelar tiene como límite primero el catalogo de derechos de rango constitucional que imponen dictar providencias atípicas de contenido lesivo respecto a la esférica jurídica del demandado o en contra de su libertad personal, en preservación de la libertad moral, y que posteriormente puede constituirse en arbitrarias al ordenar medidas cautelares sumamente abusivas.

Sin ir más lejos, las medidas cautelares presentan varios inconvenientes ya que -en manos de algunos jueces- pueden transformarse en herramientas sumamente abusivas,¹⁹⁵ su objeto en sí, no es causar lesiones sobre la

¹⁹⁴ Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, (Barcelona, Ed. Ariel, 2000), 219.

¹⁹⁵ De hecho las medidas cautelares han sido referidas como “bombas nucleares” al interior del proceso inglés, como indica Andrews, que dicha metáfora nos puede poner a todos

esfera jurídica de la contra parte, sino que contrarrestar posibles daños acaecidos durante el iter procesal, es preciso reiterar que en todo proceso las providencias cautelares deben ser las más adecuadas y razonables al fin que se pretende alcanzar. En el mismo sentido, se deberá afirmar que el desempeño del Juez estará acorde con los principios de legalidad, proporcionalidad, eficacia, necesidad y racionalidad para establecer la demarcación entre la actividad cautelar libre del órgano y la arbitrariedad para alcanzar los fines constitucionales, tal como lo asienta Recasens Siches, obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse por principios generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto y sacar las consecuencias.¹⁹⁶

3.2.4. Ley en sentido estricto vs precedente judicial.

El ordenamiento jurídico salvadoreño desde sus inicios se ha visto influenciado por el *sistema romano germánico* o sistema continental,¹⁹⁷ donde la ley in estricto sensu se erige como la principal fuente del Derecho; que se caracteriza: a) porque sus normas se encuentran contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (Códigos) y b) por su valor formal, donde todo precepto vigente es formalmente válido y en donde la Jurisprudencia ocupa un papel secundario o auxiliar.

nerviosos, especialmente desde el momento que los tribunales ingleses han sugerido que una solicitud de este tipo de órdenes, bien presentada, será muy difícil que sea denegada. "Si es esto correcto, lo que se sigue es que es el abogado, y no el juez, quien tiene en sus dedos el detonador nuclear". Neil, Andrews, Principles of Civil Procedure, (Londres, 1994), 160.

¹⁹⁶ Luis Recasens Siches, Tratado general de la filosofía del derecho, 5ª ed (México: Ed. Porrúa, 1975), 217

¹⁹⁷ Este sistema continental estableció como escala jerarquizada de sus fuentes de Derecho las siguientes: La Constitución, la ley, la jurisprudencia, la costumbre, el acto jurídico, los principios generales del Derecho y la doctrina.

La normativa internase instituye siguiendo a dicho sistema romano, contempla a ley desde dos ópticas, la primera como fuente del Derecho y la segunda como materia prima de los Jueces al momento de adoptar sus decisiones.

Este Sistema continental ha presentado una evolución que lo aproxima en algunas características al *Sistema del Common Law* de origen anglosajón,¹⁹⁸ que se basa en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o tribunales superiores y en la interpretación que le dan a la leyes, otra de sus características es la *ratio decidendi*, de las sentencias previamente dictadas que obligan a los tribunales a fallar de la misma manera o de forma similar (precedente)¹⁹⁹ En este orden de ideas, al precisar sobre el concepto del precedente jurisprudencial y el alcance del mismo; se diferencia entre el “*decisum*” o resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la “*ratio decidendi*” en la doctrina alemana- *Trade Grunde*- hace referencia a aquellas razones o motivos sin los que el fallo no podría existir, los argumentos que son relevantes porque soportan la decisión; mientras que en el ámbito anglosajón es concebida como la regla jurídica que justifica una conclusión jurisdiccional en un caso en particular.

¹⁹⁸Hacemos referencia al sistema jurídico anglo-americano, vale decir al conjunto de principios, reglas y tradiciones jurídicas que forman la base del Derecho de Inglaterra y otras regiones del Reino Unido y las zonas de Estados Unidos y Canadá, según Tunc nos explica que el Common Law es *commune ley*, esto es el derecho común de Inglaterra, que los funcionarios del rey y después las jurisdicciones que dé él dependía fueron progresivamente desarrollando a partir del acervo de las costumbre locales. Se inicia con la coronación en Westminster de Guillermo el Bastardo, Duque de Normandía. Andre Tunc, *El derecho en Estados Unidos*, Trad. Luis Flaquer(España: Ed. Oikos- Tau, 197), 77-78

¹⁹⁹ Se puede inferir claramente que la diferencia principal entre los sistemas Continental y el Common Law, radica en la jerarquía que cada uno aplica a las diversas fuentes del Derecho.

Asimismo, la “doble naturaleza” de la ratio decidendi, que es por una parte, fundamentación de la decisión -*descriptive ratio*- y la de la otra, norma -*prescriptive ratio*-se refiere al razonamiento real que siguió el tribunal original para alcanzar la ratio decidendi.²⁰⁰ En cambio constituye un “*obiterdictum*”, aquello declarado por el tribunal sin que fuese absolutamente necesario y que por tanto, no genera vinculación en la decisión; su valor únicamente es persuasivo. En otras palabras, aquellos razonamientos que se efectúen con carácter incidental a propósito de la argumentación principal o los efectuados a mayor abundamiento.

El precedente es una parte de la jurisprudencia, su obligatoriedad se incorpora en el sistema jurídico y se ha afirmado que: "La jurisprudencia constitucional es parte del sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, de obligatoria observancia para los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico" (INC. con ref.11-2005).

Es de hilvanar, que en la jurisprudencia constitucional se admite la posibilidad de modificar un precedente o alejarse de él las circunstancias válidas son las siguientes: a) Estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; b) El cambio de la conformación subjetiva del Tribunal; y c) Los fundamentos fácticos que lo motivaron ha variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada estas tres circunstancias, no taxativas requieren siempre de una especial justificación con fundamentos sólidos que permita habilitar el cambio del auto precedente, la medida que significan la comparación argumental y dialéctica

²⁰⁰Marinoni, Control de constitucionalidad, 282

de las viejas razones -jurídicas o fácticas- con el reconocimiento actual de otras coherentes.²⁰¹

En definitiva, la actuación de la Asamblea Legislativa es criticable por la tardanza en la configuración de un la ley procesal constitucional que se ajuste a la norma informadora de todo ordenamiento jurídico. En un sistema cautelar puede coexistir al poder de tutela cautelar genérico sin que sea acompañado por la consagración de normativa formal de las medidas cautelares, pero esta premisa se encuentra comprendida en el derecho anglo-americano y en el derecho alemán.²⁰²

Si bien es cierto que frente a un sistema cautelar innovador, no hay preparación alguna para darle continuidad a las bases asentadas, ya que los jueces no se sienten tan obligados a formular una argumentación reflexiva que explique sus decisiones, o si su decisión se fundase en razón de una interpretación de los textos legales.²⁰³

Respecto a los precedentes sentados por la Sala de lo Constitucional de advierte que son poco cuidadosos en cuanto al respeto de la línea jurisprudencial y estos a su vez le restan atención a la misma regla *staredecisis*, que debería aplicarse casi exclusivamente a lo resuelto por el mismo tribunal en otros casos o por tribunales superiores y aun así replicamos que a consideración nuestra no es la fuente de Derecho idónea.

²⁰¹ Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 1-2010, Considerando II. i. apartados C-D, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

²⁰² Quintero, Medidas Innominadas, 143-144.

²⁰³ Carlos Santiago Nino, Introducción al Análisis del Derecho, 2ª edición, (Argentina: Editorial Astrea, 2001), 295.

3.3. Consideraciones sobre los anteproyectos de la Ley Procesal Constitucional.

A finales del siglo XX a partir de la denominada Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña vigente (CORELESAL), inicio la revisión de la legislación en general, que ante la necesidad urgente y prioritaria de modernización motivo diversidad de proyectos de ley que permitieron la generación de modificaciones importantes en materias de familia, penal juvenil, entre otras. En esa coyuntura la vigente L.Pr.Cn. data desde el 14 de enero de 1960, es una norma pre constitucional, en virtud de su antigüedad de la L.Pr.Cn, desde finales de los años 80se intentaron iniciativas para renovarla.

La CORELESAL trabajó en el año de 1988 un proyecto denominado “Ley de Justicia Constitucional” que fue presentado a la Corte Suprema de Justicia, pero al que no se le dio iniciativa de ley; el propósito de ese proyecto era esencialmente adecuar la legislación procesal constitucional de 1960 a la Constitución de 1983 y a la nueva realidad orgánica, además los procesos contenidos en la arcaica L.Pr.Cn. no respondían adecuadamente a los derechos y a las garantías establecidas en una Constitución más reciente.

En el marco de las referencias históricas, en la década de los noventa, después del frustrado proyecto de Ley de Justicia Constitucional de la CORELESAL, se constituyó una comisión redactora de una nuevo proyecto denominado Ley Procesal Constitucional presentado ante la Asamblea Legislativa en el año de 1995, con el objeto de sustituir a L.Pr.Cn. el cual no fue aprobado por la Asamblea Legislativa.

En la primera década del 2000, se integran a la citada comisión varios juristas de el país, acompañados por Magistrados y personal técnico de la S.C., la cual -con algunas variantes- continuó trabajando acompañados también por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa en un debate para modificar dicho proyecto en su redacción para alcanzar por fin el consentimiento del legislador, promulga entre sus considerandos: Que 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 del Gobierno, e incorpora novedades en su ámbito de aplicación.

Aunque dicho proyecto sí recibió iniciativa de ley, no prosperó en sede legislativa y las discusiones para aprobar una nueva ley siguen en la actualidad, con documentos que tienen ese mismo proyecto como base, pero al cual no se le ha dado iniciativa de ley y que todavía requiere de mucho trabajo. Actualmente, el desfase de la Ley de Procedimientos Constitucionales es aún mayor, puesto que además, de la diferencia de los años de vigencia de la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia en materia procesal constitucional han tenido una evolución significativa.

3.3.1. Disposiciones relativas a las medidas cautelares en el proyecto de Ley Procesal Constitucional.

A continuación se presenta un análisis sumario sobre La Ley Procesal Constitucional precisamente sobre su Título II, Capítulo IV denominado “las medidas cautelares” que prescribe los siguientes artículos:

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

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.

En su Inc. 1 contempla la etapa procesal oportuna del demandante para que pueda solicitar una medida cautelar en las alegaciones iniciales, no precisa a prima facie sobre la facultad de oficio de la Sala para decretarlas. Establece que puede decretarse la suspensión del acto reclamado (la tradicional medida cautelar conservativa) y cualquier otra medida cautelar, establece lo que conocemos como la potestad general pero no prescripción alguna sobre la sustanciación de las medidas innovativas o sobre el proceso a seguirse hasta decretarla y ulteriormente su realización.

En cuanto al Inc. 2 precisa sobre la existencia del peligro en la demora del proceso que pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación (*periculum in mora*); no así sobre la verosimilitud o existencia del derecho amenazado (*fumus boni iuris*).

Por otro lado, cuando se indica la Sala “establecerá” cuál es la situación de hecho o derecho que prevalecerá, se instaura a nuestra consideración la facultad de oficio de la misma ante una situación donde considere que el derecho reclamado está en grave peligro para decretar las providencias cautelares idóneas y de esa manera asegurar la resultas del proceso.

Revocabilidad y mutación de medidas cautelares

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

Las medidas cautelares son instrumentos procesales, son accesorias a un proceso principal por lo cual no causan estado de cosa juzgada, entra en juego otra de sus características que es la variabilidad de los presupuestos procesales puede conllevar una modificación o revocación de las mismas hasta antes de la sentencia definitiva.

Excepciones

Art. 34 - No se suspenderá el acto reclamado cuando este:

- (a) Sea de carácter negativo y no produzca efectos positivos;*
- (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.*

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.

El literal a) precisa que no puede suspender un acto de efectos negativos es decir que consista un no hacer. En el segundo literal, se está delante de un acto meramente declarativo, y por ende nos dispone modificación alguna. En cuanto el literal c) arguye ante la consumación de un acto o la imposibilidad física de retrotraer sus efectos no procederá la suspensión del acto, esto último en consideración al efecto restitutorio del proceso de amparo. No obstante lo anterior, ante estos estadios se considera que no se dimensionaba una entera comprensión en cuanto a medida innovativas se refiere ya que estas son excepcionales y pueden llegar a tener efectos extinc. Finalmente, se establece un límite a la actividad cautelar cuando esta pueda causar daño ciertos o inminentes a los intereses públicos y de terceros ante el interés del agraviado por la ejecución del acto reclamado.

3.5. Análisis crítico de la producción jurisprudencial constitucional sobre las medidas cautelares.

Antes de entrar a la medular de este punto conviene hacer las siguientes consideraciones: Por análisis, se entiende que es una operación consistente en descomponer un todo en sus partes para identificar y estudiar cada uno de los elementos, las relaciones entre si y el todo; el análisis va de lo abstracto a lo concreto, en otras palabras, mediante esta última categoría puede separarse las partes, es decir, aislarse del todo y entender sus relaciones de integración.

Este análisis se refiere precisamente en torno a la temática central de esta investigación: “las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad”, contiene un orden lógico que es el siguiente: a) La

potestad cautelar general de la Sala de lo Constitucional; b) Procede el despacho de oficio de las medidas cautelares; c) La acreditación de los presupuestos básicos de las providencias cautelares; d) No existe precisión alguna sobre los medios impugnativos que dispone el sujeto pasivo.

a) En primer lugar, se tiene claro que la Sala de lo Constitucional ha sido bastante progresista en su jurisprudencia, pues ha sostenido la posibilidad de decretar otras medidas cautelares distintas, a la tradicional suspensión del acto reclamado. Las medidas innovativas responden a las distintas situaciones casuísticas que se presentan en el proceso de inconstitucionalidad, y debido a su complejidad atienden al criterio discrecional del Juez constitucional.

La potestad cautelar general de la Sala de lo Constitucional, fue instaurada a través de su jurisprudencia en el año 2000, por otro lado, si bien es cierto, el Código Procesal Civil y Mercantil²⁰⁴ entro en vigencia en el año 2010, y se configura como ordenamiento procesal de cierre, contribuyendo a evitar lagunas legales en procesos distintos a los que contempla; cuando leyes específicas como L.Pr.Cn., no tiene respuesta a ellas, existe la latente posibilidad de aplicarse de manera supletoria -Art. 20 C.P.C.M.- permitiendo la universalidad de la aplicación de las medidas cautelares, Art. 431 C.P.C.M.,²⁰⁵ supuesto que no se descarta, en vista de la práctica en la República de Uruguay que a través de pronunciamientos la Corte Constitucional admitió la procedencia de providencias cautelares innovativas

²⁰⁴ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010).

²⁰⁵ Art. 431 C.P.C.M.: “En cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria”.

en este particular proceso -de inconstitucionalidad-pues su admisibilidad viene siendo aceptada por la Corte en todos sus fallos desde hace casi quince años, bajo el Nomen Iuris de “universalidad de la aplicación” (Art. 311 C.G.P.)²⁰⁶

Sin embargo, en la jurisprudencia constitucional, no se encuentra resolución alguna en un proceso constitucional que la Sala de lo Constitucional, haga uso de este beneficio procesal, mediante la aplicación supletoria del capítulo referente a la temática cautelar del C.P.C.M.

Por lo anterior, esta potestad cautelar genérica es un caso sui generis, no se encuentra tal experiencia replicada en el Derecho comparado; su consagración se explica a través del reconocimiento de su potestad cautelar, ya resulta muy difícil que el legislador imagine y enumere todas las medidas cautelares necesarias y adecuadas para resguardar la eficacia de una eventual sentencia definitiva estimatoria. Prueba de ello es que varias legislaciones contemplan a la potestad cautelar como una facultad residual o una excepción o una válvula de seguridad impuesta al juzgador, ya que es prácticamente imposible que los cuerpos normativos puedan normar todas las situaciones de hecho que requieran ser tuteladas en atención al peligro en la demora. Por otro lado, su atipicidad genera imprevisibilidad jurídica, dado que nuestro ordenamiento jurídico persigue al tradicional sistema romano germánico, el cual le da preponderancia a la ley in stricto sensu y le resta valor a la jurisprudencia, o un valor solamente complementario, esto se sintetiza en que no es óptimo que la potestad cautelar genérica perdure

²⁰⁶ Código General del Proceso (Uruguay) – Artículo 311 (Universalidad de la aplicación)
311.1 Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario, por el tribunal que este conociendo o deba conocer en el asunto.

normada por el Derecho jurisprudencial, hasta que el legislador retome un proyecto de la ley procesal constitucional con las modificaciones introducidas por la doctrina, la misma jurisprudencia constitucional y el C.P.C.M., que este acorde a las necesidades de la sociedad actual.

b) Cabe el comentario del maestro argentino Peyrano para quien no procede el despacho ex officio de una medida cautelar innovativa, a diferencia de Manuel Ponz para quien dicha orden de innovar debe disponerse a pedido de parte interesada y excepcionalmente, por iniciativa del órgano jurisdiccional, cuando las circunstancias y urgencias del caso lo requieran para no privar de eficacia practica a la sentencia de fondo.

Persiguen el primer criterio países como: Guatemala, Perú o México donde no procede el despacho de oficio de las providencias cautelares, a contrario sensu, El Salvador, Venezuela, Uruguay y Bolivia, le reconocen al juez constitucional la facultad de oficio para desplegar la actividad cautelar, en virtud del cual pueden operar siempre que se manifieste la posibilidad de un derecho amenazado y un peligro derivado del retardo de una providencia principal, para contrarrestar sus efectos, con los medios que considere oportunos y apropiados al caso concreto. La Sala de lo Constitucional en el proceso de INC., con referencia 9-2014 indico sobre este punto que las medidas cautelares pueden decretarse a petición de parte o de oficio. En el primer supuesto el interesado justifica argumentalmente los presupuestos necesarios para que la medida cautelar sea ordenada. Pero también este Tribunal puede disponer por iniciativa propia una medida cautelar basado en el carácter público del proceso de inconstitucionalidad y su finalidad de defensa objetiva de la Constitución, sobre la base de estos argumentos

decreto la medida cautelar de la suspensión de la aplicación del Art. 10 L.P.-2014 y ordeno a la Asamblea Legislativa que no podía autorizar transferencias de fondos desde las partidas de gastos imprevistos de un Ramo de la Administración hacia otras partidas presupuestarias de la misma clase, ni podía ejecutarse por la Administración Pública, las autorizaciones de este tipo aprobadas en contravención del procedimiento constitucional que las habilita.

Otro ejemplo, se da cuando con la demanda de inconstitucionalidad del Art.1 Inc. 2° de las Disposiciones para regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades, suspendió dicha disposición en el sentido que ningún funcionario público, sin excepción alguna podría ampararse en tal disposición para participar de las actividades relacionadas con la política partidista, prevaliéndose del cargo público, especialmente en lo que se refiere a actividades político partidarias que tiendan a favorecer o perjudicar a cualquier de los candidatos que participaran en las elecciones presidenciales del año 2014. Asimismo la Sala de lo Constitucional, ha indicado que toda medida cautelares susceptible de ser adoptada en cualquier etapa del proceso antes de la sentencia, aun a pesar de haberse denegado el inicio, esto de conformidad con el “principio rebús sic stantibus” -mientras se mantengan las cosas- se constata la variación de las circunstancias relativas a sus presupuestos -especialmente en cuanto al peligro de la demora en la tramitación del proceso-. De manera que una revalorización de los elementos facticos o jurídicos que arroje un riesgo mayor en la demora de los procesos constitucionales, habilita para que se considere la posibilidad de resguardar los efectos de sus sentencias mediante las diversas medidas cautelares a que hubiere lugar según el objeto del proceso.

Como ejemplo, se tiene la medida cautelar ordenada en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 65-2012, que a partir de argumentos de los demandantes y según publicaciones de la página oficial de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (S.I.G.E.T.), era público y notorio que se continuaba tramitando solicitudes de concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, con base en las disposiciones -Arts.81 In fine, 82, 83, 84,85 y 100 de la Ley de Telecomunicaciones- impugnadas en el presente proceso.

Por tanto, la Sala de lo Constitucional advierte que las disposiciones impugnadas pueden producir efectos irreparables como resultado de la prolongación de su vigencia, pues el espectro radioeléctrico que se pretende subastar es un recurso finito, cuya concesión para su explotación se efectúa por un mínimo de veinte años, en el que sería imposible la entrada al mercado de nuevos competidores. Consecuentemente, la eficacia de las disposiciones impugnadas podría provocar una grave afectación a los derechos fundamentales alegados por los demandantes, insto a la Sala de lo Constitucional para ordenar la suspensión de los efectos de las disposiciones impugnadas, y a ordenar a la S.I.G.E.T. abstenerse de tramitar solicitudes de concesión u otorgar cualquier concesión para la explotación del espectro radioeléctrico o hacer efectivo cualquier subasta o recibir pago de los interesados por cualquier concesión previamente autorizada. Es clave determinar más pautas que habilitan su utilización para evitar un abuso potencial de las medidas cautelares en el curso del proceso de inconstitucional.

c) La adopción por un juez de una medida cautelar se encuentra férreamente

condicionada a la concurrencia del *fomus bonus iuris* y el *periculum in mora* que bajo traducción directa es el humo de buen derecho y el peligro en la demora, que consisten -básicamente- en la existencia verosímil de que las disposiciones impugnadas son incompatibles con nuestra Carta Magna, es decir, suficiente para que según el cálculo de las probabilidades estiman la pretensión solicitado; por el otro lado, que existe peligro por la mora procesal o daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso constitucional, para darle cumplimiento a la sentencia supuestamente esperada, el dilema sobre este punto versa cuales son los criterios utilizados por dicha Sede Judicial, para darlos por calificados.

En reiteradas ocasiones la Sala de lo Constitucional en sus resoluciones ha efectuado consideraciones sobre la adecuación, ponderación o inconcurrencia de los presupuestos básicos constitutivos de las providencias cautelares, en la práctica la apreciación de una providencia cautelar puede adelantar un posible resultado del litigio, es por tanto, una actividad delicada de los jueces, brindar sus argumentos textuales y racionales, y no como en ocasiones exponen manifestaciones superfluas, ya que no profundizan sobre los supuestos del *periculum in mora*, dicho en otras palabras, no se comprende a cabalidad cada uno de esos supuestos.

El peligro en la demora ni se presume, ni se sobreentiende, sino que debe quedar acreditado. En este sentido, no obstante el Juez goza de absoluta libertad para apreciar cada caso en concreto, la concurrencia de esta circunstancia debe establecer un catálogo predeterminado de las situaciones respecto de las cuales se va presumir la existencia del peligro de la mora procesal.

Es importante establecer estos requisitos clásicos de procesabilidad de las medidas cautelares, toman una verdadera importancia a la hora de cuestionar la validez de las providencias, ya que se constituyen como linderos de la actividad cautelar, que tienen por finalidad de evitar que este instituto procesal sea desnaturalizado y permiten un funcionamiento adecuado de la potestad cautelar.

d) No existe precisión alguna sobre los medios impugnativos que dispone el sujeto pasivo de la providencia cautelar. Es evidente que todas las resoluciones *supra* citadas no se encuentra argumentación que le haga saber al demandado, sobre los recursos con los que cuenta para oponerse a la decisión cautelar dictada, y esto no es nada extraño, ya que se ha insistido que la jurisprudencia no es la fuente idónea para estructurar un sistema cautelar en el ámbito procesal constitucional, es indudable, que la oposición a la medida cautelar impuesta no es un tema muy discutido y por ende es poco conocido, al menos en nuestra opinión, por esto solo hemos vislumbrado un intento por impugnar la resolución de la medida cautelar impuesta en el proceso de INC. 63-2013 con fecha 22-VII-2013, donde el Fiscal General de la República solicito la revocatoria de la medida cautelar adoptada en la resolución de 15-VII-2013 y que mediante resolución interlocutoria del 25-XI-2013 la S.C. declaro improcedente su recurso.

Esto no es nada extraño, ya la investigación del Derecho comparado implico considerar que sobre este punto, donde se encuentra claros ejemplos como el caso de Venezuela y en Uruguay, en la primero se permite la oposición fundada y en el segundo se reconoce como derecho a recurrir mediante la apelación.

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE Y ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO.

En este apartado, se reseñan los cuerpos normativos que conforman el derecho positivo vigente, sobre la institución de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, desde los derechos que las sustenta en la Constitución, la ley procesal en materia constitucional, sin perder de vista el derecho internacional específicamente las convenciones y los tratados suscritos y aplicables a esta temática a investigar. Adicionalmente se realiza un cotejo de L.Pr.Cn. y el Derecho comparado.

4.1. Legislación nacional.

4.3.1. Constitución de la República.

Los derechos fundamentales que sustentan la actividad cautelar en los procesos constitucionales son los siguientes:

4.3.2.1. Derecho de protección jurisdiccional.

La Constitución, consagra en el Art. 2 Inc. 1º, parte final el “derecho de toda persona a ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos”, denominado por la jurisprudencia: *“derecho a la protección jurisdiccional”*. La

Sala de lo Constitucional reconoció en trascendentes decisiones la existencia de dicho derecho con rango constitucional, que no se reduce a un reconocimiento abstracto, que posibilita su realización efectiva y pronta justicia.

En otras palabras, se está frente a un derecho en la *conservación y defensa* del catálogo de derechos que reconoce nuestra Constitución, en efecto, es una forma de protección -Artículo 2 Cn- que implica como su propio nombre lo sugiere, -el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean vulnerados o limitados.-

La primera modalidad de protección incorpora un mandato al Estado salvadoreño, para que impida razonablemente las posibles violaciones a los demás derechos materiales, de tal suerte que estando éstos ya incorporados en la esfera jurídica de cada cual, no sean extraídos de la misma en una forma prohibida por nuestra Carta Magna.

Se añade, que la *conservación* de un derecho puede perfectamente lograrse a través de “vías administrativas o no jurisdiccionales”,²⁰⁷ que son acciones estatales que se pueden calificar como preventivas, encaminadas a evitar, impedir o cautelar posibles violaciones a derechos constitucionales, asimismo pueden obtenerse a través de mecanismos jurisdiccionales, ya que la amenaza de privación o limitación de un derecho es algo que también compete al Órgano estatal encargado de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

²⁰⁷ La defensa no jurisdiccional está relacionada con todas aquellas vías o instancias establecidas en otros entes capaces de solucionar, de algún modo, controversias con relevancia jurídica, mediante actos revestidos de autoridad estatal.

No obstante la anterior modalidad, persiste la violación de derechos constitucionales, entrando en juego el derecho a la protección en la defensa de los mismos que implica -en términos sencillos- la creación de mecanismos idóneos para la reacción mediata o inmediata de la persona ante violaciones a los derechos integrantes de su esfera jurídica. Al igual que en el punto anterior, esta defensa o reacción ante la violación puede darse tanto en sede jurisdiccional como en sede no jurisdiccional.²⁰⁸

El *derecho a la protección jurisdiccional* (defensa en sede jurisdiccional) se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona humana, al permitirle reclamar válidamente en Sede Jurisdiccional frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos, esto conlleva la posibilidad de que un supuesto titular del derecho o interés legítimo pueda *acceder a los Órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión* en todos los grados y niveles procesales, a oponerse a las acciones ya incoadas, a ejercer todos los actos procesales en defensa de su posición y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones a través, de un proceso equitativo, tramitado de conformidad a la Constitución y a las leyes correspondientes.²⁰⁹ Es a partir del reconocimiento de este derecho, que se hace necesaria la creación de una serie de derechos integrantes de la esfera jurídica del individuo, que principalmente son garantías y se engloban bajo la rúbrica "debido proceso" o "proceso constitucionalmente configurado"; se advierte que esta protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro

²⁰⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencias acumuladas: 23-2003/ 41-2003/ 50-2003/ 17-2005/ 21-2005, Considerando V apartado 2 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

²⁰⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencias acumuladas: 23-2003/ 41-2003/ 50-2003/ 17-2005/ 21-2005, Considerando V apartado 3-B (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

grandes rubros: a) el acceso a la jurisdicción; b) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; c) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; d) el derecho a la ejecución de las resoluciones y e) derecho a recurrir.

Con el concepto de *debido proceso* o *proceso constitucionalmente configurado* se hace alusión a un proceso equitativo, respetuoso a los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que agrupa y se desdobra en un haz de garantías que cobra vigencia en todos los órganos jurisdiccionales y en las diferentes etapas de un proceso. El Art. 11 Cn. señala, en esencia, que la privación de derechos -para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley.

4.3.2.2. Derecho de tutela judicial efectiva.

Algunos doctrinarios, indican que proviene fundamentalmente del derecho alemán, según Couture²¹⁰ significa la satisfacción efectiva de los fines del derecho, en la realización de la paz social, mediante la vigencia de las normas jurídicas. Aunque existan posturas diferentes es sinónimo con el debido proceso legal que a su vez proviene del Derecho anglosajón concretamente de la V y XIV enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos, por lo que se configuro un nuevo derecho que se denominaría Tutela Jurisdiccional Efectiva, definido como el derecho de toda persona a que se haga justicia cuando pretenda algo de otra y que su pretensión sea atendida

²¹⁰Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, 151.

por un Órgano Jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas.²¹¹

En la normativa interna no se encuentra disposición constitucional que se refiera expresamente a la tutela judicial efectiva, sin embargo, en nuestra jurisprudencia constitucional se encuentran aproximaciones sobre el contenido que se constituye *ab initio* con el acceso a la jurisdicción, lo cual se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, tratándose de un derecho prestacional de configuración legal.²¹² Esto último concuerda con la opinión del Dr. Luiz Guilherme Marinoni: El derecho a la prestación jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como uno de los más importantes derechos, exactamente por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos.²¹³

No obstante lo antes señalado, se considera que aun cuando no se encuentra este derecho *ad litteram* al existir un proceso constitucionalmente configurado, el cual tiene como fundamento la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, como la presunción de inocencia, juicio previo, derecho de audiencia, que hace referir *per sea* los Arts.11 y 12 de la Carta Magna, tales como los señalados por el Tribunal Constitucional Español que de manera expresa o específica hace alusión al Derecho a la

²¹¹ Jesús González Pérez, El Derecho a la tutela Jurisdiccional Efectiva (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984), 29.

²¹² Sentencia de Amparo, con referencia: 348-2004, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

²¹³ LuizGuilherme, Marinoni, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales. http://www.academia.edu/1595825/DERECHO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA. (consultada el 15 de mayo de 2015).

Tutela Judicial Efectiva, en el Art. 24.1 de su Constitución²¹⁴ y que han sido analizados en su oportunidad por la Sala de lo Constitucional por medio de diferentes resoluciones constitucionales.

Según Joan Picó I. Junoy en su obra "Las garantías constitucionales del proceso", tiene -en palabras del Tribunal Constitucional Español- un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: El derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto.

De manera particular, la tutela judicial efectiva, es el derecho que tiene toda persona, a tener acceso efectivo a los Órganos jurisdiccionales para el ejercicio y resguardo de las garantías mínimas aplicables en el marco del debido proceso,²¹⁵ que preserve la seguridad jurídica, la legalidad y la defensa de las partes para proteger sus intereses, incluyendo el derecho a ser oídos, a la valoración de los alegatos y las pruebas que presenten y el derecho a obtener una resolución congruente y fundada en derecho emanada de la autoridad competente que ponga fin al proceso.

Desde una perspectiva doctrinal, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien es cierto que existen diferencias según la clase de proceso, el tratamiento de las medidas cautelares en el proceso

²¹⁴ Constitución española, Art. 24.1: "Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

²¹⁵ En este entendimiento es posible afirmar que la relación que entre el Derecho a una Tutela Judicial y el debido proceso justo y legal, existe una relación de género y especie.

penal importa más a la libertad personal y a la presunción de inocencia, en procesos no penales el aspecto más relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva.

Lo anterior se encuentra aparejado a la idea de la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, para lo cual en numerosas ocasiones deben retomarse instrumentos que se estiman necesarios para alcanzar una resolución de fondo en un proceso legalmente configurado que se practica en la realidad.

4.3.2. Declaración universal de los Derechos Humanos.²¹⁶

Adquiere gran significación la concreción a la tutela judicial efectiva en el Art.10: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

Con esta disposición declarativa se asumió a nivel de las Naciones Unidas la necesidad de que todos los hombres sean juzgados de acuerdo a los principios procesales que inspiran las reglas del debido proceso justo y legal, en los procesos en general, en donde se encuentran en juego derecho constitucionales, como son el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, y otros de los que todo ser humano, tiene derecho, y por ello mismo caracterizados también como Derechos Humanos, esta normativa siendo de

²¹⁶ Fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París.

carácter general se dirige a todo tipo de procesos a fin de obtener tutela judicial efectiva mediante el acceso a la jurisdicción, la defensa en juicio, y la obtención de un fallo judicial.

4.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²¹⁷

En el artículo 2, párrafo 3, incisos a), b) y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen: *Cada uno de los Estados Partes en el Derecho a la protección judicial, este tratado 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.

²¹⁷Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Aprobado el 16 de diciembre de 1966, (Ratificado por El Salvador, Asamblea Legislativa mediante D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979).

Desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, se era plenamente consciente de la necesidad de un tratado internacional que completase y diera un valor jurídico plenamente vinculante a los derechos contenidos en ella, instrumento que no se aprobaría hasta 18 años después, con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que pertenecen a la denominada primera generación de derechos humanos,²¹⁸ que conforman parte del derecho internacional imperativo de obligatorio cumplimiento (*iuscogens*) y tienen efecto jurídico frente a todos (*erga omnes*).

Los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están protegidos por los derechos reconocidos constitucionalmente a todas las personas en general, existen como parte del ordenamiento jurídico nacional recursos y mecanismos jurisdiccionales a nivel nacional que proveen a todo aquel que haga uso de ellos, la posibilidad de modificar los efectos negativos que una resolución judicial o administrativa que produzca una restricción de derechos de manera injustificada o contraria a las leyes. Se contempla como única excepción las sentencias provistas en los procesos constitucionales.

En El Salvador, se cuenta con principios, derechos y garantías que se aseguran en todo proceso como lo son el de presunción de inocencia, garantía de audiencia, debido proceso, acceso a un recurso eficaz y efectivo, los cuales figuran en la Constitución de la República, se aplican especialmente, cuando se trata de decidir la responsabilidad civil o penal de las personas, por medio de un proceso jurisdiccional.

²¹⁸ Se refieren a los derechos protegidos normalmente en las Declaraciones de Derechos y Constituciones del siglo XVIII, con vocación de salvaguardar la Libertad de las personas.

4.3.4. Convención americana de Derechos Humanos o pacto de San José.²¹⁹

En su artículo 8 hace referencia a las garantías judiciales acordadas para el acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida por sobre sus derechos subjetivos y que otorgue a las relaciones sociales la necesaria paz social y seguridad jurídica del derecho.

En relación al término “debido proceso” no aparece en la mayoría de las Cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tiene en cuenta la idea que surge inmediatamente cuando se habla del “debido proceso legal”.

En resumen, el debido proceso se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados: a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o procesal, y c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución. Respecto de su exigibilidad a todo Estado parte del Pacto de San José, se ha señalado en el Art. 25.1 que debe contar con recursos sencillos que posibilite la protección de los derechos fundamentales.

²¹⁹Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada del 7 al 22 de noviembre de 1969, (Ratificada por El Salvador por D.L. N° de fecha , publicado en el D. O. 82 Tomo N° de fecha 5 de mayo de 1995).

La protección judicial se refiere al derecho de toda persona de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica. Tiene como objeto garantizar formal y materialmente en sede jurisdiccional los derechos establecidos en el orden jurídico nacional; es decir, la posibilidad de obtener a través de los jueces y tribunales esa protección que comprende el derecho a un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no de la persona que acude ante el tribunal.

Así mismo se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a recurso sencillo, rápido y efectivo antes los tribunales que es un derecho fundamental en prima facie constituye uno de los pilares básicos de la Convención, su correcta aplicación tiene el objetivo de perfeccionar la administración de la justicia, su origen es poco conocido, se sitúa en la Declaración de Derechos del Hombre (abril de 1948), fue trasplantado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y de ahí en Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos (Arts. 13 y 25), así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art.2.3). Bajo estos parámetros normativos, la persona afectada puede acudir a la Comisión Interamericana para solicitar tutela a través de una petición por la violación a los derechos mencionados.

4.3.5. Ley de Procedimientos Constitucionales.

Esta ley pre-constitucional fue promulgada en el año de 1960²²⁰ en ella se encuentra cimientos de la parte adjetiva de los procesos constitucionales

²²⁰ Sin olvidar que la ley en cuestión es una ley preconstitucional por tanto queda en un estado de inconformidad frente a la Constitución de la República vigente desde 1983.

instituye la posibilidad de dictar -según lo prescrito en los artículos 19 al 25-, la suspensión del acto que se reclama, que tiene por objeto prevenir los posibles perjuicios que puedan derivarse de la aplicación de la norma cuestionada aun durante el curso del proceso de inconstitucionalidad.

En este marco legal no se permite por regla general decretar otra medida distinta, sin embargo, no es óbice para que se aplicaran otro tipo de medidas como lo hemos en visto en nuestra jurisprudencia constitucional, considerando que el máximo Tribunal no necesita de una habilitación legal para poder emitir las.

La ley en comento en el Art. 20 establece la posibilidad de decretar en el auto de admisión la suspensión del acto reclamado “cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva”, es decir, como un providencia que tiene por finalidad lograr que el tiempo que requiere el Tribunal para tramitar el proceso no constituye un obstáculo que impida que la sentencia definitiva en caso de ser estimatoria pueda desplegar todos sus efectos. El auto de admisión de la demanda de cualquier proceso contiene un pronunciamiento consustancial sobre la procedencia o no de decretar la suspensión del acto reclamado, al momento de pronunciarse se debe tomar en cuenta los siguientes aspectos: a) Naturaleza jurídica de los actos susceptibles de ser suspendidos: aquellos que han de producir efectos positivos;²²¹ b) Presupuestos procesales determinados para la adopción de la suspensión del acto reclamado, como el *fomus bonus iure* y *periculum in mora* o efectos negativos que en el transcurso del tiempo ocasionaría lo relativo a la eficacia de la sentencia; c)

²²¹ Cf. Art. 19 Inc. 2 L.Pr.Cn.

Efectos que produce la resolución que deniega la suspensión del acto reclamado: esta no pasa en autoridad de cosa juzgada.²²² En correlación con la disposición *supra* mencionada -Art. 20- es congruente desde un punto de vista, con el contenido del derecho de protección jurisdiccional (Art. 2 Cn.), concretamente, ya a través de la suspensión provisional del acto reclamado se pretende atacar una o varias de las variables que puede impedir alcanzar una sentencia definitiva, se pretende que logre su efecto conservador antes que reparador, y quede por tanto no en una simple declaración de meros propósitos, desprovista de eficacia en la realidad.

4.2. Derecho Comparado.

4.2.1. La importancia del Derecho comparado.

La tendencia a circunscribir la comparación al derecho escrito está ligada al idea de mutabilidad del derecho mismo; los estudios modernos de Derecho comparado, nacieron el siglo pasado bajo la forma “legislación comparada”, disciplina destinada a facilitar el proceso de unificación de los derechos internacionales y contrapuesta a la historia comparada, encaminada a esclarecer científicamente los orígenes de los derechos en el marco más amplio del devenir social, según el planteamiento realizado por Lamber con ocasión del congreso internacional de Derecho Comparado (celebrado en 1990) y que desde ahí la ingente influencia de numerosos estudios de derecho comparado.²²³

²²² Cf. Art. 25L.Pr.Cn.

²²³ Guseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004), 27-28.

La comparación de ordenamientos jurídicos de distintos países surgen elementos cognoscitivos indispensables para el desarrollo de la ciencia del Derecho constitucional, de este estudio comparado se extrae aquel conocimiento de los ordenamientos jurídicos internacionales, que permite escudriñar sobre las categorías clasificatorias, analizar las diversas experiencias constitucionales, un ejemplo clásico, son las categorías de los derechos fundamentales, los conceptos de forma de Estado y forma de Gobierno, de este modo la comparación puede ofrecer una ayuda válida en la construcción de nuevas instituciones constitucionales.

4.2.2. Cuadro de cotejo de Derecho comparado.

Se presenta un cuadro comparativo de legislación constitucional a nivel del derecho internacional, países seleccionados, que precisa identificar como claros referentes que se consideran los más óptimas de América Latina en cuanto a la regulación de sistemas cautelares implantados en su legislación interna.

4.2.2.1. Guatemala. A) Acción directa de inconstitucionalidad Art. 133 Ley de amparo, exhibición personal y constitucionalidad. B) Suspensión Provisional Art. 138 Ley de amparo, exhibición personal y constitucionalidad.

4.2.2.2. Perú. A) De la acción popular y la acción de inconstitucionalidad reguladas en los Arts. 75 al 108 Código Procesal Constitucional Peruano. B) Medidas cautelares regulados en los Art. 94 y 105 ambos del C. Pr. Cn. Peruano.

4.2.2.3. Venezuela. A) Proceso de inconstitucionalidad Art.25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. B) Medidas cautelares: Art.130Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

4.2.2.4. Bolivia. A) Acción de inconstitucionalidad de carácter concreto. Arts. 72-84 C.Pr.Cn. Boliviano. B) Medidas cautelares: Art.9 C. Pr. Cn. Boliviano.

4.2.2.5. Uruguay. A)Proceso de inconstitucionalidad Arts. 508 C.Gral.Pr. B) Medidas cautelares Art.311 C.Gral.Pr.

DERECHO COMPARADO						
	El Salvador	Guatemala	Uruguay	Venezuela	Perú	Bolivia
Órgano que ejerce el control concentrado	Sala de lo Constitucional.	Corte Constitucional	Suprema Corte de Justicia.	Sala de lo Constitucional.	Tribunal Constitucional.	Tribunal Constitucional Plurinacional.
Denominación	Acción de Inconstitucionalidad	Acción de Inconstitucionalidad	Proceso de Inconstitucionalidad de la ley	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso de Inconstitucionalidad	Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto
Objeto de control Abstracto de constitucionalidad	<p>Art.149, 183 Cn.</p> <p>a) Leyes, Decretos Ley, Decretos con fuerza de Ley</p> <p>b) Tratados internacionales</p> <p>c) Reglamentos (tipos)</p> <p>d) Ordenanzas municipales</p> <p>e) Decreto de Reformas constitucionales</p> <p>f) Actos políticos (Comisiones Legislativas y Actos de Elección de funcionarios de segundo grado)</p>	<p>TITULO CUATRO Constitucionalidad de las leyes</p> <p>CAPITULO CINCO Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General</p> <p>Artículo 133. Planteamiento de la inconstitucionalidad.</p> <p>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.</p>	<p>TITULO IX</p> <p>Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley</p> <p>Artículo 508. Caso Concreto.- Siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley, en cualquier procedimiento jurisdiccional, se podrá promover la declaración de inconstitucionalidad</p>	<p>TÍTULO III DE LAS COMPETENCIAS Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Capítulo I De las Competencias de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia Artículo 25.</p> <p>Es de la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:</p> <p>1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.</p> <p>2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que colidan con ella.</p> <p>3. Declarar la nulidad total o parcial</p>	<p>TÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR E INCONSTITUCIONALIDAD</p> <p>Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular</p> <p>La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayansido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.</p>	<p>TÍTULO III ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD</p> <p>CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES</p> <p>Art.72 Objeto Las Acciones de Inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado, a instancia de las autoridades públicas señaladas en el presente Código.</p>

				de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con aquélla. 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estadal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección.	Artículo 77.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.	
Sistema Cautelar	Sistema Innominado	Sistema nominado	Sistema mixto	Sistema innominado	Sistema mixto	Sistema mixto
Fuente del Sistema Cautelar	Jurisprudencia	Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad	Código General del Proceso	Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia	Código Procesal Constitucional Ley 28237	Código Procesal Constitucional
Texto legal		TITULO CUATRO Constitucionalidad de las leyes CAPITULO CINCO Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General	TITULO II Proceso Cautelar CAPITULO I Disposiciones Generales Artículo 311. Universalidad de la aplicación 311.1 Las medidas cautelares podrán	TÍTULO XI DISPOSICIONES TRANSITORIAS CAPÍTULO II De los procesos ante la Sala Constitucional Solicitudes cautelares Artículo 130. En cualquier estado y grado del	TÍTULO VII PROCESO DE ACCIÓN POPULAR Artículo 94.- Medida Cautelar Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El	TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES, FACULTADES ESPECIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, RESOLUCIONES, EFECTOS Y EJECUCIÓN

		<p>Artículo 138. Suspensión provisional.</p> <p>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.</p>	<p>adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario, por el tribunal que este conociendo.</p> <p>311.2 Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados. Cuando para hacer efectiva la medida cautelar se requiera la inscripción en el Registro respectivo, el plazo de caducidad se contara a partir del día hábil siguiente al décimo día hábil posterior al libramiento del oficio.</p>	<p>proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.</p>	<p>contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma Considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.</p> <p>TÍTULO VIII PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD</p> <p>Artículo 105. Improcedencia de medidas cautelares</p> <p>En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares.</p>	<p>Capítulo Segundo Facultades especiales del Tribunal Constitucional Plurinacional y deber de cooperación, colaboración de los órganos, instituciones y sujetos públicos y privados.</p> <p>Artículo 9. Medidas cautelares. El Tribunal Constitucional Plurinacional, de oficio o a petición de parte, a través de la Comisión de Admisión, podrá determinar las medidas cautelares que considere necesarias.</p>
<p>Procedencia de las medidas cautelares</p>	<p>En el proceso constitucional la imposición de las medidas cautelares se traduce, por un lado, en el (fomusbonus iuris) planteamiento de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos demuestren razonablemente que estamos en presencia de una norma constitucional violada, y por el otro, (periculum in mora) que la eficacia de una potencial sentencia</p>	<p>-----</p>	<p>Artículo 312. Procedencia.</p> <p>Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.</p>	<p>-----</p>	<p>-----</p>	<p>-----</p>

	estimatoria pueda volverse nugatoria o frustrada. (Auto de fecha 26-II-2012, en la INC. 4-2012).					
Potestad Cautelar ex officio o a petición de parte	A petición de parte y de oficio.	Artículo 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.	Universalidad de aplicación Art. 311.3 Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite.	Solicitudes cautelares Artículo 130. En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes.	-----	Artículo 9. Medidas cautelares. El Tribunal Constitucional Plurinacional, de oficio o a petición de parte, a través de la Comisión de Admisión, podrá determinar las medidas cautelares que considere necesarias
Oposición a las medidas cautelares	-----	-----	Art. 315 Recursos Art. 315.3 La providencia que deniegue o disponga el cese de una medida cautelar será apelable con efecto suspensivo. La que la admita, modifique o sustituya será apelable sin efecto suspensivo.	Artículo 131. Oposición Cuando se acuerde alguna medida cautelar, transcurrirá un lapso de tres días de despacho para la oposición. Si hubiere oposición, se abrirá cuaderno separado y se entenderá abierta una articulación de tres días de despacho para que los intervinientes promuevan y evacuen pruebas. Dentro de los cinco días de despacho siguientes la Sala sentenciará la incidencia cautelar.	-----	-----

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. Conclusiones.

Como punto final de esta investigación se obtienen las siguientes conclusiones:

Desde que se promulgo la Constitución de 1950 se consignan las raíces de todos los mecanismos constitucionales, tales como el habeas corpus, el amparo y la inconstitucionalidad, que hoy día aun integran el derecho procesal constitucional salvadoreño; se instituye la expresión Tribunal Constitucional, precisamente porque tenía la potestad de declarar la inconstitucionalidad -con efectos generales y obligatorios- de las leyes y productos normativos, esta calificación se confirma con la promulgación de una Ley de Amparo en 1950.

Que en el país, no se cuenta con un modelo de control abstracto europeo kelseniano, pues no tenemos un Tribunal Constitucional fuera del seno del Órgano Judicial, tampoco se tiene un control difuso puro como el norteamericano, aun cuando es ejercido por los Tribunales -incluyendo a la S.C- contamos un modelo mixto, en que ambos controles mencionados (el concentrado y el difuso) puede apreciarse su tendencia a la unificación que permite abordar de manera unitaria los límites de la justicia constitucional y

los problemas que se plantean, aun cuando cada uno de ellos presenta particularidades.

La declaratoria de inconstitucionalidad es el derecho reconocido a todo ciudadano o al Ministerio Publico para solicitarla ante la Sala de lo Constitucional o por vía excepcional ante un juez ordinario durante el trámite de cualquier proceso, el cual tiene por objeto la expulsión de una o varias normas de rango legal impugnadas del ordenamiento jurídico nacional, cuando estas contravienen al orden constitucional, ya sea en su forma, contenido o conexión, o por considerar que existe una omisión advertida por parte del legislador.

Las Medidas cautelares son para prevenir el riesgo que representa la dimensión temporal del proceso, ya sea mediante la conservación de la situación fáctica o jurídica vigente en un momento determinado (conservativas); la modificación de la situación para prevenir la continuidad o agravamiento del daño (innovativas en stricto sensu); o con el adelantamiento provisorio de la decisión de mérito (anticipatorias).

La única medida cautelar regulada en la Ley de Procedimientos Constitucionales es la suspensión del acto reclamado, la cual es aplicada supletoriamente en el proceso de inconstitucionalidad.

El sistema cautelar constitucional ha evolucionado positivamente, adoptando nuevas tendencias doctrinarias que permite la introducción de medidas cautelares innominadas, que se constituyen como instrumentos procesales

que brinda una protección eficaz y ágil a fin de alcanzar una verdadera resolución sobre el fondo en un proceso de inconstitucionalidad, que garantice la totalidad de los derechos consagrados por la Constitución de la República.

Es imperativo que se regule la potestad cautelar, en vista de que es esencialmente discrecional, en cuanto que el Juez es quien determina ante las circunstancias de cada caso en concreto, cual es la providencia más idónea y racional, ello a fin que la parte vencedora no resulte perjudicada al finalizar el proceso principal, así mismo se deben determinar los elementos procesales, tales como la existencia misma de la potestad, los presupuestos procesales para acreditarla, su extensión, la competencia para decretarlas; pues todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica.

La garantía de la tutela cautelar forma parte del conjunto de derechos y garantías que conforman la tutela judicial efectiva, mediante la cual comprende el derecho a pedir y obtener la ejecución de una medida cautelar, su función básicamente consiste en evitar que posibles daños y perjuicios derivados de la duración del proceso, que pueden convertirse en realidad y hagan perder la efectividad de una eventual sentencia definitiva.

La Ley de Procedimientos Constitucionales data desde el 14 de enero de 1960, y que en esencia es la reunión de las disposiciones dispersas en aquel momento y que seguía el proyecto ley de amparo y garantías constitucionales. Por lo tanto se considera que es preconstitucional no se encuentra acorde a la Constitución de la República, si bien cierto sigue

siendo positiva pero ya ha perdido eficacia, no se adecua a las necesidades de la sociedad salvadoreña actual y a las tendencias modernas tanto del derecho procesal, la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

Que es necesario derogar la tan citada ley procesal o por lo menos reformar o adecuar su texto a los postulados del derecho procesal moderno y a la Constitución de 1983, para brindar una mejor protección a los derechos y garantías de los ciudadanos y respondiendo en mejor forma a las exigencias de la sociedad salvadoreña actual.

Necesario la creación de una nueva Ley Procesal Constitucional, que retome en los procesos constitucionales; principios de oralidad, intermediación, contradicción y celeridad, entre otros; así como la adaptación de su texto y contenido a las figuras y normas procesales vigentes entre ellas, el establecimiento del alcance del control de constitucionalidad, la modificación de plazos, las notificaciones electrónicas y determinar los elementos más importantes de la potestad cautelar general, tales como su reconocimiento, presupuestos procesales, la codificación de la jurisprudencia, entre otras.

5.2 Recomendaciones.

A la Asamblea Legislativa retomar el proyecto de para establecer una nueva ley procesal constitucional, puede ser provechoso como punto de partida, se debe retomar el proyecto dicho proyecto, pero modificarlo acorde a los derechos y garantías que aporta nuestra Carga Magna y no se puede perder de vista los cambios procesales aportados por nuestro Código Procesal Civil

y Mercantil (2010), que ya contempla la posibilidad de universalidad de aplicación de las medidas cautelares.

Se requiere la configuración de una verdadera estructura procesal sobre las medidas cautelares a fin de dotar de contenido material a la ley procesal constitucional, retomando diversas posiciones y consideraciones de la doctrina, la jurisprudencia constitucional y derecho comparado, para alcanzar los fines constitucionales.

Se debe considerar la posibilidad y pertinencia de introducir medidas cautelares en los tres procesos constitucionales, acompañadas de la respectiva regulación, que cada uno de los distintos supuestos podría requerir.

A la Sala de lo Constitucional, a través de su jurisprudencia debe delinear consideraciones más profundas sobre las medidas cautelares innovativas, en cuanto su naturaleza, competencia y alcance de las mismas, a fin de brindar una entera comprensión, ya que en el panorama jurídico la adopción de medidas cautelares han sido cuestionadas por los diferentes sectores.

Las actuaciones de la Sala de lo Constitucional al decretar medidas cautelares innovativas debe apegarse a los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y racionalidad tomando en consideración las garantías constitucionales de las partes intervinientes.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Abad Yupanqui Samuel. El proceso constitucional de amparo. 2ª Perú: Edición Gaceta Jurídica, 2008.

Alterini Atilio Aníbal. La inseguridad jurídica. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1993.

Barrios González Boris. Derecho Procesal Constitucional. Panamá: Editorial Barrios y Barrios, 2014.

Bertrand Galindo Francisco. Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. 2da. Edición. El Salvador: Centro de Información Jurídica; Ministerio de Justicia, 1996.

Bianchi Alberto. Control de Constitucionalidad. Tomo II, Buenos Aires: Editorial Abaco De Palma, 1992.

Calamandrei Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1945.

Calderón Cuadrado María Pía. Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. Madrid: Ed. Civitas, 1992.

Carnelutti Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Tomo I, Trad. Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial UTEHA, 1944.

Cassagne Ezequiel. Tratado de derecho procesal administrativo (Dir. Juan Carlos Cassagne), Tomo II, 2ª edición actualizada, Buenos Aires: La Ley, 2007.

Coing Helmut. Fundamentos de la filosofía del derecho. Trad. Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ed. Ariel, 1976.

Couture Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª Ed. (póstuma), Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

Chinchilla Marin Carmen. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.

Chiovenda Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil. t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, Principios del Derecho Procesal Civil. Tomo II. Madrid: Reus, 1936-1977.

Di Iorio Alfredo. Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares. Argentina: L.L., 1978.

Fabrega Ponce Jorge. Medidas cautelares. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Ferrajoli y Luigi. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Fix Samudio Héctor. Ensayos sobre el derecho de amparo. México: Porrúa, 1999.

García Belaude Domingo. Derecho procesal constitucional, Bogotá: Editorial Temis, 2001.

García de Enterría y Fernández Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. 9ª edición. Madrid: Civitas, 199.

García Máynez Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 39ª edición, México: Editorial Porrúa, 1988.

Gascón Abellán Marina. Interpretación constitucional. 2ª edición, San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial, 2013.

Gozáini Osvaldo. Elementos de Derecho Procesal Civil. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2005.

González Pérez Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984.

Greif Jaime. Medidas cautelares. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2002.

Hernández Mendible Víctor Rafael. La tutela judicial cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano. Venezuela: Vadell Editores, 1997.

Hernández Valle Rubén. Introducción al derecho procesal constitucional. México: Editorial Porrúa, 2005.

Henríquez La Roche Ricardo. Medidas cautelares. 3ª edición. Maracaibo: Centro de Estudios Zulia, 1988.

Jinesta Lobo Ernesto. La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica, 2006. El nuevo proceso contencioso administrativo. Costa Rica: Poder Judicial Escuela Judicial, 1996.

Kelsen Hans. Teoría pura del derecho. México: UNAM, 1986.

Kielmanovich Jorge Luis. Medidas cautelares, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

López Camacho José Álvaro. Las medidas cautelares. Costa Rica: de la Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2012.

Anaya Enrique. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Coods.: Eduardo Ferrer Mac- Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Teoría General del Derecho Procesal. Tomo I México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008.

Marinoni LuizGuilherme. Tutela anticipatoria, medidas cautelares. Ed. Jaime Greif .Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2014. Control de Constitucionalidad, Direito Constitucional (Sao Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011) Trad. Héctor Tulio Baires, Dir. Edit. Henry Alexander Mejía, Et. Al, El Salvador: Ed.Cuscatleca, 2002.

Martínez Botos Raúl. Medidas cautelares, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.

Mejía Henry Alexander. Manual de derecho administrativo. San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2014.

Monroy Palacios Juan José. Bases para formación de una teoría cautelar. Perú, 2002.

Monroy Gálvez Juan. Temas de Derecho Procesal Civil, Lima: Ediciones librería Studium, 1987.

Morello Agustín. Anticipación de tutela. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1996.

Nino Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

Novellino Norberto José. Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

Núñez Rivero Cayetano. El Estado y La Constitución salvadoreña. El

Salvador: Edit. Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y de la cultura Constitucional, 2000.

Orteils Ramos Manuel. Las Medidas Cautelares. Madrid: La Ley-Actualidad S.A., 2000.

Ortiz Ortiz, Rafael. El poder cautelar general y las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento venezolano, Caracas: Ed. Paredes, 1997.

Palacio Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. t. VIII. Buenos Aires:Abeledo-Perrot, 1985.

Pérez Antonio. Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

Peyrano Jorge Walt. Medida cautelar innovativa. Argentina: Ed. Depalma.-1999a. Medidas autosatisfactivas. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1981.

Podetti Ramiro. Derecho procesal civil, comercial y laboral, Tratado de las medidas cautelares, 2ª Edición. T.IV, Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1956.

Prieto Sanchís Luis. Ideología e interpretación jurídica. Madrid: Ed. CEC., 1992

Ramos Romeu Francisco. Las medidas cautelares civiles.Barcelona: Atelier, 2006.

Ramírez Jorge Orlando.Función precautelar.Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

Recasens Siches Luis.Tratado general de la filosofía del derecho.México: Ed. Porrúa, 1975.

Roco Ugo. Tratado de derecho procesal civil. T.V. Parte especial. Proceso cautelar. Temis- Depalma, 1977.

Rodríguez Pastor Carlos. Prontuario de Derecho Romano. Perú: Fundación M.J Bustamante de la Fuente.

Rondon De Sanso Hildegar. Teoría general de la actividad administrativa. Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 1981.

Sagues Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional, 2ª ed. Argentina: Ed. Astrea, 2012.

Simón Padrós Ramiro. La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa. Argentina: LexisNexis, 2005.

Velandia Canosa Eduardo. Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Colombia: Editores Ltda, 2013.

TESIS

Vidaurre Santos Berta Lorena. La efectividad de las medidas cautelares y de protección en relación a los derechos del grupo familiar, sus consecuencias jurídicas, y las formas de dejar sin efecto la misma en San Salvador desde 1996 a 1997. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas., Universidad de EL Salvador, 1998.

Aguilar Henríquez Roxana Patricia, Aplicabilidad de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en El Salvador. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas., Universidad de EL Salvador, 2003.

De Paz Leiva Cecilia Isabel, et. al. La eficacia de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley en El Salvador. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas., Universidad de EL Salvador, 2011.

Canizalez Hernández Carmen Yesenia, .La aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas., Universidad de EL Salvador, 2012.

ENSAYOS

Anaya Barraza Salvador Enrique. Breve reseña de la evolución del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Centroamericana , 2009.

Cassagne Juan Carlos. La acción declarativa de inconstitucionalidad. Argentina: La Ley, 2015.

De Vergottini Guseppe. Derecho constitucional comparado, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004.

Fix Samudio Héctor. Ensayos sobre el derecho de amparo. México: Editorial Porrúa, 1999.

Gentile Jorge Horacio. Derecho procesal constitucional y control de constitucionalidad, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1997.

Hernández Rubén. El control de la constitucionalidad de las leyes. Costa Rica: Ediciones Juricentro, 1978.

Mejía Henry Alexander. El control de constitucionalidad en El Salvador, curso de Derecho Procesal Constitucional, Departamento de Derecho Público. Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales., Universidad de El Salvador, 2014.

Priori Posada Giovanni Francezco. La oposición a las medidas cautelares. Perú: Advocatus, 2011.

Sánchez Gil Rubén. El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

Tinetti José Albino. La justicia constitucional en El Salvador”, El Salvador: Escuela de Capacitación Judicial Doctor Arturo Zeledón Castillo, 1991.

Vecina Cifuentes Javier. La potestad cautelar: contenido y límites. España: Estudios jurídicos, 2004.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador 1983.

Código Civil de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 1860.

Código Municipal. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 1986.

Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 2010.

Ley de Procedimientos Constitucionales. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 1960.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 1978.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, Paris 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Aprobado el 16 de diciembre de 1966, Ratificado por El Salvador 1979.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Guatemala, Asamblea Legislativa de Guatemala 1986.

Código General Del Proceso, República Oriental del Uruguay, de 1989.

Código Procesal Constitucional de la República Perú, Perú, Asamblea Constituyente 2004.

Ley Orgánica del Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, Venezuela, Asamblea Constituyente, 2011.

Código Procesal Constitucional de la República de Bolivia, Bolivia, Asamblea Constituyente 2012.

JURISPRUDENCIA

AMPAROS

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 420-97. El Salvador, 1997.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia: 265-97. El Salvador, 1998.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 103-97. El Salvador, 1998.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 176-2001. El Salvador, 2001.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 737-2001, El Salvador, 2002.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, con referencia 348-2004. El Salvador, 2009.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, con referencia 408-2010. El Salvador, 2010.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio, referencia 337-99. El Salvador, 1999.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio, referencia 12-2002. El Salvador, 2002.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio, referencia 626-2000, El Salvador. 2000.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio, referencia 166-2009. El Salvador, 2009.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio, referencia 32-2012. El Salvador, 2012.

INCONSTITUCIONALIDADES

Sala de Amparo de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 1-51. El Salvador, 1950.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 10-93. El Salvador, 1993.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia16-1998.El Salvador,1998.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.Sentencia definitiva, referencia2-1999.El Salvador, 1998.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.Sentencia definitiva, referencia 14-98.El Salvador, 1999.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 24-1999.El Salvador,1999.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.Sentencia definitiva, referencia24-97.El Salvador, 2000.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 41-2000.El Salvador,2001.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 37-2004.El Salvador, 2004.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 52-2003.El Salvador,2004.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia60-2003.El Salvador,2005.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia definitiva, referencia27-2005.El Salvador, 2006.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia23-2003 y 41-2003/ 50-2003/ 17-2005/ 21-2005 (Acum.)El Salvador, 2009.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 1-2010.El Salvador, 2010.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia40-2009.El Salvador,2010.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 7-2012.El Salvador, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 19-2012.El Salvador,2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.23-2012.El Salvador, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia29-2012.El Salvador, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia40-2011.El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.Sentencia definitiva, referencia49-2011.El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia4-2012.El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 41-2012.El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia.77-2013 y referencia 97-2013 (Acumuladas) El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 163-2013.El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 41-2012.El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 9-2014.El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 41-2012.El Salvador,2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 8-2014.El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia63-2013.El Salvador, 2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia9-2014. El Salvador,2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de fecha. Auto interlocutorio, referencia 52-2014.El Salvador,2014.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 35-2015. El Salvador, 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia218-2006.El Salvador, 2006.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia77-2013 y con referencia 97-2013 (Acumuladas).El Salvador, 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 15-2011, El Salvador, 2011.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 37-2011. El Salvador, 2011.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 8-2014, El Salvador, 2014

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio, referencia 65-2012, El Salvador, 2014.

INAPLICABILIDADES

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 19-2012. El Salvador, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 23-2012. El Salvador, 2012.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia 155-2013. El Salvador, 2013.

REVISTAS

Arias Grillo Rodrigo. La actividad cautelar en los procesos constitucionales. Costa Rica: Revista de Ciencias Jurídicas N° 116, mayo-agosto, 2008.

Barbosa Ximena Y Romero Romina. Medidas en el proceso de inconstitucionalidad. Uruguay: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2012.

Ortiz Ortiz Rafael. Eidética y aporética de las medidas cautelares innominadas en el Derecho comparado. Venezuela: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 103, 1997.

Quintero Mariolga. Medidas Innominadas. Revista de Derecho Privado. Dir. Leopoldo Borjas. Ed. Vadell Hermanos. Enero-Junio. N°7-1, 1990.

Restrepo Medina Manuel Alberto. La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso. España: Revista de estudios jurídicos económicos, Volumen 3 de la Universidad Alfonso X el Sabio, 2005.

CONFERENCIAS.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Los poderes del juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional. Ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008.

Irún Croskey Sebastián. Bases para un Código Procesal Civil Panamericano y su aplicación al actual Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno en el XX Congreso Panamericano de Derecho Procesal celebrado en Santiago de Chile, 29-31 de agosto, 2007.

Soulier Alejandro. La imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su deber de procesar y juzgar. Ponencia presentada en Concurso de jóvenes Abogados del XXI encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Cali, Colombia, del 19 al 21 de agosto, 2008.

DICCIONARIOS

Cabanellas de Torres Guillermo. Diccionario jurídico elemental, 16ª Edición, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 2003.

Osorio Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, 28ª Edición, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 2001.

Fix Fierro Héctor. Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. Tomo I, coords. Eduardo Ferrer Mac- Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM., 2014.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Medidas cautelares innominadas. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen N° 8. (1989). Accedido 17 de noviembre de 2015. <http://www.icdp.org.co/evista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADA%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf>.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales. Accedido 15 de mayo de 2015. http://www.academia.edu/1595825/DERECHO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA(consultada el 15 de mayo de 2015).

Medidas Cautelares Innominadas. Ver. Rengel Romberg Arístides. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen N° 8, 1989. Accedido el 10 de octubre de 2015. <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>.

ANEXOS

Jurisprudencia que admite el sistema cautelar de medidas innominadas.

Como objeto de estudio se establece una serie de resoluciones pronunciadas en el proceso de inconstitucionalidad durante la actual magistratura (16/VII/2009 hasta el 15/VII/2018) que ha incidido notablemente a cambios que trascienden del ámbito jurídico a la realidad, como claro ejemplo de la actividad cautelar innominada en El Salvador.

Inconstitucionalidad de la creación de la comisión legislativa que investigaba sobre la legalidad de la elección de Magistrados de la CSJ de dos mil nueve.

Objeto de control: Acuerdo Legislativo N° 114, de 21-VI-2012, publicado en el Diario Oficial N° 119, tomo 395, del 28-VI-2012.

El 14-VI-2012 un gremio de abogados y el sindicato de trabajadores del Órgano Judicial presentó a la Asamblea Legislativa una correspondencia en la cual solicitaron la creación de una comisión legislativa especial que investigara la constitucionalidad de la elección de Magistrados de la C.S.J. realizada en julio de 2009. El mismo día, durante sesión plenaria del Legislativo, se acordó pasar a la comisión política de la A.L., la moción de crear una comisión especial de investigación. El 19-VI-2012 la comisión política de la Asamblea Legislativa emitió un dictamen favorable para la creación de la aludida comisión especial y el 21-VI-2012, durante la sesión plenaria, la Asamblea Legislativa dispuso finalmente el acuerdo de la

creación de la comisión legislativa para que investigara la legalidad o ilegalidad de la elección de Magistrados de la C.S.J. del año 2009 y las consecuencias de sus actuaciones.

Medida cautelar: Suspender provisionalmente los efectos del citado acuerdo, en el sentido que la comisión creada por dicho Órgano de Gobierno debía abstenerse de continuar realizando diligencias dirigidas a investigar el nombramiento de estos, y de emitir dictamen o resolución sobre los actos ya realizados.²²⁴

Inconstitucionalidad de la ley especial para la constitución del fondo para la atención de víctimas de accidentes de tránsito.

Objeto de control: Arts. 15, 19 y 14 letra a). 16, 17, 18, 20, 25 y 29 de la Ley especial para la constitución del fondo para la atención de víctimas de accidentes de tránsito. Por conexión 21, 22, 23 y 24 del RLEFONAT.

La LEFONAT contenía una doble tributación para los ciudadanos que tuvieran vehículos automotores, pagaban por un tributo disfrazado de contribución especial. El sujeto obligado no obtenía una utilidad real, ni potencial, por cuanto no existe contraprestación por parte del Estado, ya que no se ejecuta una obra, no se presta o amplía un servicio ni se lleva a cabo una actividad que se encuentren directamente vinculada con el pago. La actuación estatal se limita a recaudar unos fondos destinados a resarcir pecuniariamente los daños sufridos por las víctimas de un accidente de

²²⁴Auto de admisión pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad con referencia: 41-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

tránsito; de ahí que el sujeto obligado difícilmente recibirá un provecho por el pago de la obligación tributaria. Es evidente que con la LEFONAT el legislador realizó una mezcla inadecuada de los elementos constitutivos y propios del contrato seguro y conceptos tributarios, creando una especie de híbrido *sui generis*, invadiendo funciones indemnizatorias del contrato de seguro que pone en peligro la gestión del riesgo en cuanto confieren a su administración a un ente que no tiene competencias técnicas.

Medida cautelar: Suspensión de los efectos de la Ley Especial para la Constitución del Fondo para la Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito.²²⁵

Inconstitucionalidad de la elección del licenciado José Salomón Padilla como magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Objeto de control: Art. 2 del Decreto Legislativo N° 101, de 21-VIII-2012, publicado en el Diario Oficial N° 155, tomo N° 396, de 23-VIII-2012, por medio del cual la Asamblea Legislativa eligió al abogado José Salomón Padilla como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Ante la S.C.A., se habían presentado demandas cuya finalidad era que se declarara "ilegal y nulo de pleno derecho" el Decreto Legislativo N° 71, de 16-VII-2009, publicado en el Diario Oficial N°133, tomo 384, de fecha 17-VII-2009, mediante el cual fueron elegidos como Magistrados de la C.S.J. los abogados Blanco Reyes, González Bonilla, Meléndez Padilla, Jaime y de la

²²⁵Auto de admisión pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad, con referencia: 63-2013 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

Magistrada suplente Barillas de Segovia, quienes conocieron precisamente las demandas presentadas ante esta Sala en contra de la elección del Magistrado Presidente de la C.S.J. José Salomón Padilla.

Medida cautelar. Ordeno a la Sala C.A. que se abstuviera de inmediato de continuar tramitando el proceso promovido ante ella, así como de adoptar cualquier decisión encaminada a cesar, separar o inhabilitar a cualquier título, provisional o definitivo, a los integrantes de esta Sala, propietarios y suplentes, para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, mientras no se resolvieran con carácter definitivo las pretensiones de inconstitucionalidad referidas.²²⁶

Inconstitucionalidad de las disposiciones para regular la eficaz gestión de la Administración Pública en el marco del proselitismo electoral y de las actividades.

Objeto de control: Art. 1 Inc. 2° de las Disposiciones para regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades.

El citado artículo del D. E. 181/2013 contraviene lo prescrito al Art. 218 Cn., porque la expresión “prevalecerse de sus cargos” (*sic*) no alude únicamente al hecho de que los funcionarios utilicen recursos estatales (como vehículos, seguridad, etc.) para hacer política partidista, sino que tal enunciado se refiere a que los funcionarios no deben participar en “propaganda electoral”,

²²⁶Auto pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad con referencias: 77-2013 Acum. 97-2013, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

presentándose como tales, ya que deben realizar actividades para la consecución del bien común, mediante una adecuada creación y prestación ininterrumpida de los servicios públicos.

Las instituciones deben ser independizadas de la política partidista, de modo que los funcionarios no pueden realizar actividades en nombre o favor de grupos de poder o de secretos determinados, sino a favor de todos y cada uno de los miembros que conforman la sociedad salvadoreña. Añadieron los demandantes que: Los funcionarios públicos obtienen su vehículo, seguridad, salario, entre otros privilegios, por día no solo por las horas que ellos ejercen sus labores; está claro que los funcionarios públicos son tales los trescientos sesenta y cinco días del año, por otra parte no puede ser que el pueblo se quede sin representantes de las quince horas con treinta minutos en adelante y durante los fines de semana. Esto no significa que los funcionarios públicos tengan que laborar las veinticuatro horas del día, significa que tiene calidad de funcionarios por ese período.

Medida cautelar: La suspensión provisional de los efectos del Art. 1 Inc. 2° del D. E. 181/2013 en el sentido de que ningún funcionario público, sin excepción alguna, podría ampararse en tal disposición para participar en actividades relacionadas con la política partidista, prevaleciendo del cargo público, especialmente en lo que se refiere a actividades de campaña proselitista.

En particular, con base en esta decisión, todo funcionario debía abstenerse de realizar actividades político partidarias que tiendan a favorecer o

perjudicar a cualquiera de los candidatos o partidos que participarán en las elecciones presidenciales del año en curso. (24-I-2014).

Inconstitucionalidad de la ley del presupuesto de ingresos y egresos de la administración pública para el ejercicio fiscal del año dos mil catorce.

Objeto de control: Art. 10 de la Ley del presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública para el ejercicio fiscal dos mil catorce, publicada en el Diario Oficial N° 225, tomo 401, de 2-XII-2013.

La Constitución encomienda el manejo del patrimonio del Estado al ramo de Hacienda, para lo cual este puede usar en beneficio de la población activos existentes (como bienes, valores, fondos o créditos) y toda clase de ingresos. Para la Administración pública, el Órgano Ejecutivo puede disponer de los recursos para cubrir los gastos correspondientes, pero constitucionalmente se exige que todas las funciones se realicen de acuerdo con el presupuesto de ingresos y gastos que la Asamblea Legislativa debe decreta para un ejercicio fiscal (Art. 131 Ord. 8 Cn.) esta facultad es indelegable (Art. 86 Cn.) y cualquier modificación del mismo exige lógicamente la decisión del mismo Consejo de Ministros (sea en lo cualitativo como en lo cuantitativo, para los diferentes ramos de la Administración pública) y corresponde a la Asamblea Legislativa su aprobación, para que el plan financiero no contradiga el programa de trabajo previsto para el año fiscal correspondiente.

Por otra parte todo presupuesto debe incluir la totalidad de gastos que prevé ejecutar el gobierno (Art. 227 Cn.) no puede disfrazarse gastos que no

tengan la finalidad de obras o servicios de interés de la sociedad, bajo la denominación de “gastos imprevistos”; sin embargo, una de las disposiciones de la Ley del Presupuesto de Ingresos y Egresos de la Administración Pública para el ejercicio fiscal dos mil catorce, crean partidas presupuestarias para líneas de trabajo de gastos imprevistos.

Medida cautelar: La Asamblea Legislativa no podrá autorizar transferencias de fondos desde las partidas de gastos imprevistos de un Ramo de la Administración hacia otras partidas presupuestarias de la misma clase, ni podrán ejecutarse por la Administración Pública las autorizaciones de este tipo aprobadas en contravención del procedimiento constitucional que las habilita. Asimismo, durante la tramitación de este proceso y hasta que se emita la sentencia correspondiente, se suspenderá la aplicación del art. 10 LP-2014.²²⁷

Interlocutoria en el proceso de inconstitucionalidad sobre la Ley de Telecomunicaciones.

Objeto de control: Los arts. 81 Inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 de la Ley de Telecomunicaciones (LT), contenida en el Decreto Legislativo N° 142, de 6-XI-1997, publicado en el Diario Oficial N° 218, Tomo 337, del 21-XI-1997.

Los argumentos de los demandantes sostienen que la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones desarrollan un procedimiento de subasta pública de las concesiones para la explotación de varios canales

²²⁷Autode admisión pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad con referencia: 9-2014, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

satelitales, frecuencias radiofónicas y los canales 7, 13, 14, 16, 18 y 20 de televisión abierta y que según publicaciones en la página oficial de la SIGET, es público y notorio que continuaban tramitando dicho procedimiento, sin más criterio que el de la “mayor oferta económica”; con base en las disposiciones impugnadas en el presente proceso, sin embargo, este criterio genera una diferencia de iure en cuanto impone un tratamiento legal supuestamente igualitario a personas titulares de libertad de expresión que se encuentran en situaciones económicas disimiles y de facto porque favorece a personas y grupos económicamente fuertes y detrimento de otros sin poder económico.

Medida cautelar: Suspensión de las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones que regulan el procedimiento para el trámite de solicitudes y otorgamiento de concesiones para la explotación del espectro radio eléctrico, así como los efectos de aquellas disposiciones del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que los desarrollan.²²⁸

Interlocutoria el proceso de inconstitucionalidad sobre el Tratado constitutivo del PARLACEN y otras instancias políticas.

Objeto de control: Art. 2 letras b) y c) del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, suscrito el 2-X-1987 y ratificado por D. L. N° 67, de 1-IX-1988, publicado en el D. O. n° 165, T N° 300, de 7-IX-1988 y por conexión, el Art. 2 inc. 2° del Reglamento Interno del PARLACEN.

²²⁸Autopronunciado en el proceso de inconstitucionalidad con referencia: 65-2012, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

Los Diputados del Parlamento Centroamericano son funcionarios de elección popular, ostentan una delegación expresa del pueblo para ejercer el poder público, otorgada mediante una elección libre y con los requisitos exigidos en la Constitución y según los Artículos. 2 Inc. 1°, 8, 9 y 16 del RI-PARLACEN, como representantes de los pueblos de los Estados parte en este ente regional. Sin embargo, señalan que el citado artículo prescribe también que los Presidentes, Vicepresidentes o designados a la Presidencia de cada una de las Repúblicas centroamericanas que integran el Parlamento Centroamericano, al concluir su mandato puede ocupar uno de los escaños en dicho Parlamento, con esto vulneran el Art. 80 de la Cn., el cual prescribe expresamente que los Diputados del Parlamento Centroamericano se deben someter a una elección popular, lo que implica que solamente se encontrarán legitimados para desempeñar el cargo político aquellos que han sido electos de manera directa en una elección popular. Dado que para optar a un cargo público, debe cumplirse con los requisitos establecidos en la Constitución y demás leyes, se advierte que la designación directa efectuada por la disposición controvertida omite cumplir con el requisito constitucional impuesto aquellos que quieren ser Diputados del Parlamento Centroamericano.

Medida cautelar: Suspensión de los efectos de los del Art. 2 letras b) y c) del Tratado constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas y Art. 2 Inc. 2° del Reglamento Interno del Parlamento Centroamericano. Y además que el presidente y vicepresidente de la República debían abstenerse de ser juramentados como diputados del Parlamento Centroamericano.²²⁹

²²⁹Auto de admisión pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad, con referencia 52-2014, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

Interlocutoria el proceso de inconstitucionalidad sobre decreto que autoriza al Órgano Ejecutivo en el ramo de Hacienda para emitir títulos valores de crédito.

Objeto de control: D.L. N° 1000 del 23-IV-2015 publicado en el D.O. N°74 tomo 407 del 27-IV-2015.

Por medio del decreto impugnado, la Asamblea Legislativa autoriza al Órgano Ejecutivo en el Ramo de Hacienda para emitir títulos valores de crédito, por la cantidad de \$ 900,000,000.00 los cuales están destinados a ser colocados en el mercado nacional e internacional, porque a juicio del demandante contravienen los Arts.131 Ord.4°, 143 y 148 Inc.2, su iniciativa que se procedió a conocer mediante dictamen favorable de la Comisión de Hacienda y especial del presupuesto, en el sentido de autorizar al O.J. emitir los títulos valores en la sesión plenaria N°143 del día 23-IV-2015 de la A.L. tras varias intervenciones y que se diere por suficientemente discutido y se logró con 55 votos, a las veintiún horas con diecisiete minutos, luego a las veintiún horas con veinticuatro minutos se ordenó el archivo del dictamen porque no hubo quórum necesario para su aprobación y que posteriormente invocando el Art. 89 RIAL, la diputada Lorena Peña solicitó que se regresa dicho dictamen, y se procedió a realizar en la misma sesión una segunda votación sobre la iniciativa, resultando aprobada con 56 votos a las veintitrés horas con treinta y siete minutos.

Medida cautelar: La suspensión de la vigencia del D.L. N° 1000/2015 mientras dura la tramitación de este proceso. Por ello el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Reserva deberán de abstenerse de llevar a

cabo toda actividad dirigida a emitir y colocar en el mercado internacional títulos valores a que se refiere el decreto en cuestión, así como cualquier actividad que guarde relación directa o indirecta con ello, lo que incluye cancelar los costos que demanda la operación autorizada y fijar fechas y montos que corresponda a los títulos valores.²³⁰

²³⁰ Auto de admisión pronunciado en el proceso de inconstitucionalidad, con referencia 35-2015, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015).