

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA IMPLEMENTACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES  
EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD A TRAVÉS DE LA  
INTERPRETACIÓN DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:**

**JULIO ERNESTO AMAYA VALDEZ.  
DAYANA BERENICE CORTEZ ÁLVAREZ.  
BRIZEIDA CORALIA SOTO CORTEZ.**

**DOCENTE ASESOR:**

**LIC. SAMUEL MERINO GONZÁLEZ.**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2019**

**TRIBUNAL CALIFICADOR**

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA.  
**(PRESIDENTE)**

LICDA. MARTA LILIAN VILLATORO.  
**(SECRETARIO)**

LIC. SAMUEL MERINO GONZALEZ.  
**(VOCAL)**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO.  
**RECTOR**

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ABREGO.  
**VICERRECTOR ACADEMICO**

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS.  
**VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ.  
**SECRETARIO GENERAL**

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.  
**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA.  
**DECANA**

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNANDEZ.  
**VICE-DECANO**

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.  
**SECRETARIO**

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

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO.  
**DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

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

## **AGRADECIMIENTOS**

Doy gracias a Dios por permitirme culminar con éxito el presente trabajo, por ser mi guía durante mi vida y mi carrera.

A mis padres les agradezco infinitamente por su amor, apoyo, fe y sobre todo por cada uno de los sacrificios que con mucho amor e ilusión han hecho para permitirme lograr mis metas, sé que no ha sido fácil pero puedo decir que lo logramos, este no es el final, sino el inicio de muchos logros que están por venir, gracias por ser esa fuerza que necesite y necesito para no darme por vencida y permitirme ser su orgullo.

A mi familia, gracias por creer en mí, por apoyarme e impulsarme a continuar cuando las cosas no fueron fáciles, gracias por tener fe en Dios y en mí de que lo lograría, ustedes son un pilar fundamental en mi vida y hacen de mí una mejor persona, gracias por estar para celebrar mis triunfos y para animarme en mis fracasos, les agradezco por enseñarme que soy más grande que cualquier dificultad y que puedo lograr todo lo que me proponga con ayuda de Dios y su apoyo.

A mis amigos, quienes estuvieron durante mi carrera, personas que conocí, con quienes compartí dentro y fuera de las aulas, que fueron de gran ayuda para poder llegar hasta aquí, les agradezco por ser parte de este logro, por esforzarse conmigo, por las noches de desvelo y por la simple compañía.

A mis compañeros de tesis por su excelente trabajo, por esforzarse conmigo y no darse por vencidos, gracias por su paciencia y por hacer de esta experiencia algo único.

**DAYANA BERENICE CORTEZ ALVAREZ.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Primero agradezco el amor recibido, la dedicación y la paciencia con la que cada día se preocupaba mi madre por mi avance y desarrollo de esta tesis, es simplemente único y se refleja en la vida de un hijo.

Gracias a mi madre por confiar, creer en mí y en mis expectativas, gracias a mi madre por estar dispuesta a acompañarme durante toda mi vida, por cuidar de mí en mis momentos tan complicados, por ser una guía que me enseñó valores, por inculcarme el respeto, el amor, la amistad y por sobre todo el cariño a esas personas que están contigo y nunca te abandonan.

Gracias a Dios por la vida de mis padres, y por la vida que me dieron, también por cada día que nos bendice con salud, también por permitirme disfrutar por muchos años a mis abuelos quien siempre tuvieron esperanzas en mí.

Gracias a Dios por haber puesto a Coralie Lussiez en mi vida, por ser la persona ideal para mí, por estar conmigo en las buenas y en las malas y haberme apoyado todos estos años incondicionalmente. A mi grupo de tesis por todo el esfuerzo que y dedicación que juntos logramos.

Gracias a mis hermanos, primos y tíos por ser una familia unida y que siempre nos preocupamos por los otros, por ese apoyo que nos damos cuando uno lo necesita. Especialmente a mi tío Oscar Javier Portillo y a mi tía Ada Amaya de Portillo, por haberme dado un sueño que estoy cada vez más cerca de cumplir, por haberme querido casi como a un hijo, por haber sido una guía en mis estudios universitarios, por todas las enseñanzas y risas que pude disfrutar en las cenas.

**JULIO ERNESTO AMAYA VALDEZ.**

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios Todopoderoso a quien le debo todo lo que soy, por guiarme en este largo camino, ayudarme a superar todas las pruebas y adversidades que se han presentado en mi vida y en todos mis años de estudio.

A mis padres Marina y Julio a quienes dedico este triunfo por ser los pilares de mi vida, por su amor, su comprensión, sus consejos, sus desvelos e incondicional apoyo, por darme siempre un buen ejemplo y educarme con tanta dedicación para poder convertirme en una persona de bien, por motivarme cada día para no rendirme y por todo el esfuerzo que realizaron para que yo llegara hasta donde estoy.

A mis tíos René y Manuel quienes ya se encuentra ante la presencia del creador, por haber sido como unos padres para mí, por su cariño, sus consejos, su apoyo, por creer en mí y alentarme siempre a cumplir mis metas.

A mis hermanos por su cariño, apoyo incondicional y consejos.

También agradezco a todos mis familiares, tíos (as), primos (as) los cuales siempre se preocuparon por mí y me apoyaron en cualquier situación.

Y por último pero no menos importante, agradezco a mis compañeros de tesis, ya que sin el esfuerzo realizado como equipo, no hubiera sido posible culminar este trabajo de grado.

**BRIZEIDA CORALIA SOTO CORTEZ.**

## INDICE

<b>RESUMEN</b> .....	i
<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS</b> .....	ii
<b>INTRODUCCION</b> .....	iii

### **CAPITULO I**

#### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

1.	El Control de Constitucionalidad.....	1
1.1.	Antecedentes Históricos .....	2
1.1.1.	Antecedentes Históricos y Evolución del Proceso de Inconstitucionalidad.....	5
1.2.	Evolución Mundial del Proceso de Inconstitucionalidad.....	6
1.2.1.	Modelos del Control y del Proceso de Inconstitucionalidad .....	9
1.2.1.1.	Modelo de Control Difuso .....	9
1.2.1.2.	Modelo De Control Concentrado .....	12
1.2.1.3.	Modelo de Control Mixto: Adoptado por la Legislación Salvadoreña .....	15
1.2.2.	Diferencia entre la Inaplicabilidad y la Inconstitucionalidad .....	19

### **CAPITULO II**

#### **TRATAMIENTO DOCTRINARIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

2.	Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad.....	21
2.1.	Generalidades de las Medidas Cautelares.....	21
2.1.1.	Definición de Medidas Cautelares .....	24
2.2.	Características de las Medidas Cautelares .....	27

2.2.1.	Instrumentalidad.....	27
2.2.2.	Provisionalidad.....	28
2.2.3.	Temporalidad .....	29
2.2.4.	Variabilidad .....	29
2.2.5.	Verosimilitud.....	30
2.2.6.	Urgencia.....	30
2.2.7.	Relevancia .....	30
2.2.8.	Jurisdiccionalidad.....	31
2.3.	Presupuestos para la adopción de las Medidas Cautelares .....	32
2.3.1.	El Periculum In Mora.....	32
2.3.1.1.	Riesgos que amenazarían a la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico.....	34
2.3.1.2.	Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica.....	34
2.3.1.3.	Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución en cuanto a no adoptarse las medidas cautelares correspondientes ..	34
2.3.1.4.	Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia.....	35
2.3.1.5.	Tipos de Periculum In Mora .....	37
2.3.2.	El Fumus Boni Iuris.....	40
2.4.	Naturaleza de la Medida Cautelar .....	41
2.5.	Principios que Rigen las Medidas Cautelares .....	42
2.5.1.	Principio de Legalidad.....	42
2.5.2.	Principio de Idoneidad.....	43
2.5.3.	Principio de Intervención Mínima (Aplicación como la Excepción y no como Regla General) .....	44
2.6.	Finalidad de las Medidas Cautelares.....	45
2.7.	Naturaleza del Tribunal Constitucional .....	45

2.8.	Principios Fundamentales del Proceso de Inconstitucionalidad.....	47
2.8.1.	Principio de Evidencia.....	47
2.8.2.	Principio de Estricto Derecho.....	48
2.8.3.	Principio de Pertinencia.....	49
2.8.4.	Principio de Presunción de Constitucionalidad .....	49
2.9.	Tutela Cautelar.....	49
2.10.	Tutela Material .....	52
2.11.	Potestad Cautelar .....	54
2.11.1.	Definición.....	54
2.11.2.	Clasificación de la Potestad Cautelar .....	55
2.11.3.	Poder Cautelar Típico, Especial o Determinado.....	56
2.11.4.	Poder Cautelar General, Indeterminado o Innominado.....	57
2.11.5.	Naturaleza Jurídica de la Potestad Cautelar .....	58
2.11.6.	Características Principales .....	59
2.11.6.1.	Jurisdiccionalidad .....	59
2.11.6.2.	Discrecionalidad .....	60
2.11.6.3.	Racionalidad.....	62
2.11.6.4.	Idoneidad .....	62
2.11.6.5.	Finalidad .....	63

### **CAPITULO III**

#### **MARCO LEGAL SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

3.	Legislación Nacional .....	65
3.1.	Constitución de El Salvador de 1983.....	65
3.1.1.	Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960.....	69
3.1.2.	Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional .....	74

3.2.	Derecho Comparado.....	76
3.2.1.	Guatemala.....	76
3.2.1.1.	Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.....	76
3.2.2.	Perú .....	81
3.2.2.1.	Código Procesal Constitucional (Ley 28237).....	81
3.2.3.	Ecuador.....	82
3.2.3.1.	Constitución Política de la República Ecuador.....	82
3.2.3.2.	Ley de Control Constitucional .....	83
3.2.3.3.	Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal .....	84

## **CAPITULO IV**

### **COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

4.	Competencia de Órganos del Estado.....	87
4.1.	Institucionalidad del Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica ...	91
4.1.1.	Separación e Independencia de Poderes.....	93
4.2.	Límites Constitucionales a los Controles Inter Orgánicos ejercidos por la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional .....	94
4.3.	Interpretación de la Constitución .....	98
4.3.1.	Métodos de Interpretación de la Constitución .....	99
4.3.1.1.	Método de Interpretación Gramatical o Literal.....	100
4.3.1.2.	Método de Interpretación Histórico.....	100
4.4.	Interpretación de la Sala de lo Constitucional para la incorporación de la Medida Cautelar .....	101

4.5.	Valoración del Cumplimiento al Principio de Legalidad y Separación de Poderes entre la Sala de lo Constitucional y la Asamblea Legislativa .....	102
4.6.	Casos Emblemáticos en los cuales se ha decretado Medidas Cautelares en los Procesos de Inconstitucionalidad en El Salvador .....	106
4.6.1.	Inconstitucionalidad con referencia 77-2013 acumulado al 97-2013 sobre la elección del Licenciado José Salomón Padilla como Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia ....	106
4.6.2.	Inconstitucionalidad con referencia 146-2014 sobre las reformas a la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen y Destinación Ilícita (LEDAB).....	108
4.6.3.	Inconstitucionalidad con referencia 37-2015 sobre la resolución del Director General de Tránsito del Viceministerio de Transporte mediante la cual se creó el SITRAMSS .....	110
4.6.4.	Inconstitucionalidad con referencia 63-2013 sobre la Ley Especial para la Constitución del Fondo para La Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito (LEFONAT) .....	113
4.6.5.	Inconstitucionalidad con referencia 19-2016 sobre la elección del Licenciado Ulises Rivas Sánchez y otros como magistrados propietarios y suplentes del Tribunal Supremo Electoral .....	114

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Conclusiones .....	116
--------------------	-----

Recomendaciones .....	121
-----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	123
-------------------	-----

## RESUMEN

La medida cautelar al ser una institución nueva en materia procesal constitucional, el país no contempla un abundante estudio de factibilidad, de consecuencias y daños ocasionados por alterar las leyes vigentes y su aplicación creo gran controversia en la comunidad jurídica y política.

En el primer capítulo se describe el origen del control constitucional, haciendo énfasis en los dos tipos tradicionales que existen, y un tercero que es el utilizado en nuestro país; la función que tiene cada uno en el ordenamiento jurídico y su evolución histórica.

El segundo capítulo se abordan las generalidades de la medida cautelar, características, presupuestos y su naturaleza, además de su funcionamiento en materia civil adaptándose esta en el procedimiento de inconstitucionalidad.

En el tercer capítulo se estudia la legislación relacionada con la materia a nivel nacional y el derecho comparado para tener una visión de cómo otros países aplican la medida cautelar; y un estudio del anteproyecto de ley procesal constitucional que se encuentra en la asamblea legislativa en donde se retoma la medida cautelar como objeto para la creación de esta ley.

En el cuarto capítulo se expresan las competencias de los tres órganos del estado, así como una violación a las mismas cometida por un órgano frente a otro, lo cual vulnera la institucionalidad y la legalidad, razón por lo que la Sala de lo Constitucional aplico la medida cautelar sin darle un respaldo formal.

Finalmente recomendaciones para que exista una armonía entre órganos del estado y puntos clave necesarios para que la medida cautelar pueda tener un respaldo formal en el ordenamiento jurídico del país y conclusiones generadas con el estudio respondiendo a la problemática planteada de que existe un vacío en la ley que no fue solucionado en su momento.

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

### ABREVIATURAS

<b>Art.</b>	Artículo
<b>Arts.</b>	Artículos
<b>LPrCn.</b>	Ley de Procedimientos Constitucionales
<b>Cn.</b>	Constitución
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>ed.</b>	Edición
<b>Lit.</b>	Literal
<b>No.</b>	Número

### SIGLAS

<b>SC.</b>	Sala de lo Constitucional
<b>CSJ</b>	Corte Suprema de Justicia
<b>AL</b>	Asamblea Legislativa
<b>LEDAB</b>	Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen y Destinación Ilícita
<b>LEFONAT</b>	Ley Especial para la Constitución del Fondo para la Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito

## INTRODUCCION

El presente trabajo de grado está encaminado al abordaje de las medidas cautelares mediante su implementación y aplicación de a través la interpretación de la Sala de lo Constitucional periodo 2012-2018, ya que anteriormente solo era posible la aplicación de las mismas en el proceso de amparo y posteriormente en el habeas corpus, pero a través de su jurisprudencia la Sala introdujo la aplicación de las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad, siempre y cuando cumplan con los dos presupuestos esenciales, los cuales son el periculum in mora y fumus boni iuri.

Al inicio de la investigación se planteó como problema principal, la interrogante: ¿Hasta qué punto ya no basta la interpretación de la ley y se hace necesaria una reforma a la ley de procedimientos constitucionales para determinar los límites de la sala de lo constitucional en la aplicación de las mismas?

El objetivo principal de este trabajo es presentar un estudio de carácter científico -jurídico, referente a la necesidad de que la Sala de lo Constitucional recomiende a la Asamblea Legislativa reformar la Ley de Procedimientos Constitucionales para regular de manera clara lo relativo a las medidas cautelares como los presupuestos mediante los cuales procede la aplicación de las mismas o los límites que se tiene a la hora de aplicarlas, además de los tipos de medidas cautelares que deben aplicarse según el caso en particular y así evitar arbitrariedades .

Lo anterior, permitió formular como hipótesis principal: “La falta de regulación expresa de la medida cautelar en los procesos de inconstitucionalidad puede condicionar las sentencias de la Sala de lo Constitucional a criterios personales del Juez constitucional al no haber un límite al margen de la

discrecionalidad que presenta el máximo intérprete de la Constitución o por la ley secundaria afectando directamente la seguridad jurídica del interés público y los derechos constitucionales de los habitantes”. Y como hipótesis específicas: 1) “La regulación de los procedimientos y sus instrumentos como requisitos para garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica de todos los interesados”; 2) “La discrecionalidad de los jueces se ve limitada cuando la ley establece como se debe resolver”, y 3) “La medida cautelar en el proceso de inconstitucionalidad puede generar un daño aun cuando su objetivo era prevenir hacer ineficaz la sentencia”.

Para confirmar las hipótesis se diseñó una estrategia metodológica, enfatizada a realizar una investigación de tipo dogmático, ya que se estudia la normativa relacionada a las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad para mejorarla y proponer soluciones en cuanto a su aplicación, en cuanto a la fuente es bibliográfica documental ya que se recolecto un marco doctrinario en relación a las medida cautelares en el proceso de inconstitucionalidad incluido un marco histórico-jurídico al margen del derecho comparado de países como Guatemala, Perú y Ecuador.

La temática radica en las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad, el cual se caracteriza por eliminar del ordenamiento jurídico cualquier norma que contravenga a la Constitución. Potestad atribuida exclusivamente a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entonces todo proceso tiene como finalidad garantizar los derechos fundamentales a las partes procesales.

La legitimidad de la adopción de las medidas cautelares versa entorno a su adopción, sin opción a poderes arbitrarios; ya que son instrumentos procesales que la ley le concede al interesado para que se pueda alcanzar una sentencia sobre el fondo y que sea efectiva en la realidad. Y siendo el caso de

que al no encontrarse reguladas las medidas cautelares en la ley secundaria se vuelve necesario analizar las actuaciones cautelares de la Sala de lo Constitucional, hasta qué punto ya no basta la interpretación para aplicarlas las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad y que recomiende a la Asamblea Legislativa una reforma para que sean reguladas expresamente.

Esta investigación, se encuentra estructurada en cinco capítulos: En el primero se desarrollan los antecedentes históricos que dieron origen al control de constitucionalidad tomando como referencia a países como Inglaterra, Estados Unidos, Francia y se elabora un esbozo relativo a nuestros orígenes del control constitucional y lo que posteriormente dio lugar a la creación de los dos tipos ya conocidos, los cuales son el control difuso y el control concentrado o austriaco llamado así por surgir a raíz del modelo austriaco de Kelsen.

A continuación se hace una descripción de la evolución histórica que ha tenido el proceso de inconstitucionalidad; aparte de ello se hace la distinción entre la Inaplicabilidad y la Inconstitucionalidad y las diferencias entre cada uno de ellos además de los efectos que provocan.

En el segundo capítulo se hace una exposición sobre las generalidades de las medidas cautelares como su definición, naturaleza, características y principios que las rigen y su finalidad, al igual que de los presupuestos que doctrinaria y jurisprudencialmente han sido señalados como imprescindibles para la aplicación de las mismas, los cuales son el *periculum in mora* o peligro en la demora y el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, a continuación se mencionan los principios que rigen el proceso de inconstitucionalidad y se estudia la definición del llamado Tribunal constitucional, el cual es el órgano encargado de supervisar que ninguna ley o norma sea contraria a la Constitución, y por último se hace un estudio de los que debe entenderse por

tutela cautelar, tutela material y potestad cautelar, así como la naturaleza y las características de la misma.

En el tercer capítulo se tocan aspectos relativos al marco legal que rige las medidas cautelares en El Salvador tomando en cuenta los artículos de la Constitución de la Republica y de la Ley de Procedimientos Constitucionales relacionados a las medidas cautelares al igual que se hace un breve estudio del Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional y una comparación sobre las novedades que son incluidas en el mismo sobre la regulación de la medida cautelar en los Procesos de Inconstitucionalidad en relación a su predecesora y se concluye con derecho comparado de las legislaciones de Guatemala, Perú y Ecuador y mencionando como es el trámite del Proceso de Inconstitucionalidad en esos países.

En el cuarto capítulo se hace un análisis crítico sobre competencia de órganos del Estado, Institucionalidad del Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica, a que se refiere la Institucionalidad del Estado y cómo funciona la Separación e Independencia de Poderes, Límites Constitucionales a los controles Inter orgánicos ejercidos por la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional, y los métodos de interpretación de la Constitución, los cuales son: método de interpretación gramatical o literal y el método de interpretación histórico, y se hace un estudio de como la interpretación de la Sala de lo Constitucional permitió la aplicación de la medida cautelar en los Procesos de Inconstitucionalidad.

Finalmente se hace una valoración de si se le da cumplimiento al Principio de Legalidad y Separación de Poderes entre la Sala de lo Constitucional y la Asamblea Legislativa y la posible invasión que esto significaría entre las competencias de estos órganos del Estado, pasando seguidamente a hacer una breve descripción de los casos más emblemáticos donde ha sido

aplicadas las medidas cautelares en los Procesos de Inconstitucionalidad. Finalmente se establecen las conclusiones y recomendaciones que se consideran oportunas al concluir nuestro trabajo de investigación.

# CAPITULO I

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El objetivo del siguiente capítulo es desarrollar de forma detallada el control de constitucionalidad, así como los antecedentes históricos que llevaron al surgimiento del mismo, su evolución a nivel mundial y los factores que dieron paso a la formación de dos sistemas fundamentales como son el control difuso y el control concentrado, así como un tercer sistema mixto que es adoptado en nuestro país. Finalmente se hace una distinción entre la inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

### **1. El Control de Constitucionalidad**

El control de la constitucionalidad de la ley ha dado lugar a dos sistemas fundamentales. En numerosos países del continente americano existe el control difuso<sup>1</sup> o americano de constitucionalidad, consolidado en 1803 mediante la sentencia recaída al caso Marbury vs. Madíson. Ese fallo determinó la posibilidad de que cualquier juzgador, sin importar el ámbito en que desarrolle sus funciones, se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley y en su caso deje de aplicarla a un caso concreto.

---

<sup>1</sup> Elena Inés Highton, *Sistemas Concentrado y Difuso De Control De Constitucionalidad* (México: Universidad Autónoma de México, 2003), 108. El esquema de revisión judicial o judicial review, por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.

Por su parte, en la primera mitad del siglo XX, a raíz de la promulgación de la Constitución austriaca de 1920 surgió en Europa el sistema de control concentrado<sup>2</sup> o austriaco, consistente en que el examen de una norma probablemente inconstitucional es privativo de un solo órgano, que puede llamarse Corte Constitucional o Tribunal Constitucional aunque estuviera delimitado el espacio donde operaban estos sistemas, durante la segunda mitad del siglo pasado empezó a ganar terreno el sistema concentrado en países donde antes se empleara el otro. Esto dio lugar a la creación masiva de tribunales constitucionales y, por lo tanto, a la adecuación de las cartas supremas a los requerimientos que permiten el funcionamiento de aquellos.

Además de los sistemas ya mencionados el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley puede provenir tanto de una contienda entre partes como de una mera solicitud donde, sin que haya contención, se demande la declaración de invalidez de una norma que no ha ya causado un agravio particular y concreto.

### **1.1 . Antecedentes Históricos**

La expresión “control constitucional”, o más exactamente, control de constitucionalidad de las leyes se encuentra adoptada sin dificultad, a fin de designar el modo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la Constitución, aunque también podría ser esta: la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> *Ibíd.*109. El sistema concentrado del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 25 - 26.

El control de la constitucionalidad de las leyes atribuido a órganos políticos, tiene su origen, por su excelencia, en el modelo francés, ya que Francia, en virtud de su vieja tradición parlamentaria y su elaborada doctrina sobre la soberanía popular, se ha manifestado siempre y especialmente receloso sobre cualquier control que escape al canal por el que se manifiesta la voluntad popular.<sup>4</sup>

Los sistemas de protección política, son esencialmente objetivos, pues tienen como fin lograr la aplicación de los preceptos constitucionales, concretamente, mediante la división de poderes, In cual surge en respuesta al absolutismo, con el objetivo de dividir los poderes del monarca mediante la asignación del mismo a diversas personas u órganos, a los que correspondieron diferentes funciones, de lo cual resultó el sistema de contrapesos y balances; la idea era que el poder frenase al poder. El enfoque original no estaba animado por el criterio técnico de la distinción de funciones para dividir el trabajo, sino por el político de evitar la concentración del poder que históricamente había conducido al despotismo.

Así, el control podía ser ejercido por una de las Cámaras Parlamentarias. De esta forma, la Constitución Francesa del año 1799, estableció un Parlamento Plurilateral, compuesto por cuatro cámaras, las cuales son el Consejo de Estado. El Cuerpo Legislativo, el Tribunado y el Senado, y se entregaba a una de ellas el control constitucional de las leyes<sup>5</sup>. En otras ocasiones los textos constitucionales entregaban el control a órganos creados para tal fin. Ej., en Francia dicho control se atribuyó al Consejo Constitucional (Título VII de la Constitución de 1958).

---

<sup>4</sup> Cayetano Núñez Rivero, *El Estado y la Constitución*, (San Salvador: Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, 2000,), 69.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

Similar situación ocurre en Portugal, ya que el texto constitucional de 1976 establecía el llamado Consejo de la Revolución, el cual era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes, este Consejo no sólo era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes sino que también se alzaba como el garante de la fidelidad al espíritu de la Revolución de los Claveles.<sup>6</sup>

Los argumentos a favor de que el control de la constitucionalidad de las leyes se le encarguen a un órgano político y no a un órgano jurisdiccional, estriba en el principio, de que quien juzga las leyes, se encuentra en una posición de cierta superioridad sobre las leyes, y esto no puede recaer en los jueces que están preparados para juzgar de acuerdo con las leyes, pero no a las leyes mismas. Por otra parte, este órgano debe responder a un principio de legitimidad popular, en consecuencia del ejercicio del principio de la soberanía nacional y la participación política y no a un poder.<sup>7</sup>

La democracia, entendida esta como la unidad e independencia de un pueblo, es decir, el defender la homogeneidad que le es propia y aniquilar las diferencias que la amenazan. Por ello, el Órgano Legislativo no sólo resulta un imposible defensor de la constitución, sino que es el propio generador de esa necesidad de su defensa y la importancia de recrear la forma de gobierno y resuelve que debe relegarse al Parlamento y hacer del Presidente del Reich el defensor de la Constitución.<sup>8</sup>

El Presidente del Reich es el punto de referencia que sirve para canalizar la expresión de la voluntad popular en un sentido plebiscitario, es decir, que

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* 70.

<sup>7</sup> *Ibíd.* 71

<sup>8</sup> Paula Viturro, *Sobre el Origen y el Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad*, (Buenos Aires: Editorial Honrad-Adenauer-Shiftug, 2002), 91.

como manifestación de aprobación o repulsa frente a una determinada propuesta que el presidente es el encargado de formular. Así, al ser el Presidente el órgano que para él, puede establecer una comunicación más directa con el titular del poder constituyente, la cual se materializa en la aclamación del pueblo y lo convierte en el verdadero "Guardián de la Constitución".

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

"El modelo jurisdiccional sitúa al control en el área de la administración de justicia o jurisdicción propiamente dicha, y se subdivide en jurisdiccional difuso, si está a cargo de todos y de cualquiera de las tribunales, y en jurisdiccional concentrado, si está a cargo exclusivo de un organismo judicial único que monopoliza y concentra la competencia del control".<sup>9</sup>

### **1.1.1. Antecedentes Históricos y Evolución del Proceso de Inconstitucionalidad**

En los antecedentes históricos del proceso de inconstitucionalidad, el primer Tribunal Constitucional conocido es el de Checoslovaquia establecido por la Constitución del 29 de febrero de 1920. En el mismo año, se concreta el Alto

---

<sup>9</sup> German José Bidart Campos, *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, (Buenos Aires: Ediar S.A. Editora Comercial Industrial y Financiera, 1987), 125.

Tribunal Constitucional de Austria. En el período de entreguerras se creó en la Constitución española de 1931, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual desaparece con el advenimiento al poder del régimen de Franco.

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

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

## **1.2 Evolución Mundial del Proceso de Inconstitucionalidad**

La legitimidad de los Tribunales Constitucionales se justifica por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque son los protectores de los derechos humanos o fundamentales de las minorías frente a las eventuales embestidas

de la mayoría que suele controlar el Gobierno y el Parlamento. En segundo lugar, porque son órganos de garantía del respeto de la distribución de competencias hecha por el constituyente entre los órganos constituidos. La tendencia al establecimiento de Tribunales Constitucionales; se ha acrecentado después de la Segunda Guerra Mundial con fuerza en Europa, América Latina, Asia y África, a través de sucesivas olas como señala Favoteu.

La primera ola ocurre en el período entre las dos guerras, mundiales, en que se desarrollan los tribunales de: Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Liechtenstein (1921) y España (1931), a los cuales puede agregarse el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940)<sup>10</sup>. La segunda ola se desarrolla al término de la Segunda Guerra Mundial y hasta la década del sesenta; se reconstruye el Tribunal Constitucional de Austria (1945) y se generan los tribunales constitucionales de: Italia (1948), Alemania Federal (1949), Francia (1959), Turquía (1961) y Yugoslavia (1963).

La tercera ola se produce en las décadas de los setenta y principio de los ochenta, en que se crean los Tribunales Constitucionales de: Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1983), Polonia (1985). Son parte de esta tercera ola en América Latina los tribunales constitucionales de Guatemala (1965-1985); Chile (1970), el cual fue restablecido en 1981 y el Tribunal de Perú (1979-1993). Y una cuarta ola se produce a la caída del muro de Berlín en 1989, y se desarrolla hasta la década de los noventa en los países de Europa Central y Oriental, asimismo, en algunos países de América del Sur; entre los primeros se encuentran: Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Macedonia, Moldavia, Rusia, Rumania; entre los segundos: Colombia (1991), Bolivia (1994) y Ecuador (1995-1999).

---

<sup>10</sup> Humberto Nogueira Alcalá, "Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales", *Revista de Derecho*, n.19 (2003): 25.

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

Es en el año de 1965 se emitió una nueva Constitución en la que se estableció un Tribunal Concentrado para ejercer el control constitucional de las leyes. De esta manera se creó la Corte de Constitucionalidad, es mediante esta constitución que se adoptó un sistema de control constitucional mixto. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes se mantenía.<sup>11</sup>

Según la Constitución de 1985 solo puede ser planteado el Recurso de Inconstitucionalidad por determinados funcionarios y autoridades, contra Leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la Corte efecto general. En Argentina en los años de 1959, en la República Federal de Argentina, existía una negativa persistente a la aceptación de la pretensión de inconstitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema debido a diversos factores de carácter político-formalistas.

En el año de 1968, se da la incorporación de la "acción meramente declarativa", pero aún con ello, la Corte Suprema continuó rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad que se pretendían interponer mediante esta nueva acción.

En el año de 1985, cuando en la República Federal Argentina, surge la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad como es conocida hasta la fecha, este surgimiento se dio vía jurisprudencial a través del caso "Provincia de Santiago

---

<sup>11</sup> *Ibíd.* 245.

del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales - Acción de Amparo", por medio de la cual se sancionó la ley 5.464, creando el Departamento de Control de Combustibles, que de acuerdo al citado texto legal, tendría a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos.

## **1.2.1 Modelos del Control y del Proceso de Inconstitucionalidad**

### **1.2.1.1 Modelo de Control Difuso**

El sistema de control difuso conoce su realización paradigmática en el derecho norte americano y responde justamente a la primera manifestación histórica de la justicia constitucional, el cual trata de un sistema de control judicial de justicia constitucional, el cual trata de un sistema de control judicial de constitucionalidad en sentido estricto, ya que es ejercido por órganos situados en el ámbito del Poder Judicial.

Se caracteriza por ser difuso, desconcentrado o descentralizado, es decir que puede ser ejercido por cualquier juez, ya sea local o federal, y sin distinción de grados; por ser a posteriori en casos concretos; y por tener carácter vinculante a través de la regla del Stare Decisis<sup>12</sup>.

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

---

<sup>12</sup> Ibíd. 45.

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

Este sistema de control de constitucionalidad de tipo judicial fue anticipado a finales del siglo XVIII, en un trabajo parecido en lo que hoy conocemos como el libro "El Federalista".

También el control difuso se remonta al antecedente de 1610 en Inglaterra con el juez Coke, el cual estableció que toda juez al momento de resolver debe examinar que la ley a aplicar debe estar acorde al "Common Law" o Derecho común, dicha posición no prosperó porque en 1688 se viene a reafirmar la Soberanía del Parlamento, ya que en el sistema Inglés del Derecho Anglosajón se mantenía la idea de la Soberanía Parlamentaria, debido a que las decisiones de ellos no eran objeto de control por parte de los jueces porque consideraban que lo acordado por la mayoría era una expresión de la voluntad soberana.

Sin embargo, el acontecimiento que marco huella fundamental en el control difuso fue con la pronunciación de la sentencia del juez Jonh Marshall del 24 de febrero de 1803 en Estados Unidos de Norteamérica, y en el cual se retomó

---

<sup>13</sup> Paula Viturro, *Sobre el Origen y el Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad*, (Buenos Aires: Editorial Honrad-Adenauer-Shiftug, 2002), 46-47.

la idea del juez Coke, el juez Marshall en el caso Marbury vs, Madison, manifestó que todo juez es un juez de la Constitución y por lo tanto está obligado a resolver con normas que no vayan en contra de la Constitución y de inaplicar las leyes y actos del poder contrarios a ésta", es lo que se conoce como Judicial Review.

El juez John Marshall llevó el sistema de defensa constitucional hasta extender el control de constitucionalidad ejercido por los jueces a las leyes aprobadas por el Congreso.

El constituyente estadounidense no se pronuncia expresamente por la facultad del poder judicial en la defensa constitucional, pero ella se desarrolló por los mismos jueces y así logro imponerse. En todo caso, la decisión de Marshall, la amplía, y la hace valer frente a las normas del Congreso.

Es así que, al tomarse en consideración las decisiones que ese caso pudo presentar encontramos: a) La propia tradición jurídica estadounidense, que existía en la época de la supremacía Inglesa una figura del Privy Council que era el órgano encargado de "fiscalizar la legislación colonial, las ordenanzas y la administración, asegurando así su conformidad a las estipulaciones de la constitución otorgada por el Imperio o la carta de la colonia en cuestión"; y la doctrina de Coke. Y b) El juez Marshall contaba con el apoyo de un cierto sector de los miembros de la Convención que se expresaron públicamente a favor de conceder a los tribunales la facultad de controlar al Poder Legislativo. Pero se encontraban en minoría por lo que no fue expresamente consignada en la Convención que reformó la Constitución.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Edward Samuel Corwin, *Encyclopedia of the Social Sciences*, (Nueva York: The Macmillan Company, 1959), 457-464.

De esta forma podemos resumir la sentencia estrictamente en su contenido: 1) Que la Constitución es una ley superior, y por consiguiente, un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley; 2) Es siempre deber del Tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; 3) Si un acto legislativo está en conflicto con una ley superior, en todo caso la Constitución, es claro deber del Tribunal rehusar aplicar el acto legislativo; y 4) Si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, se destruye el fundamento de todas las constituciones escritas.

### **1.2.1.2 Modelo De Control Concentrado**

El control concentrado y abstracto conoce su fundamento en el modelo de justicia Kelseniano, en el que Hans Kelsen, realiza un estudio acerca del Control Norteamericano y el Defensor de la Constitución, planteando dicho autor: que el defensor debía ser un Tribunal especial único, conceptualizándolo no como un Órgano Jurisdiccional sino, como Órgano Legislativo, y más específicamente como un "Legislador Negativo", en tanto su función se limitaba a declarar si una Ley era o no compatible con la Constitución, eliminando las no compatibles.<sup>15</sup>

La posibilidad de acudir ante el mismo por vía de acción, aunque limitando la legitimación para acudir ante el Tribunal y evitando el establecimiento de una especie de acción popular que abriese el camino a acciones numerosas y arbitrarias. La nulidad absoluta de la ley declarada inconstitucional y la eficacia erga omnes que tiene la declaración de inconstitucionalidad.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> María Mercedes Serra, *Procesos y Recursos Constitucionales*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992), 29.

<sup>16</sup> Cayetano Núñez Rivero, *Estado y la Constitución*, (San Salvador: Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, 2000), 74.

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

El problema de la regularidad de la ejecución, de su conformidad a la ley y, por consiguiente, el problema de las garantías de esta regularidad, son temas frecuentemente abordados. Por el contrario, la cuestión de la regularidad de la legislación, es decir, de la creación del derecho y la idea de las garantías de esta regularidad choca con ciertas dificultades teóricas.<sup>17</sup>

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

Luego surgió en la Constitución Austriaca de 1920, perfeccionada en 1929. En cuanto a la evolución del modelo austriaco se dan tres sistemas evolutivos diversos: 1) La Ley Austriaca del 25 de enero de 1919; en los trabajos preparatorios, Kelsen tuvo un papel decisivo, implantando en Austria un Tribunal Constitucional.

La importancia de esta ley es que por primera vez se crea un tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional, pero no se contempla su función de control

---

<sup>17</sup> Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Colección Estudios Constitucionales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), 49.

de la constitucionalidad de las leyes, sino más bien se trata de un tribunal "al servicio de la Constitución en todas direcciones"; 2) "La Ley Constitucional de Representación Nacional", promulgada el 14 de marzo de 1919, la cual introduce un control previo de la constitucionalidad de las leyes de los Lander por razón de la competencia, a instancias del Gobierno Federal, correspondiendo al Tribunal constitucional conocer de la impugnación"; y 3) Está constituido por la consagración formal de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal, que tiene la función de controlar, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes.<sup>18</sup>

En la actualidad la mayoría de Estados ha configurado en sus sistemas modelos combinados y son pocos los que podríamos clasificar como sistemas puros de uno y otro. Alguna parte de la doctrina distingue entre: Sistema de Control Concentrado, Sistema de Control Difuso y Sistema de Control Control Mixto; por este último se entiende aquel en el cual el juez inicia el control pero la decisión le corresponde a otro juez. Los modelos alemanes y, español son modelos de este sistema.<sup>19</sup>

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

---

<sup>18</sup> Elba Lorena Paiz Araujo, *Las Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad*, (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura: Escuela de capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo, 2015), 17.

<sup>19</sup> Francisco Bertrand Galindo, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. (San Salvador: Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 1996), 470.

teniendo la decisión de la Corte efecto general.<sup>20</sup>

En Ecuador a partir de la reforma constitucional de 1995, se rige por el Método Concentrado de Control Constitucional desempeñado por el Tribunal Constitucional que funciona paralelamente con el método difuso. Tiene competencia para resolver sobre demandas de inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos, Ordenanzas y Actos Administrativos de toda autoridad pública y en los que se suspende total o parcialmente los efectos de la Ley, tomada dicha suspensión como medida cautelar aplicable a las demandas de inconstitucionalidad.<sup>21</sup>

### **1.2.1.3 Modelo de Control Mixto: Adoptado por la Legislación Salvadoreña**

El Salvador cuenta con un modelo de control de constitucionalidad que une rasgos del sistema Difuso y; del Concentrado. Ya cuenta con el fundamento de la supremacía constitucional y por ende de los mecanismos de control, que se encuentran regulados en los siguientes artículos: el inciso tercero del artículo 172 Cn., los Jueces y Magistrados están sometidos a la Constitución y a las leyes, éstas, según el artículo 246 Con., no pueden alterar los principios, derechos y obligaciones establecidos por la primera.

Reafirmandose tal sometimiento en el artículo 235 Cn., que establece que todo funcionario, al tomar posesión del cargo debe protestar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen. Además se encuentra la parte final del artículo 249 Con., que declara derogadas las

---

<sup>20</sup> *Ibíd.* 18

<sup>21</sup> *Ibíd.* 19

disposiciones que estuvieran en contra de cualquier precepto de la Constitución.

La jurisdicción ordinaria goza de la potestad de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos del Estado, así como de los tratados, si son contrarios a la Constitución, en virtud de los artículos 185 y 149 Cn.

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

Este control aparece por primera vez en la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1921<sup>22</sup>, y en las de la República de El Salvador de 1939, 1944, 1945, 1950 y 1962; sin tener definido en ese momento ningún trámite especial, ni control superior, lo cual según se argumenta pugna contra la seguridad jurídica y contra el principio de igualdad.<sup>23</sup>

Fue hasta en el año 2006, que hubo más referencia, a nivel secundario, que el límite establecido en el art. 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que establecía que cuando la sentencia sea desestimatoria, ningún tribunal o juez ordinario podrá inaplicar la disposición impugnada.

Actualmente, luego de las reformas a la Ley de Procedimientos Constitucionales, en donde se agregó el Título V, Inaplicabilidad, conformado

---

<sup>22</sup> *Ibíd.* 471.

<sup>23</sup> José Albino Tinetti, *La Justicia Constitucional en El Salvador, Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano*, (San Salvador: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 179.

por los artículos del 77-A hasta el 77-G Cn., se regula el procedimiento a seguir en caso que, luego del examen de constitucionalidad que el juzgador hace de la norma a utilizar en el proceso, se deba inaplicar la norma por ser contraria a la Constitución. Dichas disposiciones dieron una regulación expresa al control difuso, que siempre había estado en manos de los jueces ordinarios, pero también hicieron surgir una pugna entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción especial. Esto se debe a que, a diferencia del proceso que se seguía hasta ese momento por la jurisdicción ordinaria, que luego de resolver un caso concreto por medio del control difuso de constitucionalidad, se notificaba la sentencia a la parte interesada, pero sin mayor consecuencia que su aplicación al caso concreto.<sup>24</sup>

En la Constitución de 1983 se confiere la jurisdicción especializada a la Sala de lo Constitucional, es decir lo referente al Control Concentrado, que está dentro del Órgano Judicial, tanto que su presidente lo es al mismo tiempo de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial, la competencia para el conocimiento y solución de todos los procesos de naturaleza constitucional, esta jurisdicción fue complementada con las reformas a la Constitución de 1991, como parte de los Acuerdos de Paz para asegurar un Órgano Judicial independiente y fortalecido, en el cual se sustituyó la conformación de la Corte, nombramiento, remoción y período de los magistrados.

El control abstracto se concretiza en el proceso de Inconstitucionalidad, teniendo como fundamento legal el art. 183 de la Constitución y la competencia corresponde a la Sala de lo Constitucional, su regulación en la vigente Constitución es en la misma forma que en la Constitución de 1950. Según Bertrand Galindo, el surgimiento de este proceso se encuentra en la Constitución Federal de Centroamérica de 1921, en las Constituciones de El

---

<sup>24</sup> *Ibíd.* 20.

Salvador de 1939, 1944, 1945, haciéndose la aclaración que se regulaba como un amparo contra ley.<sup>25</sup>

No existe en el sistema un control previo obligatorio para examinar los proyectos de ley. Únicamente se prevé en el artículo 138 de nuestra Constitución que, en caso que el proyecto sea vetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad, si es ratificado por la Asamblea Legislativa, se suscita ante la Sala de lo Constitucional, según el ordinal 2º del Art. 53 de la Ley Orgánica Judicial, la controversia para que decida sobre la misma.

Si la Sala de lo Constitucional desestima el veto, el Presidente de la República está en obligación de sancionarlo y publicarlo como ley. Si por el contrario, la Sala declara que alguna disposición es contraria a la Constitución, ésta debe ser desechada.

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

En cuanto al control constitucional en nuestro país la doctrina ha sido hasta ahora pacífica, en el sentido de admitir el "doble control", es decir que se ha reconocido competencia a la Sala de Constitucional para ejercer el control abstracto de la normativa preconstitucional, teniendo la facultad de la declaratoria de la inconstitucionalidad de los tratados, leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones de carácter general que se enumeran en supra, por lo que podríamos decir que es a la Sala de lo Constitucional de la

---

<sup>25</sup> Ibíd. 471-474

Corte Suprema de Justicia la que le corresponde el "monopolio del rechazo" a las normas contraria a la Constitución, también como a los jueces ordinarios que poseen facultad para inaplicar una norma cuando la consideren derogada, por ser contraria a la constitución.

### **1.2.2 Diferencia entre la Inaplicabilidad y la Inconstitucionalidad**

La diferencia entre ambos radica principalmente en los efectos de cada una, cuando hablamos de los efectos de la inaplicabilidad son los que se producen después de emitida una resolución o sentencia, en la que se declara la inaplicabilidad de una norma por contradecir esta, los principios y derechos que la Constitución ha establecido; son efectos que exclusivamente están dirigidos a las partes que han intervenido en el proceso (reo –actor).

La doctrina le denomina “efectos ínter partes”, contrario a lo que produce la Declaratoria de Inconstitucionalidad. En consecuencia no elimina la norma cuestionada, dejando la norma vigente, en la posibilidad de ser aplicada por otro juzgador.<sup>26</sup>

En cambio cuando hablamos de la inconstitucionalidad como tal esta tiene una serie de efectos pero el más importante que hay que mencionar según el cual se diferencia de la inaplicabilidad es el efecto erga omnes, la declaratoria de inconstitucionalidad de un cuerpo normativo o disposición tiene efectos generales y obligatorios, es decir, frente a todos; y esto es tanto en sentencias estimatorias como desestimatorias, en caso de que el pronunciamiento sea desestimatorio, su incidencia en la realidad jurídica preexistente a la decisión se manifiesta de manera similar, pues no cabría la posibilidad de examinar en un nuevo proceso la constitucionalidad del cuerpo normativo o disposición

---

<sup>26</sup> Ibid. 22.

impugnada por los mismos motivos que se desestimó, esto conllevaría un doble esfuerzo del sistema jurídico, al pronunciarse sobre asuntos ya resueltos, y vulneraría el principio de seguridad jurídica<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibid. 24.

## **CAPITULO II**

### **TRATAMIENTO DOCTRINARIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Es de suma importancia para la comprensión del presente capítulo entender que son las medidas cautelares, sus características y principios. Las medidas cautelares no solo son aplicadas en los procesos de inconstitucionalidad, sino que estas son un instrumento procesal utilizado en diferentes ramas del derecho, y que para ser aplicadas estas deben de cumplir los presupuestos generales para la aplicación de las mismas, los cuales son desarrollados a profundidad en el presente capítulo.

#### **2. Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad**

##### **2.1. Generalidades de las Medidas Cautelares**

En el proceso de inconstitucionalidad en la actualidad, encontramos que no es hasta hace poco se comenzó a aplicar de manera novedosa las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, las cuales en un principio únicamente eran aplicables en el amparo y posteriormente en los habeas corpus; de tal manera que la norma objeto de control constitucional quedan en suspenso hasta que se dicte sentencia sobre la legalidad de la norma.

Este tipo de medidas han generado una evolución del derecho salvadoreño, y por lo tanto generan una afectación a diferentes derechos de manera general a la sociedad, pues se puede prevenir situaciones que pueden llegar a perjudicar la ejecución de la sentencia.

Esta novedosa practica puede verse como una forma de aplicación eficaz del control constitucional por parte de los interpretes de la constitución, pues al suspender una norma hasta que se dicte sentencia, ningún ciudadano, entidad, e inclusive el estado podrá realizar acciones que se vean facultados por la norma en suspenso, sin embargo, el utilizar una herramienta en un proceso tan importante amerita un estudio más estricto de las causas y los efectos de su aplicación.

Puesto que pueden cometerse ilegalidades o arbitrariedades que perjudiquen a la sociedad o al estado; pues si la ley tiene un fin específico para solventar una problemática coyuntural se prolonga de manera indefinida la solución al problema.

Indiscutiblemente se está suspendiendo la norma y con ello todos los efectos tanto positivos como negativos que podría ocasionar la vigencia de la normal, se está tomando un efecto anticipado, la cual es la expulsión de la norma de la legislación vigente aun si es temporal, el efecto llega a ser similar que el de una sentencia de inconstitucionalidad, sin embargo como podemos apreciar si la norma es efectivamente inconstitucional es necesario expulsarlo de la legislación, puesto que es contraria a los principios prescritos en la constitución.

Sin embargo, si la norma es constitucional, efectivamente la medida cautelar queda sin efecto, pero amerita un estudio si la medida cautelar era necesaria y si hubo algún daño ocasionado por la aplicación de la misma, ya que como antes mencionaba algunas normas son creadas para solventar un problema coyuntural que ameritaba una solución inmediata.

En esta realidad en la que se encuentra el país; la seguridad jurídica, la independencia judicial, la justicia constitucional se ve dañada por la débil

institucionalidad en la que se encuentran los diferentes entes del estado, nuestra legislación se ve violentada y contaminada por las figuras políticas que dirigen nuestro país, esto ha conllevado a que la sociedad civil se ve en la obligación de ser más crítico de las actuaciones de nuestros dirigentes pero también de nuestro sistema de justicia.

El legislador no cumple su rol principal es que el de legislar, y no crea las herramientas para que las instituciones que ejercen la justicia puedan aplicar de forma efectiva la norma y la constitución, es por eso la Sala de lo Constitucional tomo la osada tarea de aplicar la justicia constitucional de una manera novedosa, audaz pero también cuestionable.

Por su responsabilidad frente a la sociedad, la Sala de lo Constitucional está en la obligación de hacer cumplir la constitución sin importar quienes sean los interesados. Por esta misma razón la sociedad tiene la obligación de asegurar que la sala cumpla su deber constitucional siempre tomando como únicos factores: Los intereses de la sociedad y la misma constitución.

En razón de lo anterior, se puede afirmar que las medidas cautelares restringe derechos que devienen de la norma en suspenso, estableciendo como parámetro que esta podría ser contraria a la constitución y que su aplicación podría generar violaciones de derechos, pero no es el posible daño de la norma por la falta de medida cautelar nuestro objeto de estudio en este caso, sino que es la adecuada aplicación de la medida cautelar para garantizar de manera cierta e inequívoca la efectividad de la sentencia, ya que así como la norma puede ser cuestionada por su contrariedad a la constitución, la medida cautelar puede ser contraria a la necesidad y a la misma realidad.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Santiago Guarderas, *Medidas cautelares en Procesos Constitucionales*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2013), 87.

A diferencia de otros procesos que regulan las medidas cautelares, en el proceso de inconstitucionalidad la medida cautelar no se encuentra regulada en el texto de la misma, no están reguladas situaciones que la ley pueda predecir para que el proceso amerite una medida cautelar, otras normas regulan la medida cautelar para que las partes puedan hacer uso de ellas y con esto se cumple el principio del debido proceso y el principio de legalidad, pero en el proceso de inconstitucionalidad no existen partes, únicamente se encuentra en un inicio el ciudadano que presenta el escrito para que la sala estudie su inconstitucionalidad, es por eso que encontramos que la medida cautelar debe ser aplicada únicamente en aquellos casos en que es indispensable su aplicación y de manera provisional, puesto que el verdadero propósito del proceso es la de salvaguardar los intereses de la ciudadanía y la legalidad de normas.

Con lo antes mencionado, es importante hacer una separación de lo que es la medida cautelar de manera general en otros procesos, y lo que es la medida cautelar en el proceso de inconstitucionalidad; y con eso poder determinar cuáles son sus diferencias.

La medida cautelar es la parte principal de esta investigación, el establecer si una medida cautelar aplica en un determinado proceso de inconstitucionalidad puede ser excesiva; es necesario primeramente definir que es la medida cautelar de manera general.

### **2.1.1. Definición de Medidas Cautelares**

Las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tiene por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y

suficiente para producir ese efecto.<sup>29</sup>

De lo anterior se entiende entonces que con las medidas cautelares se cumple con una función de garantía, la cual sirve para combatir la duración de los procesos, para que así las resoluciones puedan ser efectivas. Se puede decir que esta función ha sufrido una alteración de gran importancia, ya que esta también sirve como un tipo de prevención cumpliendo una función anticipatoria del fallo.

Las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del solicitante derivada de la duración del mismo<sup>30</sup>.

Ésta es la concepción más corriente de las medidas cautelares. Tradicionalmente se las designa como medidas cautelares, aunque también se las ha dado en llamar acciones cautelares o conservativas, así como también procesos o procedimientos cautelares, haciendo alusión a la sustanciación y la forma de obtenerlas.

Como su nombre lo indica constituyen modos de evitar el incumplimiento de la sentencia, pero también suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes.

Su finalidad es la de evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos

---

<sup>29</sup> Consejo General del Poder Judicial, *Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial*, (Madrid: Matéu Cromo, 1993), 14.

<sup>30</sup> Raúl Martínez Botos, *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1990), 27-29.

titulares de un derecho subjetivo sustancial, tanto como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo la verdad del caso litigioso, de modo que sea resultado conforme a derecho y que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida.

Como su finalidad es instrumental, la medida del ejercicio de la facultad de solicitar y ordenar medidas cautelares estará dada precisamente por aquella finalidad a que está referida, atendiendo procurar el menor daño posible a las personas y bienes a los cuales afecte la medida.

Algunas de las definiciones que encontramos respecto a las medidas cautelares son las que a continuación:

Las dictadas mediante providencias judiciales con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho.<sup>31</sup>

Resolución tomada para evitar o remedir un mal", y en cuanto a lo cautelar, como: "prevenir, adoptar precauciones, precaver.<sup>32</sup>

El termino Cautelar proviene del latín "cautela" que significa prevenir, precaver<sup>33</sup>. Y del latín "catus cauto", "precaución y reserva con que se procede. Cautel, adjetivo derivado de preventivo, precautorio. Y Medida proviene del latín "Medida (de medir) "acción y efecto de medir<sup>34</sup>. Proporción o correspondencia de una cosa con otra".

---

<sup>31</sup> Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales*, 11ª ed. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994), 96.

<sup>32</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12ª ed. (Buenos Aires: Editorial Healiasta, 1979), 130.

<sup>33</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed. (Madrid: Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992), 444.

<sup>34</sup> *Ibíd.* 368.

Con estas definiciones se consideran las medidas cautelares como mecanismo que la Ley confiere al interesado con el objeto de asegurar durante el transcurso del proceso, de forma provisional evitar posibles amenazas a los derechos constitucionales, con la finalidad de tener una sentencia definitiva con un aseguramiento de su ejecución eficaz.

## **2.2. Características de las Medidas Cautelares**

### **2.2.1. Instrumentalidad**

Radica en afirmar que las medidas cautelares son dependientes a una resolución definitiva, es decir que una depende de la otra, cuya eficacia viene asegurada por aquellas preventivamente<sup>35</sup>, estas tienen por finalidad permitir la eficaz ejecución de la decisión definitiva que eventualmente se adopte, en caso de ser estimatoria<sup>36</sup>.

Las medidas cautelares no son nunca un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente pre ordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente.<sup>37</sup>

En las resoluciones cautelares, más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela mediata: más que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancia que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares se encuentra una

---

<sup>35</sup> *Ibíd.* 19

<sup>36</sup> *Ibíd.* 130.

<sup>37</sup> *Ibíd.* 21

instrumentalidad cualificada o sea elevada, por así decirlo, al cuadro: son de hecho, indefectiblemente un medio predispuesto para la mejor eficacia de la resolución definitiva; son en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumentos del instrumento.

### **2.2.2. Provisionalidad**

Las medidas cautelares se mantendrán en tanto y en cuanto cumplan con su función de aseguramiento, de este modo desaparecerán las mismas cuando en el proceso principal se haya logrado una situación tal que haga verdaderamente inútil el mantenimiento de aquellas.<sup>38</sup>

La provisionalidad está conectada a todas las medidas cautelares siendo una característica esencial, es por ello que si bien la provisionalidad no sirve por sí mismo a diferencia de otros instrumentos jurídicos procesales, se encuentra presente en todas las medidas cautelares.

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues estas fenecen, perdiendo toda su eficacia cuando falta los presupuestos que originaron su adopción y, en todo caso, cuando finaliza el mencionado proceso principal.<sup>39</sup>

La tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero al ser instrumental debe ser provisional (esto es por estar en función de una resolución principal que la extinguirá), no puede tener un carácter definitivo.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Ibíd. 20-22

<sup>39</sup> Javier Vecina Cifuentes, *Las Medidas Cautelares En Los Procesos Ante El Tribunal Constitucional*, (Madrid: Editorial Colex), 41.

<sup>40</sup> Eduardo Font Serra, *Las Medidas Cautelares como Manifestación de la Justicia Preventiva en el Sistema de Medidas Cautelares*, (Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 1974), 144.

### 2.2.3. Temporalidad

Las medidas cautelares no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán cuando en el proceso llamado principal se haya alcanzado una situación que haga inútil el, aseguramiento (...) consecuencia de lo anterior es que todas las medidas cautelares tienen una duración temporal limitada.<sup>41</sup>

Las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas ( ... )tienen una duración limitada, sin que sea la misma determinable a priori, si bien por su propia naturaleza nacen para extinguirse.<sup>42</sup>

### 2.2.4. Variabilidad

Esta característica parte del principio de rebús sic stantibus las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto y en cuanto se produzca algún tipo de variación de los presupuestos o motivos que hayan llevado a la adopción de las mismas, de tal manera que pueden ser modificadas<sup>43</sup>, sustituidas por otras, alzadas si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas<sup>44</sup>.

El Tribunal puede estimar necesario reconsiderar la adopción de la medida

---

<sup>41</sup> Juan Montero Aroca, *Las Medidas Cautelares en Trabajos de Derecho Procesal*, (Barcelona: Editorial Bosch, 1988), 433-434.

<sup>42</sup> Silvia Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil*, (Valencia: Tirant to Blanch, 2000), 740.

<sup>43</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2015 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

<sup>44</sup> *Ibíd.* 21.

cautelar en razón de nuevos hechos o circunstancias que modifiquen las circunstancias por la que se aplicaron inicialmente,<sup>45</sup> o cambiar o revocar una medida cuando se modifique en grado relevante la situación fáctica que, a criterio del tribunal, justifique la decisión respectiva.<sup>46</sup>

### **2.2.5. Verosimilitud**

El juez constitucional debe valorar la posibilidad de daños, mas no probarlos o esperar los primeros efectos negativos, basta con que en exista un fundamento valido relatado o evidenciado que se estarían o se están vulnerando derechos para que las medidas cautelares procedan. Una vez el juez constitucional tenga conocimiento de una petición de medida, deberá hacer una valoración si procede por la simple descripción de los posibles efectos y no debe exigir pruebas para justificar su necesidad.

### **2.2.6. Urgencia**

Ante el peligro inminente o amenaza de vulneración de derechos constitucionales debe ser dictada las medidas cautelares pertinentes, a través del juez constitucional que conozca de la petición o de manera oficiosa, la urgencia es el uso de cualquier medio para que cese la violación o suspenda la amenaza.

### **2.2.7. Relevancia**

En relación con los actos que emanan de la ley objeto de control, estos actos que pueden producir un daño que podría ser irreparable, debido a esto se debe

---

<sup>45</sup> *Ibíd.* 27.

<sup>46</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia Inc. 4- 2003 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2003).

dictar medida cautelar para que los funcionarios se abstengan de realizar tales actos, en ese sentido la gravedad de los daños ocasionados genera un quebrantamiento de derechos constitucionales.

### **2.2.8. Jurisdiccionalidad**

El fin de la medida cautelar es la de asegurar la efectividad práctica de la sentencia, desde un punto de vista del fondo del litigio, pero también se encuentra prevista el interés del administrador de justicia, para garantizar el buen funcionamiento del tribunal.

Las medidas que el derecho inglés comprende bajo la denominación de Contempt of court, para salvaguardar el imperium iudicis, o sea, impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es aquella de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como la guardia de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde.<sup>47</sup>

Para justificar esta finalidad de la medida cautelar no ha de extrañarse que el administrador de la justicia aparezca como un interesado en lo que implica juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye la jurisdiccionalidad como una potestad clara y por lo tanto exclusivo a aquellos órganos que tienen un deber de ejercer justicia especial. De tal manera que no solo los juzgados y tribunales del órgano judicial estarían habilitados para implementar medidas cautelares para asegurar la eficacia de sus sentencias, sino que órganos jurisdiccionales externos del poder judicial estarían habilitados para potenciar su ejercicio al decretar tales medidas, tal criterio nos lleva a la afirmación que para la característica de jurisdiccionalidad, la medida cautelar también puede

---

<sup>47</sup> *Ibíd.* 144.

ser utilizada por el tribunal constitucional.

### **2.3. Presupuestos para la Adopción de las Medidas Cautelares**

Las medidas cautelares afectan el derecho de toda la sociedad, derechos fundamentales que pueden estar en armonía con la constitución, es por eso que para poder aplicar una medida cautelar se deben cumplir ciertos requisitos esenciales, los cuales son:

#### **2.3.1. El Periculum In Mora**

Se trata de probabilidad de que exista un alto riesgo que, durante el proceso, un evento voluntario o involuntario, impida o limite la resolución de fondo, o impida su ejecución.

En cuanto las medidas cautelares vienen a asegurar que la resolución sea eficaz finalizado el proceso, este le pone fin a la amenaza que puede suponer el tiempo necesario en ocasiones e injustificado en otras, parece lógico que las medidas cautelares se condicionen a la existencia del llamado periculum in mora.

El peligro en la demora (periculum in mora), implica expresar en qué medida el acto impugnado, en caso de consumarse podría producir efectos que harían de difícil cumplimiento la sentencia, de tal forma, que los alcances de la misma resulten frustrados en la realidad.<sup>48</sup>

Las medidas cautelares responden a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico.

---

<sup>48</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia; 33-2015 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

El periculum in mora que está en la base de las medidas cautelares no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino específicamente el peligro de aquel ulterior daño marginal que podría derivarse del retraso consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario, de la resolución definitiva”.<sup>49</sup>

Es necesario justificar que se adopten medidas cautelares siempre y cuando exista un riesgo que ponga en peligro la efectividad del proceso y de la sentencia, “para que así suceda es preciso que en el momento de emitir el juicio cautelar el mismo parezca a los ojos del juzgado como un daño inminente y de una entidad tal que ponga en peligro la efectividad práctica de la posterior sentencia”<sup>50</sup>.

La doctrina nos habla de tres elementos fundamentales para hablar de daño, estos son: el inminente, el irreparable y el irreversible, estos daños pueden causar una demora en la sentencia o en la ejecución de la misma.

Ambos requisitos deben darse sucesiva y no alternativamente para que exista el daño, ya que una lesión inminente, pero no irreparable puede siempre encontrar una adecuada reintegración por equivalente y un daño irreparable, puede inmediato, no es de los que requieren una tutela cautelar<sup>51</sup>.

No obstante, la irreparabilidad o dificultad de reparación no es deslizable de la valoración económica que del daño surge, de ser así la tutela cautelar queda reducida como a una especie de proceso administrativo especial.

---

<sup>49</sup> Piero Calamandrei, *Introduzione Allo Studio Sistematico de Iprovvedimenti Cautelari*, (Bilbao: Editorial Padova, 1939), 18.

<sup>50</sup> Gustav Campanile, *Procedimiento de Urgencia e Incidente de Legitimación Constitucional*, (México: Editorial Porrúa, 1985), 141-142.

<sup>51</sup> *Ibíd.* 142

Se pueden determinar ciertos tipos de riesgos que amenacen la efectividad de la sentencia desde un punto de vista general y como ejemplos podemos mencionar:

#### **2.3.1.1. Riesgos que amenazarían a la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico**

Cuando el demandado se encuentre en situación de insolvencia. Se trata de aquellos supuestos; en los que o bien directamente se ha interpuesto una pretensión necesaria o bien, ante la imposibilidad de cumplir con la ejecución específica esta va a convertirse en una obligación pecuniaria. En ambos casos el riesgo de insolvencia supondría un claro riesgo de imposibilitar la efectividad de la sentencia.

#### **2.3.1.2. Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica**

Cuando se tenga que entregar una determinada cosa mueble si esta no se hallare por no haber adoptado la correspondiente cautela a lo largo del proceso principal, se tendría que convertir la ejecución específica en una ejecución en forma de dinero.

#### **2.3.1.3. Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución en cuanto a no adoptarse las medidas cautelares correspondientes**

Transcurrido el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia, este podría encontrarse con una situación irreversible.

Así, por ejemplo, la venta de determinados de productos en el mercado y su correspondiente adquisición por particulares va a suponer una dificultad de re

establecer la situación al momento anterior por cuanto difícilmente se podrán obtener los productos vendidos a los particulares.

Podría pensarse también en una difusión de información, en relación con una determinada empresa, suponer unas pérdidas al solicitante que, posteriormente, no podrán ser subsanadas con la sentencia.

#### **2.3.1.4. Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia**

Hay muchas formas en que puede manifestarse este presupuesto. Así en unos casos no se expresa en la norma sino que forma parte de la ratio iuris (la razón o fundamento jurídico de un acto) de la norma que establece la medida cautelar; en otros presupuestos se desprende claramente de la norma incluso con circunstancias de peligros expresadas por la norma o mediante otras circunstancias que deben ser valoradas por el juez para determinar si realmente existe o no el peligro.

En otros supuestos, como ocurre en el caso de las medidas indeterminadas, le corresponde al juez determinar tanto la concurrencia de dicho presupuesto como la clase o tipo de peligro que amenaza a la efectividad de la sentencia, así como las posibles circunstancias que comprueban que realmente existen ese peligro.<sup>52</sup>

Los diferentes tipos de riesgos pueden verse relacionados con el tipo de proceso y materia al que se les aplica, ya que tradicionalmente la medida cautelar había sido aplicada únicamente en el sentido que garantizaba un enfoque patrimonial, tanto la doctrina como la jurisprudencia estudiaban las

---

<sup>52</sup> *Ibíd.* 23-25.

medidas cautelares como la garantía de los intereses del solicitante, para poder reclamar lo que era de él por derecho al momento que el juez dictara sentencia; una vez aclarado este punto es necesario mencionar que en el proceso de inconstitucionalidad, no existen intereses del solicitante, ya que no nos encontramos en un proceso donde existan partes procesales, y mucho menos pretensiones o una sentencia que tenga efectos para una sola persona, es por eso que el riesgo o amenaza a la efectividad de la sentencia debe verse como el peligro que se encuentra la sociedad frente a una norma que puede no cumplir con el requisito de armonía con la constitución y que su vigencia pueda ocasionar daños a la sociedad si no es suspendida.

El *periculum in mora* es el daño generado por la extensa duración del proceso principal, esta prolongación puede generar agravio si no es aplicada una medida cautelar para salvaguardar la situación jurídica, generando una garantía de efectividad parcial o total de la resolución judicial al finalizar el proceso.

Existen dos elementos para poder afirmar que se cumple este presupuesto: el posible retraso del proceso y el daño que puede producirse por la misma demora, si bien están relacionados uno del otro, es necesario que ambos existan y no puede afirmarse que se cumple el presupuesto con solo uno de ellos, ya que puede existir un retraso en el proceso sin que pueda producir un daño, como de igual manera puede existir un daño y no necesariamente fue causada por el retraso.

Si el juez constitucional pudiera juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de una manera pronta, no sería necesario una medida cautelar puesto que la temporalidad no sería una amenaza a la efectividad del proceso, la temporalidad del proceso se vería reducida a un mero trámite y la medida

cautelar perdería su razón de ser en el proceso, pues al no haber demora y consecuentemente no habría daño por la demora, no existe peligro de eficacia de la sentencia, por ende la medida cautelar no estaría garantizando la efectividad de la resolución judicial.<sup>53</sup>

Estos planteamientos sobre la importancia del periculum in mora son aplicados de diferente forma dependiendo del tribunal jurisdiccional sobre el que recae el proceso, sobre todo en como en la materia específica puede surgir un agravio determinado.

La doctrina constitucional da como importancia la adecuada aplicación de las medidas cautelares para el buen funcionamiento de la administración de justicia y para la hacer cumplir lo que por mandato constitucional se les exige que es juzgar y hacer cumplir lo juzgado, para esta plena realización de derechos, la tutela judicial ha admitido que existe un peligro de retraso en el proceso de inconstitucionalidad, ya que su extenso estudio puede tomar meses y en el peor de los casos hasta años, de tal manera que para encontrar un solución al problema de la carga judicial y a la posible demora de la resolución judicial los ha llevado a la necesidad de implementar e innovar los procesos para aquellos casos que no exista un plazo determinado para poder dar una resolución final y hacerla cumplir.

### **2.3.1.5. Tipos de Periculum In Mora**

Las clasificaciones que tradicionalmente han sido elaboradas por autores españoles, mencionan que el periculum in mora<sup>54</sup> se integra por aquellos

---

<sup>53</sup> Luis Cueva Carrión, *Medidas Cautelares Constitucionales*, (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2012), 123.

<sup>54</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 38-2005 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la

riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente a conjurar”.<sup>55</sup>

Hay clasificación primeramente de aquellos riesgos que afectan la posibilidad práctica de la ejecución absoluta de la sentencia; en segundo lugar son los riesgos probables que amenazan la ejecución de forma específica o la posibilidad del desarrollo con plena utilidad; la tercera son las que amenazan la utilidad práctica de los efectos de la sentencia; y la cuarta y última son los riesgos de ineffectividad ocasionado por el retraso en que pueden producirse los efectos de la sentencia, siendo necesarios tales efectos en un momento ideal, a falta de estos generan una lesión irreversible de la situación del afectado.<sup>56</sup>

Es un requisito indispensable, ya que se convierte en la justificación, pero al mismo tiempo es la imperfección del proceso constitucional, ya que su esencia es la de controlar la legalidad de las normas, y removerla del ordenamiento jurídico vigente sin una sentencia estimatoria, se convierte en una decisión de fondo anticipada. Afectado de esta manera la presunción de constitucional de todas las normas decretadas que pasaron por el proceso de formación de ley. Durante este tiempo de deliberación puede existir una demora o un retardo en la decisión sobre el fondo y en el caso extremo se puede perder la eficacia de la sentencia de manera parcial o de manera total, pero para determinar estos parámetros se tiene que estudiar la realidad a fondo.

La necesidad de fundamentar el *periculum in mora* es verdadera causa o fundamento para que se pueda adoptar una medida cautelar en un proceso.

---

Corte Suprema de Justicia, 2005).

<sup>55</sup> Manuel Ortells Ramos, *Derecho Jurisdiccional*, (Valencia: Hermanos Editores, 2000), 265.

<sup>56</sup> *Ibíd.* 57.

Por consiguiente, es importante reducir los riesgos que llevan la demora en la duración del proceso principal, estos riesgos se conciben como posibles daños a la efectividad de la tutela judicial, el cual es la finalidad de los tribunales constitucionales. Estos riesgos pueden surgir como amenazas dilatorias temporales, que por motivos de urgencia es necesario controlar, fundamentar y priorizar decisiones judiciales.

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<sup>57</sup>.

Las dos formas de manifestación del *periculum in mora* se dividen en dos vertientes: El peligro de infructuosidad que es la inutilidad de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que puede determinar cuando la efectividad de la sentencia se ve nulificada parcial o totalmente durante el trámite del proceso haciendo difícil la reparación post sentencia; y el peligro de tardanza que puede afectar la eficacia de la sentenciase puede evitar su neutralización de los efectos de la sentencia tomando medidas anticipadas o innovativas que buscan evitar la tardanza o dilatación de la decisión de fondo.

La Sala de lo Constitucional como un tribunal independiente y de cierre, es determinante al establecer parámetros de priorización de las decisiones finales, al no haber ningún ente controlador de este máximo tribunal, es necesario la categorización de la urgencia de los procesos pendientes y una evaluación de los parámetros a tomar al establecer una medida cautelar, que surtirá efectos de manera indefinida hasta que se llegue a una sentencia final.

---

<sup>57</sup> Sergio Artavia Barrantes, *Derecho Procesal Civil*, (San José: Edición Jurídica Dupas, 2004), 327.

El riesgo de daño que podría ocasionar la dilatación durante el desarrollo del proceso puede llevar a la frustración u obstaculización del cumplimiento de la sentencia, de ser así la falta de adopción de la medida cautelar sería una falta grave a los principios constitucionales de hacer ejecutar lo juzgado, es por eso que el peligro debe ser objetivo, serio e inequívoco, no puede considerarse una percepción subjetiva de lo que podría o no causar un daño, sino que deben considerarse las medidas al existir motivos que puedan apreciarse o fundamentarse anticipadamente para que el juzgador constitucional pueda tomar la decisión correcta.

Sobre la importancia de la medida cautelar 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.<sup>58</sup>

### **2.3.2. El Fumus Boni Iuris**

El *fumus boni iuris* o conocido como apariencia de buen derecho constituye el segundo presupuesto principal para aplicar una medida cautelar en un proceso, cuya finalidad es justificar la medida cautelar como imprescindible para el proceso.<sup>59</sup>

Si bien la medida cautelar busca asegurar la eficacia futura de la sentencia, es necesario predisponer de una noción preventiva, haciendo un cálculo mental de la probabilidad de que la resolución judicial puede inclinarse en un sentido.

---

<sup>58</sup> Ramiro J. Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Tomo IV, (Buenos Aires: Ediar S.A. Editora Comercial Industrial y Financiera, 1990), 57-59.

<sup>59</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 38-2005 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2005).

Se valora la hipótesis de la justificación para la aplicación de la medida cautelar y se relaciona directamente con la pretensión del solicitante o interesado, tal exigencia de buen derecho a favor del solicitante busca una anticipación de la ejecución, lo que genera un efecto inmediato a la vigencia de la norma aun sin haber sido declarada como inconstitucional; no obstante puede ser el mismo tribunal constitucional quien justifique tal apariencia de buen derecho aunque esto implique un juicio previo de valoración de la demanda de inconstitucionalidad.

La necesidad de urgencia del periculum in mora en la admisión de la demanda de inconstitucionalidad puede limitar el juicio de probabilidad del fumus boni iuris, generando al o más un estudio rápido y superficial de las supuestas violaciones que genera la norma sobre la constitución; la cognición judicial no puede tener una certeza absoluta si existe categóricamente un daño inminente causado por la posible demora en el proceso, y tampoco el juicio de probabilidad puede dar la certeza de la existencia de una apariencia plena de buen derecho, es ahí donde la mente crítica del juez constitucional debe crear una argumentación válida de estos dos presupuestos para dar una certeza a la sociedad que la decisión tomada fue conforme a derecho y criterios jurisprudenciales que cumplen con principios constitucionales e intereses de la sociedad.

#### **2.4. Naturaleza de la Medida Cautelar**

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares se ve dividida entre los autores que valoran que la medida es una institución procesal dentro de un proceso, o si esta tiene autonomía propia, aunque accesoria a un proceso.

En la primera de las corrientes no se puede hablar de proceso cautelar, sino que es una providencia cautelar, ya que no se tiene una estructura afuera del

proceso que permita considerarlas formalmente separada.<sup>60</sup>

La medida cautelar tiene una autonomía al igual que el proceso, pero que esta es accesoria al principal. Esta autonomía deviene de la influencia del jurista italiano Francesco Carnelutti quien considera que “las medidas cautelares constituyen 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”.<sup>61</sup>

Se ha establecido mediante su jurisprudencia y la doctrina que la naturaleza jurídica de la medida cautelar es de un instrumento procesal cuyo fin es la de asegurar el trámite del proceso de manera que su desarrollo sea normal y consecuente con la resolución final, cuya sentencia sea estimatoria o desestimatoria posea una eficacia necesaria y real. No puede constituir una decisión anticipada de la decisión final, y debe ser basada en el cumplimiento de los presupuestos y la peligrosidad de riesgos que existan o puedan existir.

## **2.5. Principios que Rigen las Medidas Cautelares**

### **2.5.1. Principio de Legalidad**

Las medidas cautelares son adoptadas mediante la aplicación de la ley vigente, tal como lo establece el artículo 13 de la Constitución que regula el principio de legalidad. Es por eso que los jueces acuerdan las medidas que

---

<sup>60</sup> *Ibíd.* 57-59.

<sup>61</sup> Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, 5ª ed. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959), 86.

están en su alcance regulados ya en la ley, esto para evitar arbitrariedades y abusos en los procesos, y para tener una seguridad jurídica. Cuando desempeñan la labor jurisdiccional deben aplicar acorde a lo que la ley emana con anticipación.

La seguridad jurídica es garante de la esfera jurídica de derechos previamente establecidos diseñada para dar garantías procesales, que protegen a las partes y en este caso a los interesados o afectados. Su aplicación conlleva a la finalidad de garantizar justicia equitativa, en cuanto se pueda cumplir la sentencia sin vulnerar derechos de las personas.

Las medidas cautelares son figuras procesales coactivas para las personas naturales y jurídicas; si bien son garantes del derecho de unos es al mismo tiempo limitante de otros. Es por eso que la medida cautelar debe estar expresa en el ordenamiento jurídico vigente.

Deben ser desarrolladas en el derecho procesal con el propósito de que el aplicador de justicia tenga las herramientas correctas y necesarias para dar una justicia real.

### **2.5.2. Principio de Idoneidad**

La idoneidad se refiere a aquello que es lo adecuado para la circunstancia, lo apropiado para una situación; debemos suponer que las medidas cautelares deben ser adecuadas para lograr el fin que persiguen que es la eficacia de la sentencia.

La doctrina lo describe como el estudio de la proporcionalidad en sentido cualitativo, entendiéndose como la gravedad del hecho generador, y los

efectos que este puede tener con las partes y la sociedad. Pero es de aclarar que en el proceso de inconstitucionalidad es difícil o casi imposible tener un medidor del impacto que puede generar la aplicación de la medida cautelar.<sup>62</sup>

Es por eso que valorarse únicamente que esta puede producir ciertas formas de violaciones a los derechos de la gente, es por eso que el presente estudio de la correcta regulación, argumentación y justificación de las medidas cautelares en un proceso tan importante.

### **2.5.3. Principio de Intervención Mínima (Aplicación como la Excepción y no como Regla General)**

La medida cautelar como forma de restricción de derechos emanados de la ley objeto de control debe durar únicamente lo imprescindible y debe tener un objetivo de limitar su incorrecta aplicación para asegurar los efectos de su finalidad, es por eso que para razonar y argumentar la medida cautelar esta debe ser vista de forma aislada de cualquier otro proceso, desligada de la analogía, con el fin de razonar y calificar su necesidad, con el fin de cumplir con el principio de idoneidad.

El juez constitucional debe aplicar la medida cautelar únicamente en los casos que ameritan, puesto que, si fuera aplicado en todos, los derechos serían violados automáticamente sin ninguna valoración previa. La mínima intervención asegura que los derechos no se vean vulnerados por la falta de valoración de la ley y sus consecuencias, pero también garantiza que el juez constitucional estudiara las posibles consecuencias, su impacto y efectos negativos antes de tomar una decisión.

---

<sup>62</sup> Juan Carlos Cassagne *Las Medidas Cautelares en Contra de la Administración*, 2ª ed. Actualizada, (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007.), 343.

## **2.6. Finalidad de las Medidas Cautelares**

La finalidad que persigue la medida cautelar en el proceso de inconstitucionalidad es la de garantizar el cumplimiento del artículo 172 de la constitución, cumpliendo el deber de impartir justicia por parte del Estado, dando una protección jurisdiccional a los particulares y salvaguardando el interés difuso de la sociedad.

La finalidad que busca es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, debe considerarse que los efectos de la sentencia pueden verse afectados gravemente durante el trámite del proceso y estos pueden dar un desenlace en la esfera jurídica de las personas. Siendo la medida cautelar una forma de preservar la situación como se encontraba antes de la entrada en vigencia de la norma, con el fin de que no agrave la situación jurídica de la sociedad, con el propósito de que durante el proceso no puedan causarle daños irreparables, irreversibles o incalculables. Con esto el objetivo es dictar una resolución final, sin efectos lesivos alguno a las personas, salvaguardando sus derechos con mandato judicial de hacer o no hacer lo que dicte la norma en control.

## **2.7. Naturaleza del Tribunal Constitucional**

Al retomar el criterio anteriormente mencionado, la característica de la jurisdiccionalidad expone un acompañamiento de la medida cautelar con el tribunal constitucional, la cual a prius lógico debate la naturaleza jurisdiccional o política del tribunal constitucional; al considerar al tribunal como el encomendado por la constitución como único tribunal con competencia en procesos de inconstitucionalidad se le encomienda adopte la finalidad de asegurar la eficacia de sus sentencias.

La Constitución le atribuye al máximo intérprete de la constitución que adopte las medidas necesarias para hacer cumplir su finalidad que es asegurar el cumplimiento de la constitución, y esa encomienda le atribuye una naturaleza cautela, si el tribunal constitucional no fuera un órgano jurisdiccional no se podrían sustanciar ningún tipo de proceso en el, y por lo tanto no entraría en la categoría antes descrita para poder implementar medidas cautelares.

La naturaleza de la jurisdicción constitucional no es un tema que haya sido armonizado por la doctrina; se ha desarrollado con criterios contrapuestos, desde su origen con el mismo Kelsen<sup>63</sup>, mantenía el carácter jurisdiccional del órgano, y por el contrario los que, negando su carácter de jurisdiccional, se le daba al tribunal constitucional un carácter meramente político.

La corriente kelseniana del control constitucional es sabido que, se basa en la potestad del órgano ad hoc con la única función de declarar la compatibilidad o incompatibilidad de las leyes con la Constitución, esta función se ve limitada de un modo que se convierte en un legislador negativo, con el propósito de excluye aquellas normas legales cuyo contenido contraviene lo dictado por la constitución.<sup>64</sup> La exclusión de esta ley es: “una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes en forma individual o de manera general – funciona como legislador en sentido negativo”.<sup>65</sup>

La función de legislador negativo no fue hecha con el propósito de ser equiparada con la naturaleza del tribunal constitucional, sino más bien de

---

<sup>63</sup> Hans Kelsen, *La Garanzia Giurisdizionale Della Costituzione*, (México: Editorial Milano, 1930), 229

<sup>64</sup> *Ibíd.* 173

<sup>65</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (México: Editorial Heliasta, 1983), 318.

explicar la función política y sus efectos en un estado constitucional: el Parlamento aprueba leyes que un tribunal puede anular.<sup>66</sup>.

Este diseño kelseniano es una auténtica jurisdicción pura, aun si la actividad la describe como un legislador negativo, el modelo de Kelsen concibe una potestad jurisdiccional objetiva y general diferente a la de los tribunales ordinarios. Desde su punto de vista teórico, existen diferencias entre un tribunal constitucional competente en casación de ley y un tribunal ordinario, siendo el primero un aplicador de la Constitución como una contra producción legislativa con la finalidad de anular normas inconstitucionales, y el segundo como un aplicador de justicia individual y concreto.

## **2.8. Principios Fundamentales del Proceso de Inconstitucionalidad**

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley del Impuesto para la Defensa de la Soberanía Nacional de 1987 consideró que tales principios eran los siguientes:

### **2.8.1. Principio de Evidencia**

Según el criterio de la Sala "siendo el recurso de inconstitucionalidad de una naturaleza jurídica tan especial. de trascendencia general, es necesario para que proceda una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, que ésta quebrante o viole las normas constitucionales de una manera clara, manifiesta, indudable, que la violación surja o emerja de una manera precisa e indiscutible, ajena a toda duda razonable"<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.), 187.

<sup>67</sup> *Ibid.* 480.

### **2.8.2. Principio de Estricto Derecho**

En la sentencia referida, se asegura que la Sala "tiene circunscrita su jurisdicción a conocer y resolver dentro de los límites de lo pedido en la respectiva demanda y al análisis de los motivos, razones y fundamentos de la inconstitucionalidad alegada por el peticionario, no pudiendo, por consiguiente, suplir las omisiones de la queja ni suplir o sustituir las razones o violaciones alegadas"<sup>68</sup>.

Esta facultad desde luego la debe ejercer la Sala razonablemente pues no te limita al grado de no poder nacer consideraciones o análisis de disposiciones constitucionales que son complemento necesario de los formulados por, el quejoso, o van implícitos dentro de los mismos toda vez que la norma constitucional no pueden, debe ser interpretada aisladamente sino en armonía con el resto de disposiciones de la Carta Magna.

La Sala de lo Constitucional no puede proceder de oficio a suplir los errores de una queja deficiente, pues no tiene esas facultades "que son contrarias a la esencia misma de la función del juzgador" Esta apreciación coincide con lo establecido en el Art. 80 L. Pr. Cn. que dice: "En los procesos de amparo y de exhibición de la persona, el Tribunal suplirá de oficio los errores u omisiones pertenecientes al derecho en que incurrieren las partes".

De tal disposición se deduce que en los procesos de inconstitucionalidad no pueden subsanarse de oficio las anomalías de la petición del ciudadano, sino únicamente en los procesos de amparo y habeas corpus" Cabe destacar que, tal como se ha visto, por la naturaleza de los procesos constitucionales, donde

---

<sup>68</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 13-94, (El Salvador, Sala de Lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1999).

está comprometido siempre el orden público y donde la finalidad primaria es la defensa de la Constitución, uno de los principios reconocidos por la doctrina es dotar de amplias facultades al juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante. Esto, como también ya se expresó, puede tener mayor sentido entre nosotros en relación a la garantía que se examina, ya que se ha otorgado acción popular para incoarla, sin exigirse asistencia letrada.

### **2.8.3. Principio de Pertinencia**

Se encuentra íntimamente relacionada con el principio anterior: "la Sala señala que "no está obligada a valorar todos y cada uno de los argumentos, razones o conceptos de violación alegados por el peticionario en su demanda, ni por consiguiente los que manifiesta el Fiscal General de la República al contestar et traslado, pudiendo limitarse al estudio y resolución de lo más trascendental y pertinente al problema planteado".

### **2.8.4. Principio de Presunción de Constitucionalidad**

La Sala explica este principio en los siguientes términos: " toda la ley se presume constitucional mientras el Tribunal competente no falle lo contrario de conformidad con lo demostrado en el proceso correspondiente". <sup>69</sup>

## **2.9. Tutela Cautelar**

La tutela cautelar es el instrumento para la garantizar la tutela judicial efectiva que nace en el Derecho alemán, según el jurista Couture<sup>70</sup>la doctrina le asigna

---

<sup>69</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 1-87 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema De Justicia, 1987).

<sup>70</sup> Eduardo Juan Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (España, 1996), 151.

una naturaleza jurídica paradigmática a la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva es según Ortiz-Álvarez un principio general del derecho de rango constitucional, pero también puede ser visto como un derecho fundamental de aplicación técnica e inmediata. Es un instrumento básico del derecho procesal y por ende parte del derecho procesal constitucional; su existencia se puede ubicar en tres etapas del derecho procesal: en un principio cuando se da el acceso a la jurisdicción, cuando se da el debido proceso como garantía constitucional, y al final del proceso cuando se da la sentencia.

La tutela judicial es descrita en tres aspectos diferentes: Como un principio general del derecho, es un mandato imperativo que tienen los jueces y las partes en el proceso mediante la integración de las funciones otorgadas por la norma, y está por encima de cualquier norma que busque impedir la realización efectiva de la tutela judicial, busca integrar la norma para llenar vacíos o lagunas del derecho.

En un segundo momento como un concepto moderno del derecho subjetivo, es la facultad que otorga la norma para que el juzgador pueda garantizar la tutela efectiva de su sentencia, para así garantizar los intereses de las partes y del ordenamiento jurídico. Y en un tercer momento, como disposición de las acciones procesales que garantizan el acceso pleno a la justicia, como mecanismo de defensa de los intereses durante el trámite del juicio y así garantizar una sentencia justa y su ejecución, viéndose desde la vertiente de los intereses de las partes procesales, o en el caso del derecho constitucional como garante de los intereses de la sociedad.

La tutela judicial efectiva no se encuentra expresamente en la normativa

vigente, pero a través de la jurisprudencia se ha establecido que en base al artículo 2 de la Constitución se puede concluir que debe garantizar el acceso a la jurisdicción, lo cual desemboca en el derecho a promover la actividad jurisdiccional, el derecho a ser parte en el proceso y a tener una decisión judicial sobre el fondo del asunto.

De tal manera que la tutela jurisdiccional es el conjunto de derechos que tiene el ciudadano para garantizar el acceso a una jurisdicción por parte del Órgano Judicial, garantizándole en un principio al acceso a la jurisdicción, al debido proceso, a ser parte en el proceso, a una sentencia sobre las pretensiones interpuestas en un principio y por último a ejecutar de manera eficaz la sentencia pronunciada por el juzgado.

Tutela cautelar judicial es todo medio que tiene como fin garantizar el acceso y resultado del proceso actual o futuro, para asegurar el interés de las partes del proceso, la forma de garantizar el proceso puede variar dependiendo de los casos concretos con el fin de adecuarse a la realidad.

Es un juicio hipotético de manera anticipada que no genera o no debe generar certeza en el juzgado a priori, es por eso que es una apreciación vacía del peticionante, quien fundamenta que se encuentra frente a una posible amenaza que puede frustrar el proceso y como resultado un agravio a sus pretensiones, y ante una sentencia ineficaz del fondo del asunto, activa el mecanismo judicial de protección, a través de la medida cautelar como instrumento destinado para garantizar la ejecución final del proceso.

La tutela cautelar como lo describe su característica de temporal, se agota una vez está firme la sentencia, y motivado por la resolución de fondo, se ampara a la pretensión principal del actor, o en el caso de los procesos

constitucionales, a la pretensión de la ciudadanía representada por el tribunal constitucional.

La medida cautelar es la manifestación real de la tutela cautelar, que en ocasiones es utilizada como instrumento procesal para tratar de solventar las dificultades el órgano judicial, la mora judicial se acumula constantemente, y la dilatación de los procesos tiene a generar un mayor desemboque de riesgos que impiden la eficacia de la sentencia.

El factor tiempo es tratado en el proceso constitucional ha sido tomado de manera ligera, al no haber un riesgo tangible como lo es en otras ramas del derecho; en el derecho penal la libertad de la persona es una prioridad al ser un derecho humano fundamental, en el derecho civil el patrimonio es tomado como una necesidad de sobrevivencia de todas las personas.

En el Derecho Constitucional no estamos enfrente a situaciones concretas, sino a la ambigüedad que la norma puede afectar a los ciudadanos sin tener un interés en el proceso. Su relevancia ha sido opacada por la importancia que tienen las decisiones del máximo tribunal del país, al ser un tribunal que admite habeas corpus, amparos y demandas de inconstitucionalidad, es considerado como el tribunal de cierre de los procesos, y el máximo garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones tomadas por otros tribunales y por sí mismo. Pero es ese mismo valor que nos obliga a cuestionar si el factor tiempo tiene alguna relevancia en el proceso de constitucionalidad.

## **2.10. Tutela Material**

En la doctrina ha surgido la tesis que afirma que las medidas cautelares tienen por objeto la satisfacción inmediata y parcial de la pretensión de fondo, y

vendría a constituir cautelas materiales y/o anticipatorias<sup>71</sup>, manifestándose en diversas formas propiamente cautelares.

En materia de inconstitucionalidad se ve en la ausencia de una regulación específica y habría de estudiar si la interpretación de preceptos constitucionales aplica para regular la medida cautelar.

Aun si los efectos anticipatorios de la medida cautelar coincidan entre el objeto de la medida con la pretensión de fondo, no se puede acotar que en definitiva esta sea la finalidad que busca, no la priva de su calidad de cautela, en el sentido que no mide la verdadera identidad de la pretensión, y solo busca que de modo definitivo hacer una observación del derecho objetivo.

Más allá que las medidas cautelares afectan directa o indirectamente de manera anticipada el fondo de la pretensión de forma parcial o total, la medida cautelar por excelencia debe cubrir provisionalmente la tramitación del proceso dirigido a obtener una sentencia eficaz.

La medida cautelar como tutela material al ser vista como una sentencia anticipatoria<sup>72</sup>, si bien las medidas cautelares pueden adoptarse para garantizar instrumentalmente el cumplimiento de la sentencia definitiva del proceso principal, también debe asegurarse que la invocación de los presupuestos para su aplicación sean debatidos y/o discutidos en el proceso, y que esta fundamentación del por qué la aplicación de la medida cautelar es la que nos puede determinar si este instrumento procesal está conllevando a una decisión anticipada.

---

<sup>71</sup> Aida Kemelmajer de Carlucci, *Algunos aspectos referidos a la Eficacia Del Llamado Proceso Familiar en Derecho Procesal*, (Buenos Aires: Ediar, 1997), 79.

<sup>72</sup> *Ibíd.* 85.

## **2.11. 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 motiva para determinar su rol y el marco doctrinario de sus 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.<sup>73</sup>

### **2.11.1. Definición**

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

---

<sup>73</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los Poderes del Juez Constitucional y las Medidas Cautelares en Controversia Constitucional*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998), 329-332.

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.

También puede considerarse como 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 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 poder cautelar es 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.

### **2.11.2. Clasificación de la Potestad Cautelar**

Este poder conferido al juez ha sido muy discutido en la doctrina, extendiéndose sus posturas tanto a favor como en contra. El derecho a la resolución de cautela es un derecho del Estado fundado en las necesidades

de la tutela del derecho, con lo que viene a decir que la potestad general esta conferida no por una norma particular sino que por el 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 otra parte, se reconocía la utilidad práctica de la solución amplia, y se 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; señala 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.

### **2.11.3. 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.

#### **2.11.4. 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 creara 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.

### **2.11.5. 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, en 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, dejando de lado el argumento que debía existir una norma expresa que dispusiera su potestad cautelar, e interpreta 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.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 63-2013 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2013)

Estamos delante de una “atribución inherente a la potestad jurisdiccional” que se ejerce en los procesos constitucionales,<sup>75</sup> 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 aún no Dictada.

#### **2.11.6. 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:

##### **2.11.6.1. Jurisdiccionalidad**

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

---

<sup>75</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 9-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014)

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.<sup>76</sup>

#### **2.11.6.2. 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. 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. Además la discreción del juez no significa arbitrariedad, sino libertad de escogencia y determinación dentro de los límites de la ley.

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

---

<sup>76</sup> Rodrigo Arias Grillo, “La Actividad Cautelar en los Procesos Constitucionales”, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, n.116 (2008): 64.

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.<sup>77</sup>

En perspectiva no se trata pues de una arbitraria discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica otorgada al juez en estos 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.<sup>78</sup>

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

---

<sup>77</sup> Juan Jose Monrroy Palacios, *Bases para Formación de una Teoría Cautelar*, (Madrid: Lima Comunidad, 2002), 377.

<sup>78</sup> Rubén Hernández Valle, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, (Buenos Aires: Editorial Porrúa, 2006), 136.

que favorezca para asegurar la sentencia sobre el fondo y atienda al específico daño temido.

#### **2.11.6.3. Racionalidad**

Es 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 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.

#### **2.11.6.4. Idoneidad**

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 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.

#### **2.11.6.5. 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 han 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 ineficacia en la realidad.

## **CAPITULO III**

### **MARCO LEGAL SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

En el presente capítulo se desarrollan a profundidad los artículos de la legislación salvadoreña en los cuales se encuentra enmarcado el proceso de inconstitucionalidad, con base en el análisis realizado de cada una de las leyes plasmada, podemos arribar a la conclusión de que existe, sin lugar a dudas, una falta evidente de regulación expresa de las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad. Para una mayor ilustración del tema se ha desarrollado un apartado sobre derecho comparado, haciendo una comparación entre la legislación salvadoreña y la legislación de otros países en los cuales si se encuentra regulada la medida cautelar para este tipo de procesos, algo que diferencia de nuestra legislación, la cual carece de dicha regulación, pero que la aplicación de las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad se ha venido dando a partir de la interpretación jurídica hecha al artículo 172 de la Constitución, por parte de la Sala de lo Constitucional.

### **3. Legislación Nacional**

#### **3.1. Constitución de El Salvador de 1983**

La constitución vigente, la cual fue promulgada el 15 de diciembre de 1983, es el principal ordenamiento que establece todo lo referente al proceso de inconstitucionalidad, esta constitución iba siguiendo una serie de cambios en su contenido, diferentes de las constituciones anteriores, se trata de una

constitución que evolucionó la actividad del Estado al reconocer dentro de su contenido a una Sala de lo Constitucional, la cual cuenta con potestad y jurisdicción constitucional, que conlleva a darle los instrumentos necesarios para la efectiva y real defensa de los derechos constitucionales que poseen los habitantes.

De esta forma la constitución de 1983 se convirtió en la garante de los principios, valores y derechos de todos los habitantes, buscando la protección en contra de injusticias y arbitrariedades que pueda darse por cualquier entidad pública o privada. Para dar protección jurisdiccional, la constitución en su artículo 2 consagra que: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”<sup>79</sup>.

Este reconocimiento de la conservación y defensa de los mismos es lo que la jurisprudencia denomina como derecho a la protección jurisdiccional, y al tener rango constitucional establece el derecho de acceso a la efectiva y pronta justicia, éste acceso a la efectiva y pronta justicia es la base para el funcionamiento de todo el órgano judicial, y es por eso que se establece la necesidad de una Sala de lo Constitucional garante de la protección de los derechos constitucionales, creando mecanismos idóneos para la solución mediata o inmediata de la violación de los derechos constitucionales que cualquier persona considere se le están violentando dentro de su esfera jurídica.

Al establecerse los mecanismos constitucionales para poder exigir la protección de los derechos constitucionales también se crean conceptos

---

<sup>79</sup> Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

jurídicos para la debida tramitación del proceso y de su configuración, es por eso que se hace alusión al término “debido proceso”, esto con el fin de establecer un modelo jurídico que gira alrededor de un sistema legal, vigente y constitucional; de tal manera también es esencial el artículo 11: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa:<sup>80</sup>.

La seguridad jurídica como principio constitucional que implica que los procesos o procedimientos deben estar conforme a la ley vigente es una garantía que recubre la obligación de todos los órganos del estado, y es un mandato de ley que deben respetar todas las instituciones, tribunales, órganos, etc.

Las disposiciones que regulan lo referente al proceso de inconstitucionalidad son las siguientes:

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

En dicho artículo encontramos regulado lo que es el principio de exclusividad según el cual corresponde al órgano judicial resolver los posibles conflictos que surjan en la vida social a través de los jueces o tribunales. Esto implica que inclusive la Sala de lo Constitucional por mandato de ley tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de tal manera que esta Sala requiere de los mecanismos necesarios para cumplir este mandato.

---

<sup>80</sup> *Ibíd.* 48.

Art. 172 Inc. 3º: *“los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la constitución y a las leyes”.*

De acuerdo a este inciso los magistrados y jueces están regidos por el principio de independencia, la cual persigue la finalidad de asegurar la pureza de los criterios técnicos -especialmente el sometimiento al derecho- que van a incidir en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable.

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

Sobre la naturaleza y función de la Sala de lo Constitucional: "es una institución cuya finalidad primordial remediar las infracciones lesivas a los derechos constitucionales que pudieran cometer o cometan las autoridades o funcionarios del Estado en el ejercicio de sus funciones; por ello, se ha visto en ella a un guardián de la Constitucionalidad, cuya atribución fundamental es vigilar el cumplimiento de la Ley Primaria en los actos de las autoridades" (Sentencia de 26-VII-96, Amp. 4-E-96).

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

Art. 149 Cn. inc. 2º: *“la declaratoria de Inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta constitución para las leyes, decretos y reglamentos.”*

Las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad son producto de una interpretación jurídica hecha al artículo 172 de nuestra constitución y basada en lo regulado por la ley de procedimientos constitucionales en los procesos de amparo y habeas corpus, ya anteriormente no se encontraban reguladas en nuestro ordenamiento jurídico ni en la actualidad, y por medio de una resolución la Sala de lo Constitucional se determinó la aplicación de estas, extendiéndose la interpretación de la aplicación de estas medidas reguladas para otros procesos hasta el proceso de inconstitucionalidad.

### **3.1.1. Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960**

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

*Art. 2 L.Pr.Cn.: “cualquier ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio”. Esta disposición, hace efectiva la “acción popular” de Inconstitucionalidad regulada en el Art. 183 Cn, y faculta a cualquier ciudadano para promover la acción de Inconstitucionalidad en contra de leyes, decretos y reglamentos, y así velar porque se cumpla la supremacía constitucional. Además, se regula la inconstitucionalidad por su forma y contenido.*

La sustanciación del proceso corresponde al presidente de la Sala, dirigirá el proceso y ordenará a nombre de la Sala todos los actos y procedimientos necesarios para la tramitación del mismo.

Art. 6 L. Pr. Cn.: *“la demanda de Inconstitucionalidad deberá presentarse por escrito ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y contendrá: (1) El nombre, profesión u oficio y domicilio del peticionario; (2) La ley, Decreto o Reglamento que se estime Inconstitucional, citando el número y fecha del Diario Oficial en que se hubiere publicado, o acompañando el ejemplar de otro periódico, si no se hubiere usado aquél para su publicación; (3) Los motivos en que se haga descansar la Inconstitucionalidad expresada, citando los artículos pertinentes de la Constitución; (4) La petición de la declaratoria de Inconstitucionalidad de la Ley, decreto o reglamento; y (5) El lugar y fecha de la demanda, y firma del peticionario o de quien lo hiciere a su ruego. Con la demanda deberán presentarse los documentos que justifiquen la ciudadanía del peticionario”.*

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

Asimismo, es importante que se mencione en forma clara la ley, decreto o reglamento que se impugna inconstitucional, y además se citen de los motivos en que se fundamenta la inconstitucionalidad alegada, así como los artículos de la Constitución que se consideran violentados.

La esencia de estos requisitos radica en el Principio de Estricto Derecho y no el de suplencia de la queja deficiente, por lo que la Sala no pudo suplir de oficio la deficiencia en los puntos alegados.

La necesidad de citar el número y fecha del Diario Oficial en que se hubiere publicado la ley, decreto o reglamento impugnado, estriba en que la finalidad del proceso de inconstitucionalidad es resolver eficazmente sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, pero para lograr la invalidación de una disposición contraria a la constitución, ya sea por vicios en su forma o en contenido, solamente es posible cuando la disposición impugnada se encuentra en vigencia, lo cual se comprueba con el Diario Oficial; y es que la Constitución establece que *“ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación”*, o en cualquier otro periódico de mayor circulación.

La declaratoria de Inconstitucionalidad debe solicitarse de forma expresa, en virtud del Principio de Congruencia, ya que la Sala se pronunciará solamente sobre lo pedido por el demandante, por lo que el demandante debe solicitar a la Sala que declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento impugnado, caso contrario se le prevendrá sobre este requisito. Debe especificarse el lugar y fecha de la demanda, la firma del peticionario o quien lo hiciere a su ruego, y debe presentarse la documentación que compruebe la ciudadanía del peticionario, de lo contrario, la demanda puede declararse inadmisibile.

Art. 7 L. Pr. Cn.: *“presentada la demanda con los requisitos mencionados se pedirá informe a la autoridad que haya emitido la disposición considerada inconstitucional, la que deberá rendirlo en el término de diez días, acompañando a su informe, cuando lo crea necesario, las certificaciones de actas, discusiones, antecedentes y demás comprobantes que fundamenten su actuación.”*

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

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

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

Si la autoridad lo considera necesario puede anexar actas, certificaciones, discusiones, antecedentes, con el propósito que fundamenten su actuación, ya que debe justificar la constitucionalidad de la norma que se impugna, ejemplo de estos anexos pueden ser las actas sobre las discusiones del proyecto de Ley que se realicen dentro de la comisión política asignada a la materia de la que se trate la ley.

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

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

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

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

Esta disposición establece el carácter no impugnabile de la sentencia definitiva en el proceso de Inconstitucionalidad (sea estimatoria, desestimatoria o se declare el sobreseimiento), es obligatoria de un modo general tanto para autoridades, como para personas naturales y jurídicas. Esta sentencia no admite recurso alguno en razón de ser emitida por el máximo tribunal, no existiendo una instancia superior.

Art. 11 L. Pr. Cn.: *“la sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial dentro de los quince días subsiguientes al de su pronunciamiento, para lo cual se remitirá copia de la referida sentencia al director del periódico, y si este funcionario no cumpliera, la Corte ordenará que se publique en uno de los*

*diarios de mayor circulación de la capital de la República, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido.”*

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

### **3.1.2. Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional**

El anteproyecto de Ley Procesal Constitucional en estudio por la asamblea legislativa viene a cubrir todos los vacíos que la Ley de procedimientos constitucionales no regula, este con el fin de cumplir el principio de legalidad, puesto que la ley vigente no establece en su texto que la medida cautelar aplica en el proceso de inconstitucionalidad.

Las disposiciones que regulan la medida cautelar son: Art. 32.- *“Al admitir la demanda o petición, el tribunal podrá ordenar la suspensión del acto reclamado y cualquier otra medida cautelar”.*

En su Art. 32. Inc. primero establece que *al ser admitida la demanda el tribunal podrá a petición de parte o de manera oficiosa suspender el acto reclamado o cualquier otra medida cautelar, dando un sentido positivista a la necesidad de regular en la ley la existencia de la medida cautelar en el proceso. Siguiendo con su inciso segundo los motivos por los cuales será necesario la aplicación de la medida cautelar cuando sea motivado por un daño inminente o*

*irreparable que pueda ser consumado, con el fin de analizar su necesidad y su pronta aplicación.*

*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”.*

*Siguiendo con el Art. 33. La medida cautelar podrá ser revocada o modificada en cualquier momento, esto con el fin de salvaguardar derechos en caso de una modificación de la situación jurídica que rodea la ley en controversia, con el fin de reconocer que la realidad es mutable y las leyes deben adaptarse a la situación que se afrontan durante la tramitación.*

Se establecen unas excepciones para negar el poder establecer las medidas cautelares, en el Art. 34. Se plantean 3 diferentes motivos para no aplicar la medida cautelar, cuando la medida cautelar no produzca un efecto positivo, y pueda generar efectos negativos, cuando a una situación preexistente este no genere ninguna modificación, y cuando sea imposible volver a la situación anterior objeto de controversia, esto por haber sido consumado o por ser imposible de evitar.

Estas excepciones se plantean para poder generar una seguridad de que la medida cautelar sea aplicada con fundamento suficiente para asegurar que la sentencia pueda ser ejecutable. Se plantean 3 situaciones que son similares, pero también diferentes, cuando no se produzcan nada positivo de la medida cautelar o genere efectos negativos como agravio a la sociedad, cuando si bien no genera efectos negativos o positivos, este no modifica en nada la situación jurídica y cuando sea imposible volver o evitar el problema.

## **3.2. Derecho Comparado**

### **3.2.1. Guatemala**

En este país, el órgano que ejerce el control concentrado es la Corte Constitucional por medio del proceso denominado Acción de Inconstitucionalidad.

#### **3.2.1.1. Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad**

Las disposiciones relativas al Proceso de Inconstitucionalidad las encontramos en el título cuatro “Constitucionalidad de las leyes” en el capítulo cinco “Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General de la ley”. Entre estas disposiciones se encuentran:

*Artículo 114. Jerarquía de las leyes. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.*

Entendiéndose que la inconstitucionalidad es el máximo recurso el cual busca proteger la supremacía constitucional, es así que el legislador estableció dicha supremacía, por lo que todo tribunal debe tener presente que la constitución está sobre toda norma y todo tratado, a excepción de cuando se trata de materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

*Artículo 115. Nulidad de las leyes y disposiciones inconstitucionales. Serán*

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

*Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho.”*

En atención a la interpretación extensiva que debe hacerse de la ley, esta disposición establece la nulidad de pleno derecho de todas aquellas normas violenten, disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos constitucionales, por lo que éstas se re declaran nulas. Esto diferencia el ordenamiento guatemalteco del nuestro, ya que en nuestra legislación no existe la nulidad de pleno derecho tomando en cuenta la figura de la “inconstitucionalidad evidente”; así, en nuestro país, ha sido alegada la figura de la nulidad en el Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley de Integración monetaria, sin embargo la Sala estimó que la nulidad tiene efectos distintos a los del proceso de Inconstitucionalidad y por ello no aplicó esta figura.

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

*Artículo 133. Planteamiento de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad.*

Según el artículo 133 siempre que se trate de normas de carácter general, la

inconstitucionalidad, ya sea por vicio total o parcial, debe ser planteada de forma directa ante la Corte de Constitucionalidad, por lo que de igual forma que en nuestro país, la inconstitucionalidad puede ser sobre una disposición específica o una normativa completa, siendo competente para conocer la Sala de lo Constitucional.

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

*a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente;*

*b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación;*

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

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

*Artículo 135. Requisitos de la solicitud. La petición de inconstitucionalidad se hará por escrito, conteniendo en lo aplicable los requisitos exigidos en toda primera solicitud conforme las leyes procesales comunes, expresando en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación.*

En este artículo encontramos los requisitos de la solicitud, los cuales no varían de cualquier otra pero es necesario que sea alegada de forma clara y razonable, también cabe mencionar que a diferencia de país que se le denomina demanda de inconstitucionalidad en Guatemala se le denomina solicitud.

*Artículo 136. Omisión de requisitos. Si en el memorial de interposición se*

*hubieren omitido requisitos, la Corte de Constitucionalidad ordenará al interponente suplirlos dentro de tercero día.*

A diferencia del sistema salvadoreño en este caso se plantea la prevención en los casos en que se haya omitido alguno de los requisitos necesarios para la presentación de la demanda.

*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 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.*

En este artículo encontramos lo que es la regulación de la medida cautelar de suspensión de la norma impugnada la cual es decretada de oficio, sin formular artículo, y siendo esta suspensión de carácter general; la medida a la que nos referimos es aplicada en Guatemala durante el proceso de inconstitucionalidad y es decretada cuando la inconstitucionalidad en la norma impugnada es notoria y puede causar un daño irreparable o de difícil reparación.

*Artículo 139. Audiencia, vista y resolución. Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso, decretada ésta, se dará audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente, transcurridos los cuales, se*

*haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días. La vista será pública si lo pidiere el interponente o el Ministerio Público. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista.*

La Corte deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad.

La suspensión provisional que se decreta es a discreción del tribunal, haciendo uso de la figura de la “inconstitucionalidad manifiesta”, luego de que se haya decretado o no se da audiencia al Ministerio Público y a cualquier autoridad que la Corte considere necesario.

Una vez que haya sido evacuada o no la audiencia se señalará día y hora para la vista, y la sentencia deberá ser pronunciada dentro de los veinte días siguientes de la realización de la vista. Se establece un plazo para resolver en sentencia definitiva, lo cual, en nuestro sistema no ocurre de esta forma.

Artículo 140. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. *Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.*

En cuanto a los efectos de la sentencia estos son los mismos que en El Salvador, con la diferencia que en Guatemala se establece que las disposiciones declaradas inconstitucionales dejarán de surtir efectos desde el

día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial, por lo cual no necesita de la derogatoria por parte del órgano legislativo.

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

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

### **3.2.2. Perú**

El Órgano que ejerce el control concentrado en Perú es el Tribunal Constitucional a través del Proceso de Inconstitucionalidad.

#### **3.2.2.1. Código Procesal Constitucional (Ley 28237)**

Las regulaciones referidas al proceso de inconstitucionalidad se encuentran en el Título VI Disposiciones Generales de los Procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad, dichas disposiciones son las siguientes:

Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular: *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 hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.*

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.*

En el Título VII Proceso de Acción Popular de la misma ley encontramos los siguientes artículos:

Artículo 94.- Medida Cautelar: *Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma Considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.*

En el Título VIII Proceso de Inconstitucionalidad de la misma ley encontramos los siguientes artículos:

Artículo 105. Improcedencia de medidas cautelares: *En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares.*

### **3.2.3. Ecuador**

#### **3.2.3.1. Constitución Política de la República Ecuador**

Para ejercer la Acción de Inconstitucionalidad de Leyes y Otros Actos Normativos (TC), la Constitución Política de la República Ecuador en su artículo 276 numeral 1 establece la competencia que tiene el Tribunal Constitucional para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de fondo o de forma que se presente sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes,

decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de las instituciones del estado, y suspender total o parcialmente sus efectos, según el art. 12 numeral 1 de la Ley del Control Constitucional.

El artículo 277 de la Constitución Política y la Ley del Control Constitucional en sus artículos 18 al 22 establecen los requerimientos de legitimación activa para interponer la demanda de inconstitucionalidad de leyes y otras normas jurídicas, así como también normas de procedimiento.

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

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

### **3.2.3.2. Ley de Control Constitucional**

Las normas de los artículos 18 y 1 de la Ley de control Constitucional y el

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

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

### **3.2.3.3. Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional**

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

demanda cumpliendo todos los requisitos previstos en el presente Reglamento".

De ahí la importancia de que las alegaciones de inconstitucionalidad de la o las normas impugnadas, se encuentre bien fundamentadas. Luego del sorteo las causas se remiten a la secretaría de la Sala correspondiente; en el caso de acciones de inconstitucionalidad por el número 1 del artículo 276 de la Constitución, el trámite se encuentra previsto en el artículo 10 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional. La convocatoria a la Audiencia de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Control Constitucional, tercer inciso, cuando una de las partes solicite audiencia el Tribunal podrá convocar siendo ésta una facultad discrecional; igualmente el artículo 61 del Reglamento de trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional establece que cuando lo solicite una de las partes el Tribunal puede convocar a audiencia. Asimismo, el Tribunal puede convocar a las partes o a expertos en determinadas materias para realizar sesiones de trabajo; esto lo ha hecho en casos en que, por la materia de las normas en análisis, se requiere el estudio de las mismas con nociones más especializadas. En el caso de que el Tribunal haya convocado a audiencia o a las sesiones mencionadas, el término para dictar la correspondiente resolución se contará a partir de haberse realizado cualquiera de las dos.

El Tribunal Constitucional dictará la Resolución dentro de treinta días hábiles a partir de la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda o de aquella fijada para la audiencia pública. En algunos casos en que se proponen demandas contra leyes completas o contra varios artículos de leyes de gran extensión, este término puede resultar corto, pues el análisis de la constitucionalidad de las normas impugnadas requiere muchas veces un estudio más profundo de las propias normas antes de realizar en contraste de

las normas impugnadas con las normas de la Constitución supuestamente violadas. Una vez dictada la resolución, ésta debe ser publicada en el Registro Oficial según el artículo 278 de la Constitución que establece: *"La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno"*.

Esta publicación es necesaria para que la declaratoria de inconstitucionalidad produzca sus efectos de carácter anulatorio de las normas declaradas inconstitucionales, de manera que dichas normas dejen de formar parte del ordenamiento jurídico. La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad se prevé por razones de seguridad jurídica, de manera que dicha declaratoria puede ser invocada y aplicada a partir del momento en que empieza a regir. Las situaciones jurídicas creadas por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales con anterioridad a dicha declaratoria, no cambian por efectos de la misma; sin embargo, esto que puede parecer perjudicial para quienes sufrieron las consecuencias de la aplicación de normas que violaban la Constitución, se ha establecido para evitar el caos jurídico que podría presentarse al tener que rever cada una de esas situaciones y, en cambio, beneficiará a toda la sociedad evitando que se sigan aplicando normas que contradicen la Ley Fundamental del Estado.

## **CAPITULO IV**

### **COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

En los apartados que anteceden se han desarrollado todas las generalidades que refieren a todas las partes que componen el tema en específico, y es en el presente capítulo que corresponde hacer un análisis sobre el aspecto central del asunto, por lo que en este apartado se lleva a cabo el análisis y desarrollo de las competencias y limitaciones de los órganos de estado, como a analizar el alcance de la interpretación jurídica hecha por la Sala de lo Constitucional la cual es el fundamento para que esta pueda decretar medidas cautelares en los procesos de inconstitucional, esto con el fin de poder dar un enfoque respecto al porque es necesario que exista regulación expresa para que una medida cautelar pueda ser aplicada en el proceso de inconstitucionalidad, desarrollando de esta manera algunos de los casos más emblemáticos en los cuales ha sido decretada una medida cautelar en materia constitucional.

#### **4. Competencia de Órganos del Estado**

La independencia del ejercicio de los poderes públicos otorgados a los órganos de gobierno, están dentro de sus respectivas competencias y atribuciones establecidas por la Constitución y las leyes, y en ningún caso los funcionarios públicos pueden extralimitarse a las facultades ya preestablecidas por la ley.

Estas funciones establecidas por la Constitución vigente le otorgan a cada órgano de gobierno objetivos específicos para el correcto funcionamiento del estado, y estas no pueden ser delegables o auto atribuibles por otro órgano, ya que de lo contrario el Estado se encontraría en una concentración de poderes o funciones contrarias a la esencia democrática de nuestro órgano jurídico y político establecido en la Constitución. Es decir, las funciones de cada órgano constituyen una forma de límite del poder delegado por el pueblo a través del constituyente, y al poner el límite bajo el ordenamiento jurídico, se evita de manera segura el poder delegar o atribuir funciones de otros órganos, consecuentemente previene cualquier tipo de arbitrariedades de los funcionarios públicos contra particulares o contra el mismo Estado de Derecho.

Los principios y normas fundamentales que se han establecido por ejemplo para los diputados es la de legislar, por consecuente ellos no están facultados para juzgar o hacer ejecutar lo juzgado tal y como lo establece el artículo 172 de la Constitución.

Tal es el caso de la inconstitucionalidad del nombramiento de la comisión especial para la investigación de a) la resolución proveída por la Corte Plena, en el caso del suplicatorio librado por un Juez de instrucción, en la investigación de secuestros imputados a miembros de la Fracción que ahora integra el principal partido de izquierda, b) Que además se le faculte para investigar las implicaciones de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia, que hayan puesto en grave riesgo la institucionalidad del estado, la seguridad jurídica y el fortalecimiento del estado de derecho y c) Que también investigue si los fallos de la Corte Suprema de Justicia, a partir de su elección, han sido o son motivados por intereses particulares de cualquier tipo, de los magistrados del máximo tribunal, para el estudio de las implicaciones al estado de derecho<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Sentencia de Amparo, Referencia: 16-98 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la

Esta función es atribuible únicamente al Órgano judicial, puesto que por mandato constitucional únicamente este órgano puede realizar juzgamiento y a contrario sensum el órgano judicial no tiene la potestad de invadir funciones de otros órganos como las de decretar leyes, ni modificarlas a conveniencia.

Este principio de separación e independencia de poderes, que inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; esta, regulada en su artículo 16, que establece: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución". Para el escritor Montesquieu: "todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales o de nobles o del pueblo, ejerciera estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes y las diferencias entre los particulares".<sup>82</sup>

Para el estudio de las competencias de los órganos debe ser vista la ley en sentido formal siendo esta: "aquellas disposiciones creadoras de situaciones jurídicas, abstractas y que regulan situaciones generales con carácter unilateral, coercitivo y obligatorio, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha sido categórica respecto de la posibilidad del control constitucional a través del proceso de inconstitucionalidad de tales actos".

En las resoluciones de inconstitucionalidad pronunciadas por la Sala de lo constitucional vienen a suprimir, o modificar las leyes creadoras de situaciones jurídicas, es por eso, que cuando se admite el proceso respecto de disposiciones emitidas por decreto legislativo, se limita la disposición en específico o puede limitarse la ley, el reglamento o el decreto que contenga la disposición en carácter general, impersonal y abstracto.

---

Corte Suprema de Justicia, 1998).

<sup>82</sup> *Ibíd.* 70.

El ámbito de aplicación del proceso de inconstitucionalidad y accesoriamente de la medida cautelar son: “todas las disposiciones emitidas en forma de decreto, o él se limita a la ley, al reglamento y a los decretos que contengan disposiciones o decisiones de carácter general, impersonal y abstracto”.

La solución restrictiva últimamente enunciada es la que parece más conforme con la técnica jurídica y con la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad; pero se estima que no debe dejar de considerarse la posibilidad de que alguna de las actuaciones administrativas que impropiamente se formalizan como decretos puedan adolecer de vicios o defectos de inconstitucionalidad, cuyas consecuencias para el orden jurídico deben ser evitadas o corregidas, consideramos necesario replantear el análisis sobre los alcances del control en el proceso de inconstitucionalidad, pues permitir instrumentos de manera irregular con base a preceptos constitucionales, sin la debida adecuación y/o aclaración, permitirían la existencia de actuaciones violentarías por parte de los juzgadores.

Si no se realiza un examen de compatibilidad intra-constitucional, se estaría, sin lugar a dudas, frente a un ordenamiento jurídico sin control constitucional, desnaturalizándose así el fin del proceso de inconstitucionalidad que es la de salvaguardar los valores y principios de la constitución.

El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución, pues precisamente la finalidad del control es hacer efectivo el principio de limitación del poder. En tal sentido, el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad no debe restringirse a reglas de carácter general y abstracto producidas por los órganos legisferantes, sino que debe ampliarse y hacerse extensivo a actos concretos que se realizan en aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional, esto es, aquellas actuaciones que se

exteriorizan a través de 'leyes en sentido formal', en cumplimiento de un mandato expreso y directo de la Constitución. Y es que, si se trata de un acto concreto cuyo único fundamento normativo es la Constitución, el ejercicio de la atribución y competencia en la producción de dicho acto, sólo tiene como parámetro de control los límites -formales, materiales o genérico-valorativos- que establece la Constitución de la República".<sup>83</sup>

Corresponde a la Sala de lo constitucional por mandato de la constitución conocer de todas las demandas de inconstitucionalidad que se originen de actos jurídicos de cualquier ley, tratado, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc., con el fin de ser guardianes de la constitución y asegura la supremacía de los preceptos constitucionales cumpliendo el principio del artículo 246 inc. 2 de la Constitución.

Para verificar el eficaz cumplimiento de los principios relativos al Estado Constitucional de Derecho, se deben analizar tres elementos esenciales que son la institucionalidad del Estado y la seguridad jurídica; el principio de separación e independencia de poderes; y los límites constitucionales a los controles interrogatorios ejercidos por la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia.<sup>84</sup>

#### **4.1. Institucionalidad del Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica**

Es postulado del Estado Constitucional de Derecho la garantía de los bienes jurídicos constitucionalmente consagrados; en consecuencia, es necesario delimitar sucintamente el contenido de la institucionalidad del Estado y la seguridad jurídica, como instrumentos al servicio de tal garantía.

---

<sup>83</sup> *Ibíd.* 100.

<sup>84</sup> Manuel Alberto Restrepo Medina, *Perspectiva Constitucional Sobre La Tutela Cautelar Judicial*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 34.

El artículo 1 inc. 1° de la Constitución declara que El Salvador “está organizado por la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”, por lo tanto, estos valores reconocidos por la Ley Suprema establecen la obligación del estado de propiciar una seguridad jurídica para todos sus habitantes.

El art. 2 inc 1° Cn. reconoce como uno de los derechos fundamentales de la persona, la seguridad jurídica. Puede afirmarse entonces que la seguridad jurídica presenta dos dimensiones: una objetiva y una subjetiva.

Para la primera dimensión la Sala de lo constitucional denomina certeza jurídica a la posibilidad “que los destinatarios del Derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”<sup>85</sup>.

En su dimensión objetiva, la seguridad jurídica implica la garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico: seguridad estructural; también la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios, así como la regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación: seguridad funcional; mientras que, en su dimensión subjetiva -también denominada certeza jurídica-, implica la posibilidad "que los destinatarios del Derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad".<sup>86</sup>

Al crearse una norma debe estudiarse las implicaciones que estas llevan a la institucionalidad del Estado, analizarse desde una dimensión objetiva de la

---

<sup>85</sup> *Ibíd.* 34

<sup>86</sup> Antonio-Enrique Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*, 2ª ed. (Barcelona: Editorial Ariel, 1994), 134.

seguridad jurídica, las afectaciones al normal funcionamiento de las instituciones del Estado, órganos del gobierno y a los entes públicos; debe observarse que la seguridad estructural y la seguridad funcional pueden verse alterados y conllevar a una valoración de la seguridad jurídica que deriva de la necesidad que tienen las instituciones de cumplir competencias hechas por la Constitución y las leyes, debiendo así evitarse que haya una interferencia a las atribuciones y competencias que tiene un órgano o ente público, con otras instituciones del estado, es decir, que las actuaciones que están reguladas en el sentido funcional de la norma preestablecidas no invadan competencias de otras instituciones o busquen entorpecer su funcionalidad.

#### **4.1.1. Separación e Independencia de Poderes**

La separación de poderes entre los órganos del estado es señalado por la doctrina constitucional como la diversidad en los detalles, pero como una unidad *quid novi*<sup>87</sup>, indicando puntos esenciales y rasgos del Estado Constitucional de Derecho: a) la supremacía constitucional por sobre todas las normas, tratados, reglamentos, resoluciones, etc., b) la sujeción de los poderes públicos a la ley, o limitante de las actuaciones de los funcionarios frente a la norma, c) división de poderes del estado, d) reconocimiento de los derechos fundamentales, siendo una articulación de causas idóneos para garantizar la vigencia efectiva de estos.

La separación de poderes es el principio por el cual las diferentes funciones del estado son ejercidas por distintas instituciones que si bien pueden trabajar conjuntamente para un mejor manejo de los recursos del estado o para colaboración sistemática de las necesidades de cada institución, esta pretende

---

<sup>87</sup> *Ibíd.* 87. Es una expresión latina que significa “nada nuevo” o “nada de nuevo”.

en esencia establecer un sistema moderado y controlado de poderes, a través de la distribución y coordinación de las competencias, de manera que busca garantizar que una necesidad deba ser enfocada y cumplida por una institución, y concentrar esfuerzo y recursos para satisfacer una necesidad de la sociedad exigida por la constitución.

La división de poderes, busca que los que ejercen el poder fueran independientes en el desempeño de las funciones que se les han asignado, es decir, en el ejercicio del poder atribuido a ellos.<sup>88</sup>

La independencia de poderes implica que tales funciones establecidas por el sistema no pueden ser atribuibles a otras instituciones, ni de manera de delegación ni por auto atribución, es decir que cada institución debe respetar sus propias competencias y la competencia de otros, con el fin de evitar un entorpecimiento de las actuaciones del estado, como podría ser una doble resolución administrativa con resultados contradictorios, o un bloqueo institucional.<sup>89</sup>

#### **4.2. Límites Constitucionales a los Controles Inter Orgánicos ejercidos por la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional**

El tema de la organización o estructura del Estado conforme a la Constitución nos obliga hacer una referencia a los aspectos fundamentales de la función organizativa de la Constitución.

Sobre la función organizadora que establece la Constitución, es determinante

---

<sup>88</sup> *Ibíd.* 129.

<sup>89</sup> José María Casal Montbrum, *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*, (Lima: Universidad Católica Andrés, 2007), 309.

verla desde una teoría general del estado, ya que la Constitución contiene, por regla general, las normas jurídicas que caracterizan los órganos supremos del Estado, establecen la forma de crearlos, sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, además de la posición fundamental del individuo respecto al poder estatal.

La Constitución funda competencias, creando de esta manera poder estatal conforme a Derecho con el alcance del respectivo mandato.

Tales nociones generan una directriz de ideas del rol de la constitución en la competencia y limitantes de las competencias de los órganos del estado, ordenando a los distintos destinatarios del poder que se permita una complementariedad entre ellos, y que exista responsabilidad, control y limitación de los poderes en la toma de decisiones de las diferentes instituciones del estado, en este tema en concreto tiene la función de pesos y contra pesos entre la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional.

Puede afirmarse que la Constitución, al momento de atribuir competencias entre estos dos entes para lo que fueron creados, estableció la obligación de ejercicio conjunto de una voluntad estatal, limitar uno del otro el ejercicio del poder, puesto que lo que busca evitarse es la acumulación de poder político e institucional.

Esta dinámica permite que la interacción del proceso político se desarrolle a través un control inter orgánico, mediante limitaciones del poder de uno y en caso de extra limitaciones el poder hacer exigible la restitución del orden constitucional generado por esta violación a las competencias; mediante las resoluciones de la Sala de lo Constitucional estas pueden ordenar a la

Asamblea Legislativa que legisle sobre puntos que han hecho omisión, o abstenerse de modificar artículos por ser atentatorios contra el orden constitucional.

Existen dos tipos de controles: las que tienen la función de controlar las funciones entre los diversos órganos del estado con el fin de cooperar entre sí para la correcta gestión estatal, denominado control Inter orgánico, y la que opera dentro de la misma organización de un solo órgano del estado.

El primero es señalado como la colaboración de tales órganos, lo cual ocurre en aquellos casos en que los detentadores del poder están de tal manera acoplados constitucionalmente que sólo actuando en conjunto podrán llevar a cabo determinadas tareas"<sup>90</sup> en este caso, los facultados con el poder tendrán que compartir constitucionalmente el ejercicio de la función, con lo cual se controlarán mutuamente.

La intervención constitucionalmente autorizada, es la que por autorización de la constitución uno de los órganos tiene el poder para intervenir discrecionalmente en las actividades de otro órgano facultado, con el fin de que el primero pueda ejercer control sobre las actuaciones del segundo, siendo facultado para dar una resolución que pueda afirmar que las actuaciones son correctas o incorrectas y que en caso de ser erróneas deben tomarse acciones para redimir el error.

En los mecanismos de control Inter orgánicos intervencionista se encuentra el control que tiene la Asamblea Legislativa sobre los demás órganos del Estado.

---

<sup>90</sup> *Ibíd.* 19.

Estos controles de la Asamblea tienen como objeto el análisis de las actuaciones de los otros órganos e instituciones dependientes de los órganos, buscando que se esté respetando la constitución; no obstante, este control permite la intervención a otro órgano. Debe respetarse la asignación de competencias de los órganos controlados, en la forma en que fue asignada y distribuida por la Constitución.

En la actualidad los órganos del Estado han generado un dinamismo que permite mayor control entre ellos, generando nuevas formas de mecanismos de control, tal es el caso del Instituto de Acceso a la Información Pública. Pero esta delgada línea de funciones distribuida por la Constitución se puede ver severamente invadida por los mecanismos de control, tal es el caso de la función de la Sala de lo Constitucional al hacer estudios de compatibilidad entre la Constitución y la norma objeto de control, tal control debe realizarse respetando que la Constitución ha facultado a la Asamblea Legislativa como único ente legislador de leyes, y que para que una norma tome vida jurídica debe pasar por el proceso de formación de ley, teniendo iniciativa de ley según el artículo 133 de la Cn. “Los Diputados; el presidente de la República por medio de sus ministros; la Corte Suprema de Justicia en materias relativas al Órgano Judicial, al ejercicio del notariado y de la abogacía, y a la jurisdicción y competencia de los Tribunales; los Concejos Municipales en materia de impuestos municipales; el Parlamento Centroamericano, por medio de los diputados del Estado de El Salvador”.<sup>91</sup>

Una vez aprobado el proyecto de ley y aprobado por el Pleno de la Asamblea Legislativa pasa a ser estudiado por el presidente de la república, y si no encontrare objeción al proyecto hará pública el texto en el diario oficial. Si bien

---

<sup>91</sup> Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

la ley faculta al Órgano judicial con iniciativa de ley, esta es limitada a la competencia de la abogacía y jurisdicción, pero no faculta a la creación de leyes de ningún otro tipo.

### **4.3. Interpretación de la Constitución**

La interpretación constitucional es la actividad identificable en relación al sujeto que la práctica, es decir el tribunal constitucional, por lo que la interpretación constitucional es realizada en nuestro país por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como único tribunal especializado en conocer y resolver los conflictos que se generen en relación del contenido de la Constitución de la Republica.<sup>92</sup>

Habiéndose establecido cuales son las facultades de la Asamblea Legislativa es consecuente analizar el correcto funcionamiento del control que puede ejercer la Sala de lo Constitucional como máximo intérprete de la constitución y en algunos casos como legislador en negativo, habiendo una vinculación entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley secundaria, es por eso que toda actividad judicial comprende un momento creador<sup>93</sup>.

La interpretación constitucional exige métodos especiales, diferente a los utilizados para interpretar las leyes comunes La interpretación de los textos constitucionales es diferente por conlleva a una labor especializada desde el encargado de interpretar, hasta los problemas interpretativos sui generis del texto Constitucional.

---

<sup>92</sup> Francisco Ezquiaga Gabuzas, *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*, (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1987), 30.

<sup>93</sup> *Ibíd.* 189.

Los intérpretes de la constitución mencionan como referencia la existencia de valores que consagra la constitución, siendo estos valores el objeto principal por el que se intenta explicar el significado del texto.

La interpretación no puede verse como el simple silogismo lógico de subsumir conceptos, sino más bien la búsqueda de la respuesta en beneficio de la claridad y la verdad en la aplicación del derecho, tomando como parámetro la razonabilidad como principio rector, y la completa fundamentación de la interpretación para ofrecer una credibilidad en el sistema jurídico, todo encaminado a cumplir la exigencia de un Estado de Derecho garante de la seguridad jurídica.

Esta razonabilidad puede ser vista como la implicación que tiene el estado para limitar o restringir el ejercicio de derechos, pero que debe hacerlo en tal forma que la norma jurídica sea adecuada en todos sus elementos, persiguiendo el fin correcto del proceso. Habiendo una visión subjetiva y objetiva del principio de razonabilidad, valorando o ponderando la regla jurídica adoptada (objetiva) y el fin que persigue (subjetiva), satisfaciendo el sistema jurídico del estado, expresando los valores consagrados en la Constitución.

#### **4.3.1. Métodos de Interpretación de la Constitución**

La Sala de lo Constitucional puede realizar interpretaciones con diferentes métodos, que es importante distinguirlos y diferenciarlos, si se estudia la forma en que el tribunal realiza su interpretación, los métodos utilizados corresponden a los siguientes: a) método de interpretación gramatical o literal, b) método de interpretación histórico, c) método de interpretación sistemático.

#### **4.3.1.1. Método de Interpretación Gramatical o Literal**

Este método tiene como finalidad el estudio sistemático de las palabras mediante las cuales comunica el pensamiento del legislador. Este método atiende exclusivamente al texto de la norma, es decir se busca que la voluntad del legislador se encuentre correctamente empleado<sup>94</sup>.

En relación a este método nuestra legislación secundaria hace referencia que en cuanto a la interpretación de la ley se debe entender según su sentido literal.<sup>95</sup>

#### **4.3.1.2. Método de Interpretación Histórico**

El método histórico pretende averiguar los propósitos por los que se creó la norma en estudio, debido a que se debe estudiar el pasado ya que una norma no se puede desligar de sus precedentes históricos, por ello para una mejor comprensión del sentido de esta se debe analizar las razones de la creación de la norma objeto de interpretación.

La interpretación histórica para que sea progresiva se debe atender a la condición y necesidad del momento en el que se sancionó la norma constitucional<sup>96</sup>. Con este método se logra conocer su sentido para fijar su alcance sin que esto produzca un cambio a los propósitos de creación de dicha norma.

---

<sup>94</sup> Eloy Emiliano Suarez, *Introducción al Derecho*, (Santa Fe: Centro de Publicaciones Secretaria de Extensión Universidad Nacional del Litoral, 2002), 196.

<sup>95</sup> Código Civil (San Salvador: Cámara de Diputados, 1859), artículo 19.

<sup>96</sup> Roberto Flores, *Interpretación Constitucional*, (Buenos Aires: Ediar S.A, Editora Comercial Industrial Y Financiera, 2000), 41.

#### **4.4. Interpretación de la Sala de lo Constitucional para la incorporación de la Medida Cautelar**

La Sala de lo Constitucional considero primero que la Ley de procedimientos constitucionales no podía cumplir en la práctica las necesidades para la correcta aplicación del control constitucional, siendo esta un medio procesal positivo pero no el único para innovar en materia procesal, y es que la SC ha afirmado que tienen capacidad de innovación y autonomía procesal<sup>97</sup> para poder suplir lagunas existentes y la acomodación de los procesos mediante la aplicación directa de la Constitución<sup>98</sup>, pero esto no implica la alteración o anulación de las competencias que por Constitución le corresponden.

Este desarrollo y complementación de la regulación procesal constitucional como un principio general del Derecho Constitucional material, implica un estudio de las atribuciones que tiene el máximo tribunal en materia constitucional puesto que genera un quebrantamiento de las nociones tradicionales del derecho positivo, seguridad jurídica, principio de legalidad y del debido proceso.

Las providencias cautelares innominadas en materia constitucional han sido poco a poco introducidas en diferentes procesos constitucionales, inicialmente aplicados en los habeas corpus, posteriormente a los amparos, llegando a los procesos de inconstitucionalidad de leyes transitorias<sup>99</sup>, y es finalizando en los últimos años que para la correcta protección de la constitución es indispensable tener los instrumentos idóneos para asegurar que la sentencia final pueda

---

<sup>97</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 5- 2018 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2018).

<sup>98</sup> *Ibíd.* 89

<sup>99</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 4- 2003 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2003).

surtir efectividad posterior.

La L. Pr. Cn, cuenta con más de media década de vigencia, su regulación anticuada no cumple con los elementos necesarios para poder dar una justicia constitucional moderna.

La Sala argumento la exigencia y existencia de la medida cautelar fundamentada en el art. 172 Cn que manda a poder juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto obliga a que las decisiones judiciales sean efectiva por mandato Constitucional, debiendo remover cualquier ley o situaciones que puedan obstaculizar el proceso y la ejecución de la sentencia, invocando los criterios de potestad cautelar que tienen los tribunales jurisdiccionales, para emitir un pronunciamiento sobre la relación que tiene el proceso de inconstitucionalidad y la innovación que implica la medida cautelar como instrumento del proceso a pesar de no estar prevista en una ley, con la finalidad de que el pronunciamiento del juez constitucional no sea inoperante en la realidad. Sin embargo, la innovación del proceso no exenta a la Sala de algún tipo de control o critica a la forma de operación de la incorporación de la medida cautelar en la vida jurídica en nuestra legislación.

#### **4.5. Valoración del Cumplimiento al Principio de Legalidad y Separación de Poderes entre la Sala de lo Constitucional y la Asamblea Legislativa**

La configuración constitucional es tradicionalmente de ley escrita, es decir que los procesos están enmarcados en cumplir la ley que ha pasado por el proceso de formación de ley, y es que el artículo 86 establece el principio de legalidad que deben cumplir todos los funcionarios, habitantes e instituciones que pertenecen a la Republica de El Salvador, y si bien la jurisprudencia puede generar interpretaciones que pueden modificar el sentido del texto, esto no es

una técnica legislativa directa, y es el legislador por mandato constitucional el que debe regular la forma en que operan las leyes secundarias.

Esta separación de poderes se ve afectada con la forma de resolver de la Sala de lo Constitucional al no poder tener un panorama correcto de la forma en que debe funcionar la Asamblea Legislativa, a quien si bien la Sala funciona como una contraloría de esta, el exceso de concentración de poder decisivo genera un desbalance entre los órganos del estado, y es que la Asamblea legislativa no aplica ninguna contraloría frente a la Sala de lo Constitucional, teniendo este una total libertad para decidir a conveniencia, tal como podemos deducir de la afirmación que esta Sala tiene autonomía procesal hasta cierto grado absoluta al no haber un margen de maniobra más que la de no contradecir la constitución, concepto diferente a la de respetar la constitución.<sup>100</sup>

La Sala de lo Constitucional periodo 2009- 2018 será reconocida como una de las Salas más atrevidas y reconocidas en la comunidad jurídica por haber modernizado criterios e innovador en materia constitucional, pero a la ves puede ser criticada por la justicia constitucional selectiva que en algunos casos puede verse polémica por la falta de argumentación en algunas sentencias. Y es que cuando la SC tomo la decisión de darle un giro al proceso de inconstitucionalidad al incorporar la medida cautelar a pesar de no estar en la L. Pr. Cn. debió ordenar a la Asamblea Legislativa que reconozca la medida cautelar, legislando sobre sus principios, presupuestos, situaciones, etc.

Tal como lo hizo en la Sentencia con referencia 47-2015<sup>101</sup> pronunciada el 18

---

<sup>100</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Acciones Populares e Medidas Cautelares en Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. Un paso en la Consolidación del Estado Social de Derecho*, (Santa Fe: U. Externado de Colombia, 2010), 167.

<sup>101</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 47-2015 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

de junio de 2018 donde ordena a la Asamblea Legislativa legislar sobre la apelación de la resolución de huelga o paro del juez de lo laboral, ya que en el artículo 565 del código de trabajo no admitía recurso alguno, y fue la sala que declaro que para que exista prohibición de apelación esta debe ser fundamentada.

Esta orden de legislar sobre este caso en concreto da un giro a la forma tradicional la cual las Salas resolvían que la Asamblea Legislativa debía legislar, puesto que no es un caso de inconstitucionalidad por omisión sino más bien revertir una norma reconociéndole importancia de tener un recurso.

Esta flexibilidad permisiva que se ha tenido por motivos políticos ha generado una deformación del proceso de inconstitucionalidad, llevando a una incerteza de que una demanda podrá llegar a una sentencia estimatoria correcta o si se verá deformada desarrollando otros puntos diferentes<sup>102</sup> a los solicitados al inicio de la demanda.

Por lo tanto, las reglas previstas por la SC. se ven desfragmentadas en diferentes procesos en los cuales en unos casos ordena a la Asamblea Legislativa legislar sobre un punto, pero en otros casos consideran que la autonomía procesal es suficiente para supletoriamente llenar lagunas del derecho sin ordenar que se legisle sobre la forma, los principios, presupuestos, modificaciones, etc. Conforme a esto es posible desarrollar la regulación del proceso constitucional en el marco de principios generales del Derecho Constitucional, con fines propios del derecho procesal constitucional y con la disposición de variedad de instrumentos que puedan dar seguridad al proceso y a la eficacia de la sentencia. De ser el caso en que la SC auto atribuyéndose

---

<sup>102</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 35-2015 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

facultades que la ley no le ha otorgado estaríamos frente a un gobierno de los jueces. Habría gobierno de los jueces porque la Sala expresaría una voluntad en contra o diferente a de los elegidos por voto popular.

La Sala de lo Constitucional ejerce un control de constitucionalidad y cuando valora que una norma es contraria a la Constitución, la declara inconstitucional, en ella ejerce un rol de legislador en negativo. Pero la sala ha ido más allá, al también ejercer una función de legislador en positivo a través de su jurisprudencia.

Las sentencias de la Sala de lo Constitucional pueden interpretarse como manipulativas, en las que se ha cambiado el sentido de la ley, de manera general o textual, agregando contenido no previsto ni aprobados por el legislador y, en ocasiones le ordena a la Asamblea Legislativa que legisle sobre determinados puntos<sup>103</sup> de cierta manera a pesar de no existir una inconstitucionalidad por omisión.

La sala es creadora de principios de derecho, pues no se limita exclusivamente a aplicar principios taxativos contenidos en la Constitución, no obstante, hay un quebrantamiento cuando al invocar principios nuevos no previstos, un faltante de compatibilidad intra constitucional.

El sistema jurídico Salvadoreño se basa en la voluntad del pueblo expresado a través de la representación directa mediante los diputados en la asamblea legislativa, este conglomerado representativo con lleva las diferentes corrientes de pensamiento, ideologías y representación ciudadana. Es por eso que la constitución otorga poderes en dos momentos diferentes, uno es durante su constitución siendo este el poder constituyente de las normas

---

<sup>103</sup> *Ibíd.* 56.

supremas, delegando facultades y otorgando obligaciones a instituciones y funcionarios, y posteriormente el poder derivado que le otorga a la asamblea legislativa de poder reformar la constitución y crear normas secundarias.

Estos poderes preestablecidos por la constitución devienen de una legitimación democrática al ser acuerdos dados por el ente representativo de la ciudadanía que es la constituyente y la asamblea legislativa; esto conlleva a afirmar que la Sala de lo Constitucional invade facultades de la asamblea legislativa al mediante su jurisprudencia interpretar una ley secundaria basándose en principios constitucionales.

Su finalidad es la de modificar indirectamente una ley secundaria, facultad que no le compete, con el fin de poder ampliar sus facultades jurisdiccionales, pero al mismo tiempo se abstiene de solicitar a la asamblea legislativa legislar sobre el tema, dando a entender una necesidad de modificar sus propios procedimientos para un mejor control de la constitución pero sin ser limitado por otro órgano evitando así la contraloría que ejercen los órganos entre sí, dejando un vacío entre el poder que tiene un órgano frente a otros, siendo la Sala de lo Constitucional como el máximo tribunal interprete de la constitución sin poder ser controlado o limitado por otro órgano.

#### **4.6. Casos Emblemáticos en los cuales se ha decretado Medidas Cautelares en los Procesos de Inconstitucionalidad en El Salvador**

##### **4.6.1. Inconstitucionalidad con referencia 77-2013 acumulado al 97-2013 sobre la elección del Licenciado José Salomón Padilla como Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia**

El objeto de control es el 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.

Dicho proceso de inconstitucionalidad fue iniciado con el objetivo de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo n° 101, de 21-VIII-2012, publicado en el Diario Oficial n° 155, tomo n° 396, de 23-VIII-2012 (en lo que sigue: "DL n° 101/2012"), por el que se eligió al abogado José Salomón Padilla como Presidente de la Corte Suprema de Justicia (en adelante: "CSJ"). Según tales demandas, el Decreto Legislativo impugnado contraviene los arts. 85 inc. 1° y 176 de la Constitución (en lo que sigue: "Cn.").

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo 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 17-VII-2009, mediante el cual fueron elegidos como Magistrados de la CSJ, quienes conocieron precisamente las demandas presentadas ante esta Sala en contra de la elección del Magistrado Presidente de la CSJ José Salomón Padilla.

De esto se interpretó que la promoción del proceso paralelo ante la Sala CA estaba orientada en la práctica a impedir el enjuiciamiento en sede constitucional de la elección del Magistrado Presidente José Salomón Padilla, mediante la separación de quienes habían admitido la demanda. Dado que ello constituye una intromisión indebida por parte de dicho tribunal y una forma inequívoca de poner en peligro la eficacia de una eventual sentencia estimatoria de los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados, se consideró necesario y procedente, como medida cautelar de dichos procesos, "ordenar a la Sala CA 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.”

#### **4.6.2. Inconstitucionalidad con referencia 146-2014 sobre las reformas a la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen y Destinación Ilícita (LEDAB)**

El objeto de control se basa en los arts. 3, 6 inc. 2º, 9, 28 inc. 4º, 85 inc. 1º y 98 inc. 2º de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen y Destinación Ilícita, emitida mediante Decreto Legislativo nº 534 (LEDAB).

Proceso de inconstitucionalidad con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad, por vicio de contenido, de los arts. 3, 6 inc. 2º, 9, 28 inc. 4º, 85 inc. 1º y 98 inc. 2º de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen y Destinación Ilícita, emitida mediante Decreto Legislativo nº 534 (LEDAB), de 7-XI-2013, publicado en el Diario Oficial nº 223, tomo 401, correspondiente al 28-XI-2013, por la supuesta vulneración a los arts. 1 inc. 1º, 2, 21 y 172 inc. 1º Cn.

Durante el trámite, se han producido las circunstancias siguientes: (i) por auto de 20-VI-2016, se admitió la demanda, sobre algunas disposiciones, y se declaró improcedente por otras, en la cual además, se requirió a la Asamblea Legislativa que rindiera informe y se corrió traslado al Fiscal General de la República, por lo que este proceso está en la etapa de emitir sentencia; (ii) se aprobaron y sancionaron varias reformas a la LEDAB por Decreto Legislativo

nº 734, de 18VII-2017, publicadas en el Diario Oficial nº 137, tomo 416, correspondiente al 24-VII-2017 (en lo sucesivo: “D. L. nº 734/2017”).

Es por ello que, el objeto de control en dicho proceso fue modificado, las reformas alteran el objeto de control en el sentido que en muchos casos establecen regulaciones opuestas a las que se encontraban vigentes en el momento de la formulación de la pretensión de inconstitucionalidad. Respecto a esto dicho tribunal establece en la misma resolución que “este tribunal tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad de reformas legales que modifican o alteran el objeto de control en procesos constitucionales que, como el presente, están pendientes de emitir sentencia, siempre y cuando se advierta, a partir de las circunstancias concretas del caso, que existe el riesgo de un fraude a la Constitución”.

En este caso el tribunal constitucional señala que “el principal insumo argumental para afirmar la existencia de un posible fraude a la Constitución deriva de la patente contradicción de las posturas institucionales que la Asamblea Legislativa ha sostenido al aprobar la LEDAB, al defender en este proceso la constitucionalidad de dicha ley, y al adoptar las reformas a la misma”.

De acuerdo a la Sala de lo Constitucional, si bien la incoherencia institucional de la Asamblea Legislativa no es una razón suficiente para invalidar las reformas a la LEDAB, sí puede ser considerada como un indicio de fraude a la Constitución. La razón es que, en principio, se afirma que se ejerce la competencia atribuida por la Constitución para perseguir la adquisición o destinación ilícita de los bienes, pero luego se debilitan o anulan las herramientas legales de las que puede disponer tanto la FGR como los tribunales competentes para combatir el crimen organizado y la corrupción.

Por lo tanto, al cumplirse los presupuestos para la aplicación de una medida cautelar, la Sala de lo Constitucional, decreta medida cautelar en el sentido que “se suspende inmediatamente la entrada en vigencia del Decreto Legislativo nº 734, de 18-VII-2017, publicado en el Diario Oficial nº 137, tomo 416, correspondiente al 24-VII-2017, por medio del cual se efectúan reformas a la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen y Destinación Ilícita, debido a que tales reformas podrían vulnerar los artículos 1, 2, 3, 22, 103 inc. 1º, 172, 193 ords. 1º y 2º de la Constitución”.

#### **4.6.3. Inconstitucionalidad con referencia 37-2015 sobre la resolución del Director General de Tránsito del Viceministerio de Transporte mediante la cual se creó el SITRAMSS**

Demanda interpuesta por vicios de contenido, del art. 5 números 1, 2, 3, 4, 5, 8, 23, 25, 27, 42, 43, 44, 45, 48, 49 y 57; art. 11 números 10 y 12; art. 74; art. 75 número 1 letra g), y número 2 letras a), b) y g), e incisos segundo y final; art. 77 inciso final; art. 79 inciso final; y art. 156 inciso final, todos del Reglamento General de Transporte Terrestre, por la supuesta vulneración a los arts. 1 inc. 1º, 3 inc. 1º, 86 inc. 1º, 120, 131 ord. 5º y 246 inc. 1º de la Constitución.

El proceso de inconstitucionalidad fue iniciado con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 5 números 1, 2, 3, 4, 5, 8, 23, 25, 27, 42, 43, 44, 45, 48, 49 y 57; art. 11 números 10 y 12; art. 74; art. 75 número 1 letra g), y número 2 letras a), b) y g), e incisos segundo y final; art. 77 inciso final; art. 79 inciso final; y art. 156 inciso final, todos del Reglamento General de Transporte Terrestre, por el que se creó la exclusividad del carril segregado para uso del SITRAMSS, dichas disposiciones se establecen y definen, vía reglamentaria, elementos de la infraestructura del SITRAMSS –financiada con

recursos estatales—, en específico los andenes, los carriles segregados exclusivos y/o preferenciales, las estaciones de trasbordo y las terminales de integración.

Dichas disposiciones vulneran el principio de reserva de ley, por cuanto atribuyen competencias no contempladas en la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LTTTSV), al poner infraestructura estatal al servicio de un tercero autorizado para su provecho y explotación por medio de la circulación de buses articulados o padrones, es decir sin tener el título habilitante de la concesión que se requiere para ello conforme el art. 120 Cn., cuyo otorgamiento corresponde a la Asamblea Legislativa, lo que a su vez implica una vulneración del art. 246 inc. 1° Cn., pues “ni siquiera la ley formal puede alterar las obligaciones contenidas en la Constitución, mucho menos una ley infra constitucional”.

Los carriles segregados se ubican en una de las principales arterias vehiculares de entrada y salida de la ciudad capital, lo cual dificulta aún más el tránsito de la mayoría de los usuarios. Además, un segmento de dichos carriles segregados se ubica en las cercanías de varias instituciones del Estado de mucha afluencia pública, por lo que su acceso también resulta más dificultoso debido a la segregación y restricción del uso de los carriles en mención. Por tanto, en las condiciones actuales, la segregación de carriles de vías de gran afluencia y envergadura para el tránsito metropolitano, y la regulación restrictiva implementada para su uso, impide y dificulta sustancialmente la circulación de todas las personas que requieran transitar por dicho sector en otro tipo de vehículos diferentes al SITRAMSS.

De manera que la segregación y restricción del uso de dicho carril implica un gravamen continuo sobre la libertad de circulación del conglomerado aludido

junto con todos los otros intereses públicos vinculados con dicha circulación, al que, sin haberse comprobado la existencia de un acto habilitante, se le ha despojado del uso común, racional y equitativo de esa vía pública.

En el otro extremo de esta situación se halla el SITRAMSS, que se ha implementado con el objeto de superar o al menos minimizar las deficiencias del servicio de transporte público de pasajeros en un sector de la zona metropolitana y cuyo funcionamiento se alega que requiere de la existencia y regulación restrictiva del uso del carril segregado. Sin embargo, se ha verificado que el SITRAMSS no solo funciona en el tramo en el que hay un carril segregado, sino también en un segmento en el que no se ha alterado el uso ordinario de las calles, es decir, donde no existe tal carril segregado. Entonces, se infiere que dicho sistema de transporte puede funcionar, y de hecho funciona, sin el uso exclusivo del carril segregado.

La Sala adopta una medida cautelar en el presente proceso en el sentido de que, “a partir del día once de mayo del presente año, además de los carriles utilizados de manera regular, se debe habilitar el uso público libre de los carriles segregados para la circulación del SITRAMSS; es decir, que no deben existir restricciones en el desplazamiento vehicular, procurando la fluidez que permita al mayor número de personas, la utilización de tales bienes de uso público”.

Tal situación lleva a una deformación de la política pública encaminada a regular el transporte entre particulares y el transporte público, ya que el SITRAMSS busca ser una alternativa para que la población pueda tener un transporte rápido y seguro y no necesite de la utilización de vehículos particulares para su transporte, ya que la capital se encuentra en un grave problema de sobrepoblación vehicular, llevando a un caos vehicular y

accidentes de tránsito, la suspensión de las restricciones de desplazamiento vehicular conlleva a su uso común convirtiéndolo en una vía insegura ya que sus modificaciones no fueron hechas para que un vehículo pueda ingresar al carril segregado y cambiar de carril a voluntad o cuando necesite hacer un cruce, lo que ha llevado a innumerables accidentes de tránsito y daños a la propiedad del estado (construcciones realizadas para el SITRAMSS).

La falta de restricción en la misma medida cautelar implica que buses de transporte público diferentes al SITRAMSS puedan utilizar el carril segregado. Este uso libre generó más caos vehicular ya que sus unidades no estaban diseñadas para utilizar esta vía exclusiva y no proporcionaba una mejora de las condiciones requeridas para que los usuarios vieran el beneficio de un transporte público seguro, eficiente y ágil, siendo estos la segunda razón por la que se diseñó el proyecto SITRAMSS.

#### **4.6.4. Inconstitucionalidad con referencia 63-2013 sobre la Ley Especial para la Constitución del Fondo para La Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito (LEFONAT)**

Los artículos objeto de control constitucional son: 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.

El fundamento es que el sujeto obligado no obtiene 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 tránsito; de ahí que el sujeto obligado difícilmente recibirá un provecho por el pago de la obligación tributaria. Además, porque la llamada contribución especial en realidad se trata de un impuesto, cuyos hechos generadores no revelan la capacidad económica”.

El efecto de la sentencia es que el Estado no podrá exigir el pago del impuesto declarado inconstitucional en la sentencia, desde el momento en que se adoptó la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la ley por parte de la Sala y que el pago del mencionado impuesto antes de la fecha en que se adoptó la medida cautelar no podrá reclamarse como devolución. Medida cautelar aplicada fue la de suspender los efectos de la Ley Especial para la Constitución del Fondo para la Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito.

#### **4.6.5. Inconstitucionalidad con referencia 19-2016 sobre la elección del Licenciado Ulises Rivas Sánchez y otros como magistrados propietarios y suplentes del Tribunal Supremo Electoral**

Objeto de control constitucional: Decreto Legislativo n° 765 –D. L. 765/2014, de 31-VII-2014, publicado en el Diario Oficial n° 147, tomo 404, de 13-VIII 2014, por vulnerar los arts. 85, 131 ord. 19°, 172 inc. 3° y 208 inc. 1° Cn. en relación con el art. 177 Cn. y 218 Cn. El motivo fue que la Asamblea Legislativa no documentó ni motivó las razones por las cuales estimó que en las personas seleccionadas concurrían los requisitos constitucionales para desempeñarse en tales cargos, tanto los propuestos por los partidos políticos o coaliciones, como aquellos que propone la Corte Suprema de Justicia o "CSJ", lo cual al criterio del demandante vulnera los arts. 131 ord. 19° y 208 inc. 1° Cn., este

último en relación con el art. 177 Cn. Ulises Rivas Sánchez, señaló que era un hecho notorio su afinidad con el actual Presidente y Vicepresidente de la República y con el partido FMLN, publicitado en "prácticamente todos los medios de comunicación".

En relación al alegato anterior, el demandante proporcionó enlaces web de artículos de periódicos en los que se documenta la participación de este funcionario en un acto de proselitismo político a favor del FMLN durante el período de campaña de la elección presidencial de 2014, así como un enlace de un vídeo transmitido por un canal de televisión local, en el que, según el demandante, pedía el voto para la fórmula de candidatos de ese partido.

Medida cautelar aplicada: suspensión provisional en el ejercicio del cargo a Jesús Ulises Rivas Sánchez, como Magistrado Propietario del TSE y Como consecuencia de dicha suspensión, este no podría ejercer ninguna de las atribuciones que conforme a la Constitución y a las leyes corresponde a dicho cargo en el referido ente colegiado.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Como grupo de investigación al culminar el presente trabajo, luego de recolectar información, consultar fuentes bibliográficas, la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y al realizar un propio análisis, se llegó a las conclusiones y recomendaciones del presente capítulo.

### **Conclusiones**

Existe una necesidad real y urgente de regulación expresa sobre la medida cautelar en el proceso de inconstitucionalidad, ya que el único caso contemplado en la Ley de procedimientos constitucionales, es sobre el proceso de amparo, lo cual no es de mucha ayuda por tratarse de un proceso distinto al de inconstitucionalidad; además de tener muchos vacíos en cuanto a los que casos en que debe aplicarse una medida cautelar.

El derecho está en constante evolución, por eso es necesario crear una ley novedosa que subsane todos los vacíos de la ley vigente y que se adapte a la realidad del país; ya que la Ley de Procedimientos Constitucionales es de la década de los 60's y es lamentable que no existan ni siquiera reformas para poder ayudar de alguna manera a resolver la problemática de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

Si bien es cierto que existe un anteproyecto de la ley procesal, al revisarlo minuciosamente nos damos cuenta que no resuelve la problemática; en cuanto

vacíos se trata de las medidas cautelares, ya que las aborda en un aspecto demasiado generalizado, oscuro y confuso, podríamos decir que este anteproyecto se queda corto para lo que en realidad se esperaba para solucionar esta problemática porque no aborda los casos concretos sobre cómo debería aplicarse una medida cautelar, las causales por las cuales prosigue su aplicación y las características de las mismas, lo cual da lugar a que si aplicación se haga de manera incompetente o antojadiza de parte de los Magistrados.

En cuanto a las resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional que sirven como precedente para su introducción en el proceso de inconstitucionalidad, podemos concluir que son vacías e insuficientes, porque aunque intentaron resolver el problema de la falta regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad haciendo un análisis jurisprudencial y haciendo alusión a que es posible su implementación en el proceso anteriormente mencionado, esto de poco o nada sirvió ya que no son abordadas a profundidad y sin hacer una mención detallada sobre las características de estas y siendo necesario que se remita a la doctrina definir las, aparte de mencionar en qué casos es procedente aplicarlas y no establecer un límite para su aplicarlas, lo que podría traer como consecuencia una aplicación errónea o arbitraria.

Finalmente el problema de las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad no puede resolverse mediante la interpretación, sino más bien con la implementación de una nueva ley, novedosa y bien redactada que aborde y resuelva los puntos que no toca la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales y el anteproyecto Ley Procesal Constitucional.

Si bien la Sala ha creado jurisprudencia valiosa para la comunidad jurídica y

para el fortalecimiento de derechos constitucionales y la defensa de la constitución, creo un debilitamiento en la institucionalidad del estado de derecho y una malformación de la norma jurídica constituida en la ley escrita, al generar cambios en la forma en que la separación de poderes se manejaba hasta la actualidad y utilizando nuevas instituciones jurídicas con una aplicación irregular y sin límites, nos encontramos en la situación de que los procesos constitucionales se ven cada vez más sospechosos de la utilización de la justicia para fines políticos.

El fin de este trabajo no es establecer una ilegalidad de las funciones del Tribunal Constitucional, sino de aportar donde pudo la Sala mejorar sus acciones y decisiones, es por lo mismo que a modo de innovar los criterios ya utilizados por la sala, es necesario recomendar que se legisle sobre algunos puntos que ya la Sala ha establecido su existencia legal con su jurisprudencia pero que es necesario establecer en la ley formal para garantizar principios constitucionales y poder tener un control y limitador de las acciones de la Sala.

El abuso de lo que la Sala llama autonomía procesal nos lleva una aplicación forzosa de criterios personales de los juzgadores y tal como lo reconoce la Sala, la Ley de Procedimientos Constitucionales y la Ley Orgánica Judicial no contemplan expresamente el control de omisiones inconstitucionales como un mecanismo que garantiza la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción de la Asamblea Legislativa pero consideran que esto no impide admitir su implementación en el orden jurídico ya que consideran que por derivación directa de la función jurisdiccional constitucional y el carácter normativo de la Constitución es suficiente argumento para la admisión.

Por tanto si bien es de reconocer que el derecho constitucional evoluciona y está en constante carrera con la realidad, es necesario reforzar las normas

jurídicas para que se ajusten a la realidad, pero sin pasar por alto que existe un ordenamiento jurídico que exige formalidades para reconocer en su totalidad mecanismos de control, por tanto la Sala de lo Constitucional debió y debe ordenarle a la Asamblea Legislativa aprobar de forma correcta el anteproyecto de ley procesal constitucional, en donde se reconoce la medida cautelar como un instrumento al servicio de la Constitución aplicable al procedimiento de inconstitucionalidad, y de igual forma regular sus límites, posibles situaciones, presupuestos y un mecanismo de revisión para que sea la Corte en Pleno la que decida si efectivamente la medida cautelar es necesaria y no afecta derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto con el fin de que las decisiones de la Sala de lo Constitucional no puedan ser sesgadas a decisiones improvisadas y con falta de fundamentación.

En este contexto, y con una nueva Sala de lo Constitucional entrando en funciones (2018 – 2027), es indispensable que se tome el cargo con la seriedad que se amerita, con total independencia judicial y respetando la división de poderes, la nueva Sala deberá unificar los criterios que la anterior Sala utilizó en su jurisprudencia, respetando los cambios que en su momento fueron necesarios pero también corrigiendo criterios utilizados que lo que generaban era un debilitamiento de institucionalidad. El establecer plazos, criterios para priorizar casos, y el establecer momentos idóneos para publicar sentencias son unos cuantos de los cambios que serán necesarios para tener una Sala de lo Constitucional independiente y defensora de la Constitución y de la seguridad jurídica.

Es entendible que la sala de lo constitucional haya tenido que hacer uso de la interpretación de la ley para resolver una situación jurídica que en su momento requería hacerse de forma inmediata, pero al hacer una investigación del tema en cuestión, que son las medidas cautelares específicamente en el proceso

de inconstitucionalidad, nos damos cuenta que desde ese momento en el que se dio dicha interpretación hasta la actualidad podría haberse resuelto la problemática de la falta de regulación de las mismas, ya que el tiempo que ha transcurrido no son solo meses sino años en los cuales se ha venido haciendo uso de ellas, nos es que se trate de un caso aislado y único para el cual se tuvo que encontrar la forma de aplicarlas, es entonces que nosotros consideramos que la sala en estos procesos no tendría porque solo hacer uso de dicha interpretación sino que ya tendrían que haber considerado el hacer una recomendación y casi como una exigencia que se haga una reforma a la actual ley de procedimientos constitucionales o que se cree una nueva ley la cual si incorpore la regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad de la misma forma en la cual ya se encuentran reguladas para el proceso de amparo y el proceso de habeas corpus.

La consideración de la necesidad de que exista una base legal expresa a la cual remitirse en este caso también se viene a reafirmar al momento en el que se hace una búsqueda de las resoluciones hechas por la sala respecto a los procesos de inconstitucionalidad en los que se ha aplicado medida cautelar que al momento de establecer la competencia para hacerlo en su mayoría solo hacen referencia a resoluciones pasadas y muchas veces son casos de procesos de amparo o habeas corpus, es muy dificultoso encontrar el principio, la primera o las primeras resoluciones en las que se encuentren las consideraciones del porque la sala es competente y él porque es posible su aplicación, es decir que se hace casi imposible encontrar los precedentes de las mismas.

Como en cualquier tipo de proceso en el cual se hace uso de la garantía de las medidas cautelares sabemos que los presupuestos para la adopción de las mismas son el *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, los cuales siempre es necesario que la sala analice si se cumple con ellos o no pero ya no es

suficiente solo esto sino que mediante una regulación se establezca cuáles son los requisitos que se deben de cumplir para solicitar la medida cautelar en el proceso en cuestión.

La Sala no ha definido ninguna de las características de las medidas cautelares, ya que en los precedentes conocidos solo hace mención de ellas, sin profundizar en qué consisten y cómo es que estas características se manifiestan al aplicar una medida cautelar en el proceso de inconstitucionalidad, lo cual sería de mucha ayuda para que dejen de aplicarse de forma antojadiza o incorrecta.

### **Recomendaciones**

La creación de una nueva Ley que regule de forma suficientemente, clara y concreta la implementación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, para que sean aplicadas debidamente.

La Sala de lo Constitucional debe de auxiliarse de la Asamblea Legislativa para la creación de una nueva Ley que regule las medidas cautelares como una garantía en el Proceso de Inconstitucionalidad.

La actual Sala de lo Constitucional debe de ordenar como última instancia a la Asamblea Legislativa que se realice una reforma a la actual Ley de Procedimientos Constitucionales en lo referente a la aplicación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

La Sala de lo Constitucional emita nuevas resoluciones en caso de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad, para aclarar los puntos oscuros en el presente que es la sentencia del caso FONAT.

Se recomienda que la Sala de lo Constitucional emita una resolución en la cual aclare de qué forma deben manifestarse las características de las medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad.

La actual Sala de lo Constitucional al momento de resolver los incidentes planteados en las demandas de Inconstitucionalidad los motivos en los que se fundamenten estén expuestos de una forma más clara y explicativa ya que estas pueden ser interpuestas por cualquier ciudadano que considere que el contenido de una ley, decreto o reglamento es contrario o incompatible con las disposiciones de la Constitución.

La Asamblea Legislativa debe de asumir sus atribuciones y funciones y atender a la posibles recomendaciones que la Sala de lo Constitucional pudiera hacerle respecto a la creación de una Ley que regule las medidas cautelares en el los procesos de inconstitucionalidad o una posible reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales.

La Sala de lo Constitucional debe respetar los límites que pueda tener al momento de realizar una interpretación para que con esta no se exceda haciendo uso de su poder invadiendo así funciones que le corresponden al Legislador.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

Barona Vilar, Silvia. *El Nuevo Proceso Civil*. Valencia: Tirant to Blanch 2000.

Bertrand Galindo, Francisco y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. San Salvador: Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 1996.

Bidart Campos, German José. *La Interpretación y el Control Constitucionales En La Jurisdicción Constitucional*. Ediar S.A. Editora comercial industrial y financiera, Buenos Aires, 1987.

Calamandrei, Piero. *Introduzione allo studio sistematico de i provvedimenti cautelari*. Bilbao: Editorial Padova, 1939.

Campanile, Gustav. *Procedimiento De Urgencia e Incidente de Legitimación Constitucional*, México: Editorial Porrúa, 1985.

Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

Carrión, Luis Cueva. *Medidas Cautelares Constitucionales*. Quito: Ediciones Cueva Carrión. 2012.

Casal Montbrum, José María. *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*. Lima: Universidad Católica Andrés, 2007.

Cassagne, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares En Contra de la Administración*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007.

Chiovenda, Giuseppe. *Principios del Derecho Procesal Civil*", Madrid: Editorial Reus. 1922.

Corwin, Edward Samuel. *Encyclopedia of the Social Sciences*. Nueva York: The Macmillan Company, 1959.

Couture, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1976.

Cruz Villalón, Pedro. *La Formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

De Carlucci, Aida Kemelmajer. *Algunos aspectos referidos a la Eficacia Del Llamado Proceso Familiar en Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1997.

Ezquiaga Gabuzas, Francisco. *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Los Poderes del Juez Constitucional y las Medidas Cautelares en Controversia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Flores, Roberto. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Ediar S.A, Editora Comercial Industrial y Financiera, 2000.

Font Serra, Eduardo. *Las Medidas Cautelares como Manifestación De La Justicia Preventiva en el Sistema De Medidas Cautelares*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 1974.

Guarderas, Santiago, “*Medidas cautelares en Procesos Constitucionales*”, Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2013.

Hernández Valle, Rubén. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Porrúa, 2006.

Kelsen, Hans. *La Garanzia Giurisdizionale De Ila Costituzione*. México: Editorial Milano, 1923.

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Editorial Heliasta, 1983.

Highton, Elena Inés. *Sistemas Concentrado y Difuso De Control De Constitucionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2003.

López Camacho, José Álvaro. *Las Medidas Cautelares*. San Jose: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2012.

Martínez Botos, Raúl. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1990.

Monrroy Palacios, Juan José. *Bases para Formación de una Teoría Cautelar*. Madrid: Lima Comunidad, 2002.

Montero Aroca, Juan. *Las Medidas Cautelares en Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1988.

Nogueira Alcalá, Humberto. “Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales”, *Revista de Derecho*, n.19 (2003): 25.

Núñez Rivero, Cayetano y otros. *El Estado y la Constitución*. Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, San Salvador.

Núñez Rivero, Cayetano. *Estado y la Constitución, Primera Edición, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea*. San Salvador, 2000.

Obra Colectiva. *Algunos aspectos referidos a la Eficacia Del Llamado Proceso Familiar, en Derecho Procesal*. Temas actuales. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora comercial industrial y financiera, 1997.

Ortells Ramos, Manuel. *Derecho Jurisdiccional*. Valencia: Hermanos Editores, 2000.

Paiz Araujo, Elba Lorena. *Las Medidas Cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad*. Consejo Nacional de la Judicatura: Escuela de capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castillo, 2015.

Pérez Luño Antonio Enrique. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Podetti, Ramiro J. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora Comercial Industrial y Financiera, 1990.

Restrepo Medina, Manuel Alberto. *“Perspectiva Constitucional Sobre La Tutela Cautelar Judicial”*, Bogota: Universidad del Rosario, 2006.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Acciones Populares y Medidas Cautelares en Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos: Un paso en la Consolidación del Estado Social de Derecho*. Santa Fe: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Serra, María Mercedes. *Procesos y Recursos Constitucionales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

Suarez, Eloy Emiliano. *Introducción al Derecho*. Santa Fe: Centro de publicaciones Secretaria de Extensión, Universidad Nacional del Litoral, 2002.

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

Vecina Cifuentes, Javier. *Las Medidas Cautelares En Los Procesos Ante El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 1993.

Vituro, Paula. *Sobre el Origen y el fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Honrad-Adenauer-Shiftug, 2002.

## **LEGISLACION**

Asamblea Constituyente de El Salvador. Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, 1983.

Asamblea Legislativa. Ley de Procedimientos Constitucionales, El Salvador, 1960.

Asamblea Constituyente, Constitución Política de la República Ecuador, 2008.

Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad de Guatemala, 1986.

Asamblea Nacional, Ley de Control Constitucional de Ecuador, 2009.

Asamblea Legislativa, Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, El Salvador, 2002.

Cámara de Diputados. Código Civil de la República de El Salvador. El Salvador, art. 19,1859.

Congreso de la República, Código Procesal Constitucional de Perú (Ley 28237), 2004.

Corte Constitucional, Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional de Ecuador, 2002.

## **JURISPRUDENCIA**

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 37-2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015)

Sala de Lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 13-94 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999)

Sala de Lo Constitucional, Sentencia Inconstitucionalidad, referencia 1- 87 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1987)

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 5-2018  
(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018)

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 4-2003  
(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003)

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 16-98  
(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018)

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 47-  
2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018)

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

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 33-  
2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015)

## **INSTITUCIONAL**

Consejo General del Poder Judicial. *Las Medidas Cautelares, Cuaderno de Derecho Judicial*. Madrid: Mateu Cromo, 1993.

## **REVISTAS**

Arias Grillo, Rodrigo. “La Actividad Cautelar en los Procesos Constitucionales”.  
*Costa Rica: Revista de Ciencias Jurídicas* N° 116, mayo – agosto 2008.

## DICCIONARIOS

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Healiasta, 1979.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992.