

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIO 1993



***“LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE
AMPARO CONTRA LEY EN EL SALVADOR”***

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO
DE:**

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

DE PAZ LEIVA, CECILIA ISABEL

GOMEZ CHAVEZ, CLARA PATRICIA

MONGE CALLES, PATRICIA GUADALUPE

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, NOVIEMBRE DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MAESTRA ANA MARIA GLOVER DE ALVARADO

VICERECTOR ACADEMICO

DOCTORA ANA LETICIA DE AMAYA

SECRETARIA GENERAL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DECANO

DOCTOR DONALDO SOSA PREZA

VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES

SECRETARIO

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

Amp **Amparo.**

CE **Constitución Española.**

CN **Constitución.**

CPrc **Código de Procedimientos Civiles.**

CSJ **Corte Suprema de Justicia.**

LA **Ley de Amparo.**

LJC **Ley de la Jurisdicción Constitucional.**

LJC **Ley de Enjuiciamiento Civil.**

LPC **Ley de Procedimientos Constitucionales.**

Prc **Procedimientos Civiles.**

SC **Sala de lo Constitucional.**

STC **Sentencia del Tribunal Constitucional.**

STCE **Sentencia del Tribunal Constitucional Español.**

Vgr **Verbigracia.**

INDICE.

INTRODUCCION.....	IV
-------------------	----

CAPITULO UNO

EVOLUCION HISTORICA DE LA TUTELA CAUTELAR.

1.1. PREFACIO.....	1
1.1.1 Períodos Históricos De La Regulación De La Tutela Cautelar.....	2
1.2.1 Delimitación Conceptual.....	3
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO SUSTANTIVO.....	4
1.2.1 Antecedentes Históricos De Las Medidas Cautelares En El Derecho Privado.....	11
1.2.2 Antecedentes Históricos De La Tutela Cautelar En El Proceso De Amparo Mexicano.....	17
1.2.3 Antecedentes Históricos De Las Medidas Cautelares En El Proceso De Amparo De Argentina.....	21
1.2.4 Antecedentes Históricos De Las Medidas Cautelares En El Mandamiento De Seguridad De Brasil.....	26
1.2.5 Antecedentes Históricos De Las Medidas Cautelares En La Acción De Tutela En Colombia.....	28
1.2.6 Antecedentes Históricos De Las Medidas Cautelares En El Proceso De Amparo En Costa Rica.....	30
1.2.7 Antecedentes Históricos De Las Medidas Cautelares En El Proceso De Amparo En Venezuela.....	31
1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO.....	33
1.3.1 Las Medidas Cautelares En El Proceso De Amparo Salvadoreño.....	35
1.3.2 Aspectos Históricos De Las Medidas Cautelares En El Proceso De Amparo Salvadoreño.....	39
1.3.3 Fundamento.....	41

CAPITULO DOS

FUNDAMENTOS TEORICOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO.

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	46
2.2. NATURALEZA DE LA TUTELA CAUTELAR.....	48
2.2.1. Elementos que conforman la definición de la providencia cautelar.....	50
2.3. CARACTERÍSTICAS.....	51
2.4. CLASIFICACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.....	58
2.5. FINALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR.....	65
2.6. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA TUTELA CAUTELAR.....	69

2.6.1. Situación Jurídica Cautelable.	70
2.6.2. Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).....	71
2.6.2.1. Concepto:	71
2.6.2.2. Peligro en la demora. (Periculum in mora).....	73
2.6.2.3. Tipos de Periculum in mora: peligro de infructuosidad y de retraso.....	77
2.7. LA POTESTAD JURISDICCIONAL Y LA APLICABILIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR.	85
2.7.1. Fundamento.	86
2.7.2. Concepto.....	96
2.7.2.1. Caracteres Principales de la Potestad Cautelar.	97
2.7.2. 1.1. Su configuración como un «poder-deber.	97
2.7.2.1.2. Origen legal.....	98
2.7.2.1.3. Titularidad de la Jurisdicción.	98
2.7.2.1.4. Sujeción gravosa de terceros.....	99
2.7.3. Finalidad.....	100
2.7.3.1. Sometimiento de la Potestad Cautelar a los fines que la justifican.	101
2.7.3.2. Función Preventiva o de Aseguramiento.....	102
2.7.4. Límites a la Potestad Cautelar.....	106
2.7.4.1. El principio de legalidad.	106
2.7.4 .2. El principio de proporcionalidad.....	110
2.8. TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR.....	118
2.8.1. Finalidad.....	119
2.8.2. Características del Procedimiento.	119
2.8.3. La resolución cautelar y su ejecución.....	122
2.9. LA TUTELA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	123
2.9.1. Fundamento para la aplicación de Medidas Cautelares.....	128
2.9.2. La tutela cautelar en el Proceso de Amparo.	130
2.9.2.1. Ley de Procedimientos Constitucionales.....	131

CAPÍTULO TRES

LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO.

3.1. GENERALIDADES.....	139
3.2. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO COLONIAL.	141
3.4. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN LAS LEYES DE AMPARO DE EL SALVADOR.....	153
3.5. LINEAMIENTOS AL MOMENTO DE PRONUNCIARSE SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO.	157
3.6. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO COMO MEDIDA CAUTELAR APLICADA AL PROCESO DE AMPARO.	164
3.7 PROCESO DE AMPARO.....	169
3.8. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	170
3.8.1. Finalidad.....	170

3.8.3. Actos susceptibles de ser suspendidos.	206
3.8 4. Características.	209
3.8.4.1. Elementos característicos de la suspensión del Acto Reclamado:	209

APITULO CUATRO.

AMPARO CONTRA LEY.

4.1. Introducción.	212
4.2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS.	218
4.3.2. Amparo frente a leyes.	221
4.3.3. Amparo frente a actuaciones del ejecutivo o la Administración.	225
4.3.4. Amparo frente a particulares.	227
4.4. LA JURISDICCIÓN DE AMPARO.	228
4.4.1. COMPETENCIA.	229
4.5. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO CONTRA LEY.	230
4.6. MEDIDAS CAUTELARES INNOVADORAS.	231
4. 7. UNIDAD O PLURALIDAD DE ÓRGANOS.	232
4.7.1. Vía directa o subsidiaria.	233

CAPITULO CINCO.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES.	236
5.2. RECOMENDACIONES.	240

BIBLIOGRAFÍA.	244
--------------------	-----

AGRADECIMIENTOS.

A Dios Todo Poderoso, por llenarme de dicha y bendiciones.

A mi madre María Julia Chávez, por el amor que me has dado y el apoyo incondicional en mi vida, mi triunfo es el tuyo.

A mi padre, por creer en mí y apoyarme para alcanzar esta meta.

A mi hermanita Valeria Alejandra, por su amor y comprensión, y por ser la luz de mi vida.

A mis queridos abuelos mamá Clara y papá Adrián, por formarme con amor.

A ti mi querido primo Jeonathan (Q.D.D.G), a pesar de que no estás aquí, sé que tu alma si lo está.

A Massiel , Jenny ,Karina y Douglas por su apoyo incondicional

A toda mi familia y amigos, por haber fomentado en mí el deseo de superación y el anhelo de triunfo en la vida.

A mis compañeras y amigas de tesis, quienes me acompañaron en esta trayectoria de aprendizaje y conocimientos, gracias por su sincera amistad, cariño y paciencia,

A mi asesor de tesis Doctor Henry Alexander Mejía, porque nos brindó su apoyo para la realización de esta investigación.

Clara Patricia Gómez Chávez

Antes que nada doy gracias a Dios por todas las bendiciones que he recibido en mi vida, darle gracias porque me hizo así como soy, él me ha dado todo lo que soy, me dio fuerzas para luchar en los momentos que más lo necesite, siempre estuvo a mi lado, esta y sin duda sé que estará ahí siempre conmigo ayudándome a ser una mejor persona guiándome por el mejor camino, gracias infinitamente a su amor y misericordia para conmigo, familia y amigos. Por otra parte quiero agradecer de todo corazón a todas aquellas personas que de alguna manera fueron de mucha importancia a lo largo de este camino, personas que estuvieron siempre a mi lado apoyándome aun con el más mínimo detalle el menor consejo, eso es grande para mí, con lo poco y lo mucho que cada uno apporto en mi camino en mi vida hasta llegar al día de hoy, quiero decirle que sin su ayuda nada de esto hubiese sido posible, así que a cada una de las personas que me ayudaron para culminar mis metas les estoy infinitamente agradecida, a mis compañeras y compañeros, docentes, amigos y amigas, que han estado ahí desde la primaria hasta la universidad, mis más sinceros agradecimientos Ahora quiero darle las gracias también a una figura jurídica que es la base fundamental del Estado, que si bien la he dejado por ultimo eso no quiere decir que es menos importante, ya que es lo mejor que he podido conocer aparte del amor de Dios, a mi familia: a ella con todas mis fuerzas y con todo mi amor les agradezco por estar pendientes de mí, de lo que he necesitado, por toda su ayuda, por todo el amor y apoyo que siempre

me han brindado, porque sé que siempre estarán a mi lado, a toda mi familia que esta y la que me falta en cuerpo pero no en alma y sentimiento a todos ellos les digo: que gracias a ellos soy lo que hoy día, ellos han sido mis maestros mi apoyo, mis ganas de vivir, han sido y serán todo para mí..

Cecilia Isabel De Paz Leiva.

Gracias a Dios Todo Poderoso y a la Virgen María por guiar mis pasos hasta la conquista de esta meta.

En testimonio de gratitud por su apoyo, aliento y estímulo mismos que posibilitaron mi formación profesional con admiración y respeto.

Al término de esta etapa de mi vida, quiero expresar un profundo agradecimiento a quienes con su ayuda, apoyo y comprensión me alentaron a lograr esta hermosa realidad. A mis padres, porque gracias a su cariño, guía y apoyo he llegado a realizar uno de mis anhelos más grandes de mi vida, fruto del inmenso apoyo, amor y confianza que en mi se depositó y con los cuales he logrado terminar mis estudios profesionales que constituyen el legado más grande que pudiera recibir y por lo cual les viviré eternamente agradecida, con cariño y respeto, porque sólo la superación de mis ideales, me han permitido comprender cada día más la difícil posición de ser padres, mis conceptos, mis valores morales y mi superación se las debo a ustedes; esto será la mejor de las herencias; lo reconozco y lo agradeceré eternamente. En adelante pondré en práctica mis conocimientos y el lugar que en mi mente ocuparon los libros, ahora será de ustedes, por todo el tiempo que les robé pensando en mí. Gracias; a mis hermanos, por el gran apoyo brindado durante los años más difíciles y más felices de mi vida, en los cuales he logrado terminar mi carrera profesional, la cual constituye un aliciente para continuar con mi superación, a mis tíos, Benjamín, Mauricio,

Miguel, Rafael, Leonardo y Alfredo, por sus palabras y sabios consejos, así como por el apoyo brindado durante estos años de estudio, como un reconocimiento de gratitud al haberme ayudado a la formación de mi educación y finalización de esta carrera; a toda mi familia y amigos por estar presentes y pendientes en cada etapa de mi vida, y en especial a mi amadísima abuelita Luz Enriqueta Martínez Calles, sabiendo que jamás existirá una forma de agradecer una vida de lucha, sacrificio y esfuerzo constantes, sólo deseo que entiendas que el logro mío, es el logro tuyo, que mi esfuerzo es inspirado en ti, y que mi único ideal eres tú.

A mis maestros que a lo largo de mi carrera dieron lo mejor de sí para que este nuestro sueño se volviera posible, por sus palabras y sabios consejos.

En reconocimiento a todo, el apoyo brindado a través de mis estudios y con la promesa de seguir siempre adelante, quiero que sientan que el objetivo logrado también es de ustedes y que la fuerza que me ayudo a conseguirlo fue su apoyo.

Con cariño y admiración.

Patricia Guadalupe Monge Calles

INTRODUCCION.

El tema de la Tutela Cautelar es trascendental para el proceso de Amparo, considerando que este recurso está analizando un tema muy importante que es la violación de los derechos fundamentales del individuo, cuestión que requiere de un estudio amplio y profundo para tomar una decisión del caso; es por ello que desde la interposición de la demanda de amparo hasta la sentencia, se transcurre un tiempo considerable , y que en este tiempo pueden suceder acciones que generen un daño o un perjuicio de difícil reparación y hacen que el recurso pierda su finalidad; así el *periculum in mora* se vuelve un peligro que amenaza la eficacia de la sentencia de amparo.

La lentitud de los procesos constitucionales en nuestro país algunas veces debido al número alto de demandas interpuestas ante la Sala de lo Constitucional y en otras oportunidades debido a lo especial del proceso de amparo, pone en riesgo la *tutela judicial efectiva*, es ahí donde se ve la necesidad de la protección jurídica provisional.

La tutela judicial no se puede otorgar de una manera inmediata, deben concurrir ciertas circunstancias y según la observancia de buen derecho (*Fumusboni iuris*), puede resultar necesario la adopción de medidas cautelares, con el fin de evitar la inoperancia del proceso principal, asegurar con ello la efectividad de la resolución.

Se debe hacer énfasis en las características de las Medidas Cautelares para entender la finalidad que persiguen: son medidas instrumentales, pues están en función de un proceso principal y buscan la ejecución futura y conducente de este, son provisionales ya que siendo dotadas de Instrumentalidad del proceso principal se extinguen con el proceso que les dio origen.

Podemos visualizar que las medidas cautelares en el amparo persigue una doble finalidad, pues en primer lugar garantiza el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la Constitución, Y en segundo lugar, protege la supremacía constitucional por medio de un control , es decir cuando existe una eminente amenaza de la violación constitucional crean una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, del acto o proceso que violenta derechos constitucionales, mientras se desarrolla el proceso de amparo y se decide la sentencia. Es por ello importante determinar si estas finalidades de las medidas cautelares se cumplen totalmente.

Cada día nos encontramos con la promulgación de una cantidad abundante de nuevas leyes y reglamentos que son incorporados a nuestra legislación, y en consecuencia podemos estar expuestos que dichas leyes nos violenten derechos, y vernos en la necesidad de utilizar el proceso de amparo para que se nos garantice la protección de los derechos que posiblemente se nos violente, cuando este sea el medio

idóneo para ello. Con la investigación realizada denominada *la eficacia de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley*, como grupo investigador consideramos es importante; ya que este estudio y análisis de este tema novedoso, nos permitirán identificar qué tipo de medida cautelar es la aplicada en el proceso de amparo contra ley, como los efectos que produce su aplicación y la eficacia de la aplicación de estas medidas cautelares.

Por lo tanto el presente trabajo de investigación, tiene el objetivo primordial de identificar la eficacia de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley en El Salvador. Así mismo como el de Investigar qué medidas cautelares son aplicables en el proceso de amparo contra ley, explicar la finalidad de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley, verificar el cumplimiento de las finalidades de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley, enunciar los diferentes efectos de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley, y desarrollar un análisis jurisprudencial de las sentencias de amparo contra ley emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se ha recurrido a la interposición de una medida cautelar.

La estructura en la que se presenta este trabajo de investigación, está compuesta por cinco capítulos. El capítulo uno desarrolla la Evolución Histórica de la Tutela Cautelar, en el cual se expone el origen de las

medidas cautelares a través del tiempo, y como se han incorporado en los sistemas jurídicos de diferentes países, y de manera amplia se describe la introducción de las medidas cautelares en El Salvador con énfasis en el proceso de amparo salvadoreño.

En el capítulo dos se presenta los Fundamentos Teóricos de las Medidas Cautelares, expone la delimitación conceptual, naturaleza, también en este capítulo se indican las características que las medidas cautelares poseen, la finalidad que persiguen y los presupuestos que deben concurrir para su adopción.

El capítulo tres, expone la Suspensión del Acto como Medida Cautelar en el Proceso de Amparo, señala los lineamientos que se dan al momento de pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado, como es aplicada la suspensión del acto en el proceso de amparo y cuáles son los actos susceptibles de ser suspendidos.

Siendo el objeto de nuestra investigación la eficacia de las medidas cautelares, es necesario analizar detalladamente la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para ver la aplicabilidad de las medidas cautelares en nuestro país, es por ello que a lo largo del desarrollo del presente trabajo se ha conocido diferente jurisprudencia Salvadoreña sobre el amparo contra ley en las cuales se identifican medidas cautelares aplicadas, conociendo de esta forma el punto de vista de la sala de lo constitucional sobre este tema.

En el capítulo cuatro se detalla el Amparo contra Ley y su control jurisdiccional

Finalmente en el capítulo cinco, se encuentran las conclusiones y recomendaciones que como grupo de investigación a lo largo del desarrollo de esta investigación se han obtenido, esperando con ello dar un aporte significativo a futuras investigaciones.

En consecuencia la investigación de este tema es de mucha importancia pues no se puede inobservar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues con ello se vendría a violentar una garantía de la tutela judicial efectiva y un principio general del Derecho.

CAPITULO UNO

EVOLUCION HISTORICA DE LA TUTELA CAUTELAR. SUMARIO.

1.1 Prefacio;1.1.1 Períodos Históricos de la Regulación de la Tutela cautelar; a. Época de la Marginalidad; b. Época de la Responsabilidad;c. Época del Control Judicial;1.1.2 Delimitación Conceptual;1.2 Antecedentes Históricos de la Tutela Cautelar en el Derecho Sustantivo;1.2.1 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Derecho Privado;1.2.2 Antecedentes Históricos de la Tutela Cautelar en El Proceso de Amparo Mexicano;1.2.3 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo de Argentina;1.2.4 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Mandamiento de Seguridad de Brasil;1.2.5 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en la Acción de Tutela en Colombia;1.2.6 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo en Costa Rica;1.2.7 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo en Venezuela;1.3 Antecedentes Históricos de la Tutela Cautelar en el Proceso de Amparo;1.3.1 Las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Salvadoreño;1.3.2 Aspectos Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Salvadoreño; 1.3.3 Fundamento.

1.1. Prefacio.

El término “*Cautelar*” proviene del latín “*cautela*” es un verbo transitivo, que significa prevenir, precaver. Y del latín “*catus cauto*”, “precaución y reserva con que se procede. Cautelar, adjetivo derivado de *preventivo, precautorio*. Dícese de las medidas o reglas para prevenir la

consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”¹. A su vez el término “*precaver, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo*”². Y también proviene del latín “*Medida*”(de medir). “Acción y efecto de medir.”³ Proporción o correspondencia de una cosa con otra”⁴.

Del análisis de las definiciones de los diccionarios, tendríamos que *Medidas Cautelares* podría entenderse como “adoptar las disposiciones para *prevenir* un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”.

1.1.1 Períodos Históricos de la Regulación de la Tutela cautelar.

Según establece *NICOLAS UBILLA* divide la base histórica de las medidas cautelares de la siguiente manera:⁵

a. Época de la Marginalidad: Derecho romano y medieval: la tutela cautelar es marginal y se regula en situaciones muy concretas. El motivo principal de la poca regulación, se encuentra en la existencia de la protección por otro mecanismo legal: nulidad de cualquier transmisión de

¹ Diccionario de la Lengua Española, 21 Edición tl, Real Academia Española, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992, Pág. 444.

², opcit, Diccionario de la Lengua Española, t V, Pág. 1095.

³ CABANELLAS GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t V 16ed, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Pág. 368.

⁴Ibidem, se refiere a la expresión “tomar medidas diciendo que es “adoptar las disposiciones o dar las ordenes que las circunstancias impongan de modo singular, para restablecer el orden, cortar el abuso, restablecer la confianza o la disciplina”.

⁵UBILLA PAREJA NICOLAS, ensayo *Las medidas cautelares*, puede consultarse en Internet en: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/.../previsualizar?>.

la cosa litigiosa después del emplazamiento, incluyendo una posible sanción al transmitente.

b. Época de la Responsabilidad: La economía hacía impracticable la sanción de la nulidad para el caso de enajenar un objeto litigioso, razón por la cual desaparece de muchas legislaciones. La tutela cautelar aumenta su grado de aplicación, conjuntamente con la responsabilidad del solicitante de la tutela cautelar.

c. Época del Control Judicial: S. XX: el legislador delega al juez la determinación de las circunstancias en que una medida es óptima y establece un control en sede judicial respecto de las solicitudes de tutela cautelar.

La historia de las tutelas cautelares se desarrolla en la búsqueda de los mecanismos jurídicos para evitar medidas indeseables y permitir la adopción del resto, teniendo en cuenta los efectos económicos y sociales. Hoy, se consolidan 2 grandes mecanismos:

1. Responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar
2. Caucción y control judicial de los presupuestos de la cautela.

1.2.1 Delimitación Conceptual.

El insigne procesalista Italiano *PIERO CALAMANDREI* en su célebre obra *“Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias*

Cautelares”, establece que la consideración más adecuada, es la de” *Providencia Cautelar”*, “*porque se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales [...]*”

“[...] un carácter distintivo de las providencias cautelares es su provisoriedad, ósea *la limitación de la duración de los efectos [...]* propios de estas providencias. *Las mismas difieren [...] de todas las otras providencias jurisdiccionales no solo por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos [...]*”⁶

COUTURE dice que: “*las Cauciones son actos procesales que nacen con ocasión de un proceso acuden a este subsisten mientras subsisten la razón que las justifico. No estarán a merced de las partes como los contratos si no a merced de los que los jueces determinen, con arreglo a la ley.*”⁷

1.2 Antecedentes Históricos de la Tutela Cautelar en el Derecho Sustantivo.

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas

⁶ CALAMANDREI, PIERO, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires traducción de SENTÍS MELENDO, SANTIAGO Prologo de COUTURE, EDUARDO 1945, Pág. 31, 36, y 37.

⁷ COUTURE EDUARDO, citado por GOMEZ EVORA, MILAGRO y otros, *Las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Contra Ley en El Salvador*. monografía para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, julio 2003. Pág 21.

instituciones parecidas y que cumplieran con similares objetivos a las de hoy en día.

La “*Pignoris Capió*”, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley 123 ejecutiva del Procedimiento Procesal de la *legisactiones*, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los públicos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su *imperium*⁸ para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las *legisactiones* fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en

⁸ OSORIO MANUEL, *Diccionario de Ciencias Políticas Jurídicas y Sociales*. Primera versión electrónica. En la antigua Roma, el *imperium* consistía en el derecho otorgado por el pueblo a los magistrados superiores, para ejercer los supremos poderes judicial, ejecutivo y militar.

presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.⁹

En lo que a la anotación preventiva de la demanda¹⁰ se refiere, sus orígenes en el Derecho Romano como intervención judicial, juntamente con el depósito judicial, se encontraba en la Ley Primaria, Título IX, Partida II, para ciertos supuestos:

- a) Cuando se sospeche del demandado, de que la cosa la altere, la empeore o maltrate;
- b) Cuando el poseedor de un bien litigioso apeló la sentencia dada contra él y se teme que empeore la cosa o disipe los frutos;”.¹¹

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la *litis* con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el

⁹ MORALES GALITO, EINSTEIN ALEJANDRO, *Medidas Cautelares, en Venezuela*, puede consultarse en Internet en <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

¹⁰ La finalidad principal de la anotación de la demanda es la búsqueda de la eficacia de lo resuelto en el proceso principal, la anotación de demanda hace posible el acceso al Registro del fallo final que la misma de lugar, al margen de ulteriores inscripciones que pudieran haberse producido. En El Salvador la anotación preventiva de la demanda se encuentra en la categoría de medidas cautelares y está regulada en el código civil en los artículos del 719 al 730.

¹¹ABARCA, LUÍS AMPARO y otros, *Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2000, Pág. 4.

estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.¹²

En el Derecho Español, encontramos en las "*Siete Partidas*", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa¹³, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la *litis*. Así mismo, sobre la medida del arraigo¹⁴ dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de general aplicación en América Latina durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colonia la regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno

¹² *Ibidem*.4.

¹³ El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. Según lo establece el Código Civil de El Salvador en el artículo Art. 2006.

¹⁴ El arraigo es una figura jurídica que nace en el Derecho Civil. Está tomado del latín, y se quiere indicar para el acto de echar raíces, ya que se integra por la *a* (alfa privativa) y *radicare* que significa echar raíces. El Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española, menciona el sentido jurídico del verbo arraigar, y precisa: "Afianzar la responsabilidad a las resultas de un juicio. Se usa así porque esta fianza suele hacerse en bienes raíces, pero también se puede hacer por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado"

español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República; ésta Ley tampoco previó de modo especial las medidas preventivas: las, dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo.¹⁵

Así, en Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "de las incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias¹⁶, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal

¹⁵op. cit. MORALES GALITO, EINSTEIN ALEJANDRO. *Medidas Cautelares*, en Venezuela, puede consultarse en Internet en <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

¹⁶El doctor ARELLANO GARCÍA define la excepción como el derecho subjetivo que posee la persona física o moral que tiene el carácter de demandada o de contrademandada en un proceso, frente al juzgador y frente a la parte actora o reconviniendo en su caso, para contradecir lo establecido por el actor en la demanda o lo determinado por el reconviniendo en la contrademanda y, cuyo objeto es detener el proceso o bien obtener sentencia favorable en forma parcial o total. En este código venezolano este capítulo de excepciones sirvió de fundamento para posteriormente crear la legislación de medidas. <http://www.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

sobre medidas preventivas. Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de información sumaria;¹⁷ la medida podía pedirse en cualquier estado de la causa¹⁸ y procedía:

1 °) cuando había temor de que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero, frutos o cosa mueble objeto de litigio o no tuviere responsabilidad;

2°) en el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer; 3°) cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte de los bienes que le toca;

4°) cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia;

5°) en el caso de que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa;

6°) aun si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos; y

7°) cuando la sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa fuere apelada por éste y no diere fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

¹⁷ Se refiere a lo que se conoce como "*fomusboni iuris*" o apariencia del buen derecho, se trata de probar la apariencia o verisimilitud de la existencia del derecho invocado por el actor.

¹⁸ CALAMANDREI, PIERO, asegura que Las medidas cautelares se pueden solicitar antes o después de planteada la demanda, siendo el fundamento de toda medida cautelar es mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se conviertan en ilusoria la sentencia.

En cuanto al arraigo, podía pedirse cuando se temiera la ausencia o fuga del demandado y consistía en la obligación de éste de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzara las resultas del juicio, siempre que fundadamente se temiera su ausencia fuera de la República.

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

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

secuestro de bienes, el Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, regula dicha institución a partir del art. 442 y siguientes.¹⁹

1.2.1 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Derecho Privado.²⁰

Partiendo de que las garantías conocidas en el Derecho Privado se ubican tanto en el derecho sustantivo como en el derecho procesal es importante el estudio de esta figura que representa parte de las raíces de la institución que se estudia; se trata de la caución que proviene de “*cautio,cautum*”, de guardarse, precaverse, es decir, garantizarse ante la posibilidad de un hecho futuro que afecte el ejercicio de un derecho, la cual tiene su raíz en el Derecho Romano.

Como en muchas áreas del derecho, las Medidas Cautelares han estado vinculadas en el pasado a instituciones de orden sustantivo, de ahí que se hable de cauciones en el caso de los contratos y cauciones de tipo procesal.

El contenido teleológico de ambas instituciones es el de garantizar los derechos de los sujetos que se involucran en el contrato o proceso, por medio de una modalidad accesoria que se constituye en el soporte

¹⁹Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles Art,442 y ss.

²⁰AYALA URRUTIA, EDWIN ERNESTO, *Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia*, Trabajo de Graduación para Obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas 1999 Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador. Pág. 1 y s.s

del derecho principal. Esto no es más que un ejemplo de la clara tendencia que ha tenido el desarrollo del derecho, pues muchas instituciones han surgido en la parte sustantiva y luego se apropian de lo procesal, de ahí que se les ha clasificado en cauciones contractuales y cauciones procesales.-

Una antigua institución es la *“rato et grato”*, o sea la fianza que ha de dar el procurador de que su futuro mandante habrá de tener por valedero lo hecho. Esta es una institución de derecho Romano, *“PETIT”* se refiere a ella planteando que la rato o *“ratamremdominíumhabíturum”* es exigida al procurador o al defensor que figura en el pleito por cuenta de otro. Ese tipo de caución pasó al Código de las Siete Partidas.

Otra caución ha sido la Juratoria, que es una especie dentro del género de garantías exigidas fundamentalmente para obtener la libertad, pero como más adelante veremos su aplicación ha trascendido el campo del derecho penal, siendo *“el acto por medio del cual un procesado promete ante el juez de la causa, en forma de juramento legal, de que cumplirá con las sujeciones procesales que impone con motivo de una excarcelación provisional”*

En el derecho Procesal español se conocen la *“cautio in judiciosísti”*, que tiende a asegurar que la persona citada comparezca ante tribunal, quedando eventualmente bajo custodia; la caución juratoria que debe dar quien tiene auxilioria la pobreza, comprometiéndose a restituir la mejor

fortuna; las cauciones requeridas provisoria de la sentencia; para la suspensión de la subasta." Como claramente se ve el origen y tendencia de las garantías procesales se ha ubicado en el orden de los derechos patrimoniales.

Ha existido en algunos Códigos de Latinoamérica, como el Uruguayo, la caución requerida a quien pide la ejecución de la sentencia contra el rebelde en juicio, para garantizar los derechos del demandado.

Nuestro derecho privado ha recogido en esta materia algunas instituciones que verdaderamente pertenecen al derecho civil y modernamente también al derecho mercantil, tal es el caso del embargo, el secuestro preventivo o la anotación preventiva de la demanda. En un sentido específico no se ha regulado una rama especializada del derecho cautelar, tema que nos ocupa; ha sido en el proceso ejecutivo por excelencia en el cual se ha hecho uso de las medidas cautelares, y en materia mercantil por ejemplo en los casos de competencia desleal, de uso indebido de marcas o distintivos; la administración judicial por medio de interventora, etc.

Las instituciones que revisten carácter cautelar han sido utilizadas mayormente para tutelar derechos eminentemente patrimoniales, por ello encontramos que nuestro Código de Procedimientos Civiles regula algunas instituciones que se enmarcan dentro de ese universo procesal de tipo cautelar.-

Podemos plantear momentáneamente que, lo que nos interesa en este apartado es hacer una mención breve de lo que ha significado la regulación cautelar en el derecho privado de nuestro país y su marco jurídico, el derecho procesal civil.-

La historia de nuestra legislación procesal data del año 1843, mediante el decreto de las Cámaras Legislativas comisionando al Presbítero y Doctor *ISIDRO MENÉNDEZ*, quien redactó el primer proyecto de Código de Procedimientos Civiles, de ahí en adelante se dio inicio a todo un proceso de perfeccionamiento de nuestra legislación procesal, dentro de lo que podemos mencionar como una de las más importantes reformas a realizadas entre los años 1879 al 1882. Existe la necesidad de remitirnos ineludiblemente a estas épocas porque todo lo relativo al derecho procesal de nuestro país tiene sus bases en los cuerpos legales mencionados, ya que inclusive las normas relativas al derecho penal fueron en un tiempo consignadas en un mismo instrumento legal, lo que significa que lo relativo al derecho cautelar no es la excepción.

Es de importancia esencial el señalar que no existe un antecedente histórico ordenado respecto de lo que hoy día se conoce como medidas cautelares o proceso cautelar, no obstante se puede hacer una breve mención de algunas instituciones que han tenido y siguen teniendo vigencia en el derecho procesal civil y que son el

antecedente directo de todo el modelo que actualmente se aplica en el derecho procesal de familia.

Algunas medidas cautelares se han regulado en aquellos actos que se denominan "*actos previos a la demanda*", específicamente el Secuestro Preventivo de bienes, el cual es aplicable tanto para bienes muebles como inmuebles, el cual es definido como "*la entrega de una cosa o un bien mueble o de un conjunto de bienes, que se hace a una persona para que los tenga en su poder en depósito o naturaleza y utilización, a nombre y los ha decretado.*" Este tipo de cautelas son de naturaleza eminentemente patrimonial.

Se ha regulado que la resolución que verse sobre el secuestro preventivo debe ser motivada por la petición de la parte interesada, tal requisito se ha establecido en virtud del principio de dispositividad, pero además por razones obvias que se corresponden con la naturaleza de una medida previa al proceso, que indudablemente se constituye en una situación excepcional.

La doctrina ha conceptualizado a todos aquellas actuaciones que se dan antes de la interposición de la demanda como actos previos, dentro de los cuales se ubica el Secuestro Preventivo de Bienes Se plantea que esta institución tiene doble finalidad:

a) Conservar, manteniendo y restableciendo lo secuestrado en un mero estado de hecho que no prejuzga el estado final de la litis, y

b) Asegurar los resultados de ella creando una situación de hecho que permite esperar que la litis termine plena seguridad que alcanzará su real fin; si fuere condenatoria estará asegurada por el secuestro; pero si fuere condenatoria, para el dueño de lo embargado, tendrá asegurada su devolución."

El secuestro preventivo como acto previo se ha regulado en el artículo 142 del Código de Procedimientos Civiles, planteándose en dicha disposición los casos en que procede dicho pedimento, y la razón que se puede presumir que los cinco o finales mencionados es que, se y que el riesgo existente de que el bien pueden haber perdido y con ello la posibilidad que el acreedor sea burlado en sus derechos.

El secuestro preventivo también es regulado en el C.Pr.c como incidente en el marco del proceso, fundamental con los mismos requisitos de fondo que si se tratare del marco previo.

El secuestro preventivo de bienes involucra un requisito de fianza legal cuando el pedimento no deviene de un instrumento que tenga fuerza ejecutiva el que lo pide estará en la obligación de dar fianza por el caso de que tenga que responder por daños ocasionados en contra del patrimonio de quien se pide el mismo; lo que puede ser el resultado de revocatoria de la providencia o de la absolución del demandado. En esta situación estamos en un claro caso de Contra cautela, pues se da una igualdad a las partes en el proceso.

Un claro ejemplo de caución procesal en materia mercantil es la regulada en el artículo 493 inciso 2do de nuestro Código de Comercio, que literalmente reza " *También podrá solicitarse como acto previo a la demanda, la orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal, rindiendo fianza suficiente, a juicio del juez, de indemnizar los perjuicios causados, si en el juicio que se promoviere posteriormente no se estableciere suficientemente la competencia desleal*", esto tiene desarrollo en La Ley de Procedimientos Mercantiles, que en su artículo 21, numeral dos, plantea que como acto previo a la demanda se podrá dar orden provisional de cese de los actos de competencia desleal. Estamos pues en presencia de auténticas cauciones procesales orientadas claramente a resguardar efectos futuros. –

1.2.2 Antecedentes Históricos de la Tutela Cautelar en El Proceso de Amparo Mexicano.

El Amparo tiene por finalidad, asegurar a los habitantes el goce efectivo de los derechos que la Constitución proclama, para que el ciudadano alcance las condiciones mínimas y necesarias de desarrollo y convivencia en su comunidad de vida- con excepción de la libertad

personal tutelado por el Habeas Corpus²¹ protegiéndolos de toda violación o amenaza.

En México [...], el Amparo²² tiene una amplísima esfera, comprendiéndose en el casi todos los controles constitucionales.

Por otra parte, es indiscutible que México ha sido la cuna del Amparo..., los antecedentes más remotos y directos del Amparo, se mencionan dos instituciones del derecho Romano: el interdicto de “*libero homine exhibiendo*”, referido al Habeas Corpus; y a la “*Interdicto Tribucia*”. De acuerdo con esta, el particular afectado por algún abuso de

²¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, MANUEL. expresaba que: Hábeas corpus quiere decir "que tengas el cuerpo, y tiene su origen en las actas que en Inglaterra garantizan la libertad individual, permitiendo a cualquier persona presa ilegalmente acudir a la High Court of Justice. Habeas Corpus es un derecho propio del ciudadano que se encuentra detenido para comparecer de forma inmediata y pública ante un tribunal o un juez. El habeas corpus, por lo tanto, es una institución jurídica que busca evitar las detenciones arbitrarias y que garantiza la libertad personal del individuo, En nuestro país se encuentra regulado el en la ley de procedimientos constitucionales en el título IV capitulo uno del artículo 38 al artículo 46.

²² VESCOVI ENRIQUE, citado por BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros en el *Manual de Derecho Constitucional* tomo I, primera edición editorial Talleres gráficos UCA 1992, página 362. Expresa que el Amparo significa la acción de proteger. En su acepción común y corriente significa favorecer o proteger, y previene del vocablo latín “Anteperare” que quiere decir prevenir.

El Doctor HENRY ALEXANDER MEJÍA, expresa en sus *Apuntes de clases de Curso de Procedimientos Constitucionales y Administrativos V año, semestre II año 2010 Pág. 15*: “En términos simples podríamos decir que el amparo es el proceso constitucional -entiéndase garantía- que tutela o protege los derechos – concretos o difusos, implícitos o explícitos, individuales o sociales, humanos o fundamentales- y principios consagrados constitucionalmente con exclusión al derecho a la libertad ante a obstaculización de su ejercicio o ante violaciones actuales o inminentes de los mismos.”

Legalmente el recurso o acción de amparo es una garantía que otorga el ordenamiento jurídico para la defensa de derechos vulnerados que no pueden esperar a una sustanciación por las vías ordinarias. Se concede cuando existe un ataque grave e inminente a un derecho reconocido constitucionalmente que no esté garantizado por otras acciones específicas, como el habeas corpus que protege la libertad personal o el habeas data, que se refiere a la confidencialidad de los datos personales. En todos los demás derechos puede recurrirse a la acción de amparo, en nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño se regula en la ley de procedimientos constitucionales en el título III capitulo uno.

autoridad podía demandar protección mediante una queja ante el tribuno. El parecido de esta institución con el Amparo, se ha advertido inclusive, en el nombre mismo de ambos institutos: intercesión y amparo.

Se ha destacado también que en la *intercesión romana* -en forma similar al proceso de amparo-, existen los siguientes elementos: materia de la queja, parte agraviada, autoridad responsable, termino de interposición del juicio, facilidades para interponerla, casos de improcedencia, anulación del acto reclamado, y una figura superior a suplencia de la queja deficiente.” Es por ello que, aun cuando no se considera que este sea el inicio del amparo si es un antecedente singular del mismo.²³

El órgano que existió en el derecho mexicano, tenía como atribución principal declara la nulidad de los actos de los poderes legislativos, ejecutivo y judicial, a petición de cualquiera de estos, desde luego, que este antecedente influyo en el Amparo, pero para adversar el control de naturaleza política y decirse por aquel, de carácter jurisdiccional.

En la corriente Hispánica, un precedente sumamente interesante es el denominado por el investigador mexicano *ANDRÉS LIRA, Amparo*

²³ MEJÍA, HENRY ALEXANDER, en sus *Apuntes de clases de Curso de Procedimientos Constitucionales y Administrativos V año, semestre II año 2010* Pág 16 y ss., expresa: que los elementos del proceso de amparo son: Competencia, legitimación activa legitimación pasiva. agravio, sujetos procesales intervinientes, actos u omisiones que pueden ser impugnados, actos de iniciación, actos de desarrollo y actos de conclusión del proceso de amparo.

Colonia”, sistema según el cual la autoridad máxima²⁴ de entonces, el virrey, otorgaba protección a una persona contra autoridades inferiores y también frente a otras persona, que sin tener ese carácter de autoridad, se hallaban en una situación ventajosa en las relaciones con el protegido. El citado investigador lo define así: *“El amparo colonial, es una institución procesal que tiene por objeto la protección de las personas en sus derechos, cuando estos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente, y conforme el cual una autoridad protectora, el virrey, conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la real Audiencia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe de la responsabilidad del agraviante y los daños actuales y /o futuros que se siguen para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a violaciones de sus derechos, sin determinar en este la facultad de los derechos violados, y solo con el fin de protegerlos de la violación.”*²⁵

²⁴Es competencia de la Sala de lo Constitucional conocer de las demandas e inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, hábeas Corpus, amparo y otros que son señalados en el art. 174 de nuestra Constitución.

La ley de procedimientos constitucionales de El salvador en el título III capitulo uno articulo doce establece *“toda persona puede pedir amparo ante la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, por violación de los derechos que le otorga la constitución”*, siendo la sala de lo constitucional la autoridad encargada de conocer el proceso de amparo.

²⁵ LIRA GONZÁLEZ ANDRÉS, *El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo Mexicano*. Pág. 35; transcrito por CASTRO JUVENTINO, *Garantía y Amparo*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1986, Pág. 284 y 285.

ENRIQUE VESCOVI, expresa que el Amparo en términos generales, significa acción de proteger. Este autor expresa que la acción judicial de “Amparo”, se utiliza como un remedio para proteger derechos fundamentales, en especial los garantizados por disposiciones constitucionales, continua diciendo que, de acuerdo a su etimología, constituye un mecanismo de protección y preventivo, en el sentido que es provisorio, como forma rápida de lograr el fin, por lo cual tiene cierta analogía con las medidas cautelares.²⁶

1.2.3 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo de Argentina.

La acción de Amparo nace claramente en Argentina recién el siglo XX, aparece primero en algunas provincias (Constituciones de Santa Fe 1921; Entre Ríos 1933; Santiago del Estero 1939; Mendoza 1949) avanzando progresivamente en el ciclo Constitucional que se inicia en torno 1957.

En el orden nacional, donde ya existía desde antiguo el Habeas Corpus, se discutía si este proceso podía también proteger otros derechos constitucionales diferentes a la libertad corporal; pero la posición

²⁶opcit VESCOVI ENRIQUE, pág. 32.

tradicional de La Corte Suprema respondía que era necesario la actuación del legislador para que se instrumentase el Amparo.²⁷

La SC ha definido la naturaleza jurídica del Habeas Corpus: es una Garantía Constitucional que tiene como finalidad la libertad personal de cualquier individuo; [los pronunciamientos sobre infracciones ocurridas en el ámbito penal] les son permitidos [a la SC] cuando la infracción dentro de este campo transgreda, afecte, viole o altere algún derecho constitucional (...), y la resolución que se dicte en dicho proceso se limita estrictamente a reconocer la institucionalidad o no de los actos realizados por las personas que restrinjan la libertad personal del individuo”²⁸

También ha reconocido al habeas corpus como *proceso constitucional dispuesto para el control de restricciones ilegales o arbitrarias*: “El Hábeas Corpus como proceso constitucional, constituye un mecanismo de satisfacción de pretensiones que una persona aduce frente a una autoridad judicial o administrativa e incluso particular cuando su libertad o la de la persona a cuyo favor se solicita se encuentra ilegal o arbitrariamente restringida, así también cuando la restricción no exista pero sea inminente su producción”²⁹

27 El “Habeas Corpus”, si bien es un recurso de suma importancia y de trascendental necesidad no alcanza a cubrir la protección de todos los derechos consagrados en la Constitución, en nuestra legislación el Habeas Corpus procede en los casos de violación a la libertad ambulatoria art.11 inc 2°Cn.

²⁸ Sentencia de 17-XI-1994, HC 9-V-94.

²⁹ Sentencia del 20-I-2003, HC 168-2002, Considerando III a.

A partir de entonces (1957) nadie se atrevió a impugnar la validez jurídica del Amparo o a negarle jerarquía constitucional, lo que importaba era que no pudiese ser ignorado o rechazado por las leyes interiores o por las Constituciones Provinciales.

Tuvieron además una positiva ejemplaridad, en el sentido que fueron inmediatamente seguidas por los demás tribunales del país.

En ese despliegue jurisprudencial del Amparo muchos tribunales adoptaron como guía al trámite del Habeas Corpus, entonces regulado por el Código Procesal Penal de la Nación. Una gran polémica en torno a la ventaja de legislar o no al “Amparo” concluyó en 1966, con el dictado de la Ley 16.986. La reforma Constitucional de 1994, por último inserto expresamente al Amparo al texto Constitucional.³⁰

Hablar de Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Argentino viene aparejado a la implementación de la Ley que legislo el Amparo en este país.

Las Medidas Cautelares mencionadas por la Ley 16.986 (art15) son las “de no innovar o las suspensiones de los efectos del acto impugnado”, idóneamente instrumentadas parecen suficientes para tutelar las pretensiones del amparista, por que cubren tanto las de no innovar como las “innovativas”, a fin de que las sentencias definitivas sean

³⁰FIX-ZAMUDIO, HECTOR, y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *El Derecho de amparo en el Mundo*, 1ª ed, Ed Porrúa, avenida República Argentina.15, México 2006.pags 41-43

ilusorias.³¹Tanto el grueso de la doctrina como de la jurisprudencia exigen para su producción la presencia de tres factores requeridos por la legislación supletoria (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina)

a) Verosimilitud del Derecho (*Fomusbonus iuris*)

b) Peligro de la demora (*Periculum in mora*)

c) Contra tutela.³²

En materia de Medidas Cautelares en el Amparo Argentino debe tenerse presente que el grueso de la doctrina entiende viables además de las mencionadas por la Ley 16.986. las que provengan de la legislación supletoria y sean compatibles con el Amparo.

Últimamente ha tenido un desenvolvimiento especial la llamada tutela anticipada que consiste en proveer mientras se sustancia el Amparo, y a Título Cautelar bienes o servicios propios de la Sentencia de fondo a dictarse. Como por ejemplo medicamentos o prótesis.

En nuestra legislación (Ley de Procedimientos Constitucionales) no existe taxativamente un listado de Medidas Cautelares aplicables la Amparo, pero basándose en la doctrina y según el caso respectivo se puede hacer uso de las Medidas Cautelares y la Legislación Secundaria establece artículo 19 Ley de Procedimientos constitucionales. “Para

³¹op cit.FIX-ZAMUDIO,HECTOR, y FERRER MAC-GREGROR, EDUARDO págs. 53,54.

³² ibídem pág. 54.

justificar la adopción de medidas cautelares que superan la clásica suspensión del acto reclamado, la Sala ha expresado: “Conviene ilustrar que si bien es cierto la Ley de Procedimientos Constitucionales únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un valladar para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dicten en esta sede. Precisamente, porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso; finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera paralización de los actos impugnados, motivo por el cual se vuelve indispensable la adopción de otras medidas aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo.”³³

³³ Auto de admisión del 14-I-2002, amparo 12-2002, Considerando II

1.2.4 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Mandamiento de Seguridad de Brasil.

Es necesario advertir que en Brasil lo que conocemos como Proceso de Amparo es denominado el mandamiento de seguridad.

Se encuentran fuentes del mandamiento de seguridad en el mandamiento antiguo portugués especialmente en la institución de la seguridad real previstas en el artículo CXXVII del libro V, de las ordenanzas Filipinas. Se puede reconocer que esta era una institución interesante para la época, pues esa antigua norma jurídica entro en vigor el once de enero de 1609, de acuerdo con el texto legal se aprecia que se concedía a la persona amenazada la facultad de dirigirse al juez competente para exponerle los motivos de sus temores y si el juez encontraba fundamento mandaba a citar al amenazador emplazándolo en nombre del rey a que asegurase al amenazado si el amenazador aceptaba dar garantía el juez le otorgaba al amparado una carta u otro tipo de instrumento oficial con las estipulaciones de la seguridad, si el amenazador no garantizaba por sí mismo el juez a su leal saber y entender de manera expedita lo concedería en nombre del Rey de ahí el nombre de seguridad real, Pero no tuvo ninguna eficacia en Brasil Colonial ni en Brasil Imperial puesto que durante la vigencia de la Constitución Política del Imperio de Brasil 1824 y de 1889 no entro en

vigor ninguna medida judicial especial que hablase de seguridad al Amparado.³⁴

Lo cierto es que con la proclamación de la República se veía la necesidad de adoptar un remedio para la protección de derechos individuales. Se intentó mediante la Ley ordinaria la Ley 221 del 20 de noviembre de 1894 establecer una institución que tuviese ese fin, sin embargo esa acción no produjo resultados satisfactorios pero dio surgimiento al Habeas Corpus. De ahí surgió la doctrina brasileña del Habeas Corpus, y el mandamiento de seguridad fue el resultado de dicha evolución de la doctrina Brasileña efectuada por la jurisprudencia que señalaba que el Habeas Corpus no era suficiente y así la enmienda constitucional de 1926 limita al Habeas Corpus a la Protección del Derecho a la Libre Circulación. En consecuencia nuevamente los derechos civiles quedaron al desamparo frente a la ilegalidad o abuso del poder; se pensó entonces en el Amparo mexicano como un medio adecuado para tales efectos.

Y así en el congreso jurídico de 1922 se lanza la idea de un recurso semejante al existente en México, bajo la denominación de recurso de Amparo y se presentaron diversos proyectos con el objeto de instituir tal recurso al final la Constitución de 1934 acogió la institución en su artículo 113 numeral 33 con la denominación de Mandamiento de seguridad.

³⁴op.citFIX-ZAMUDIO,HECTOR, y FERRER MAC-GREGROR, EDUARDO Pág. 124

En la Constitución de 1988 reafirmo y amplio el mandamiento de seguridad que venía de 1934.³⁵

El interés de actuar puede caracterizarse en una previa certeza del derecho por medio de una Medida Cautelar, también llamada Medida Preliminar.³⁶ En el Mandamiento de Seguridad ampliado y regulado por la segunda Ley 1.533 de 1951 en el artículo séptimo, regula las Medidas Cautelares al establecer que el juez al despachar la inicial ordenara: “que se suspenda el acto que dio motivo la demanda cuando fuere relevante el fundamento y del acto impugnado pudiera resultar la ineficacia de la Medida en caso que fuera aceptado”.

La doctrina y la jurisprudencia Brasileña se refieren a esos dos requisitos necesarios a la recesión de la Medida Cautelar con la expresión Latina “*Fomusbonus iuris*” y “*Periculum in mora*”.³⁷

1.2.5 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en la Acción de Tutela en Colombia.

El Instrumento Judicial Colombiano que corresponde directamente a las instituciones de Derecho de Amparo, es el de la denominada Acción de Tutela, regulada en los términos del artículo 86 de la carta política y

³⁵Ibidem pág. 126-127

³⁶Según lo define, CASTRO NUNEZ autor citado por FIX-ZAMUDIO, HECTOR y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *El Derecho de amparo en el Mundo*, Ed. Porrúa, avenida República Argentina.15, México 2006. “es cautelar” porque tiene por objeto asegurar el derecho hasta la resolución final; y “Preliminar” porque es concebida al inicio de la Litis “inicio Litis”.

³⁷op.cit. FIX-ZAMUDIO, HECTOR, y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO Pág. 140

en su desarrollo legal fijado por el decreto 2591 de 1991, que fue establecida por primera vez en la Historia Constitucional de Colombia por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; como una de las más importantes innovaciones de la nueva organización Constitucional; ahí se introdujo la institución, se definió su naturaleza, finalidad y sus más importantes elementos procesales.³⁸

En el Ordenamiento Constitucional Colombiano no se registran antecedentes históricos directos sobre ella salvo en el caso de algunas manifestaciones de la jurisdicción orgánica de lo Contencioso Administrativo, como son, de una parte la suspensión provisional de los actos administrativos y la de los efectos ab initio o de anulación plena de los actos administrativos³⁹.

En primer término se advierte que el decreto 2591 de 1991, habilita al juez de conocer para decretar de conformidad con las circunstancias del caso, sea de oficio o a petición de parte cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el Derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados de las acciones o de las omisiones que se estimen causantes de la amenaza o de la violación.

³⁸Ibidem, Pág. 213

³⁹op cit. FIX-ZAMUDIO HECTOR La suspensión provisional existe en Colombia desde el establecimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con la Ley 130 de 1913 y la Ley 167 de 1948. pág. 214.

La especial naturaleza cautelar de la acción de Tutela en Colombia permite al Juez que adelante la sentencia del Procedimiento de amparo que ordene lo que considere necesario para proteger los Derechos y para evitar que se haga ilusorio el efecto de un eventual fallo⁴⁰.

1.2.6 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo en Costa Rica.

En la Constitución Política de 1949 se otorgó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para resolver las acciones de inconstitucionalidad así como la resolución de los Habeas Corpus, y se creó el reconocimiento de Amparo sin atribuirle su conocimiento a ningún órgano específico. En 1950 se dictó la Ley de Amparo,⁴¹ la cual confirió a los Tribunales penales la competencia para resolverlos en Primera Instancia y a las antiguas Leyes penales, su resolución en Alzada, posteriormente por una reforma a la Ley de Tribunales dicha atribución paso a la Sala de Casación.

En mayo de 1989 se reformaron los artículos 10 y 48 de la Constitución con el fin de crear un órgano especializado en materia de Jurisdicción Constitucional de esa forma se creó la Sala de lo Constitucional conocida popularmente en Costa Rica como la Sala Cuarta el 18 de octubre de

⁴⁰Ibidem Pág. 240 y 241

⁴¹La primer Ley de Amparo fue decretada el 21 de Agosto de 1886, en el cumplimiento de los artículos 37 y 149 inciso primero de la Constitución de ese año.

1989 se promulgo la Ley número 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional, que es el texto vigente y que otorga a la Sala de lo Constitucional competencia en el Habeas Corpus, en el Recurso de Amparo y desarrolla a estos dos recursos de manera amplia y precisa⁴² En esta Ley en su artículo 41, que menciona la suspensión “la suspensión opera de pleno derecho y se debe notificar sin demora al órgano o servidor contra quien se dirigía el amparo, por la vía más expedita posible.”

La interposición del Recurso de Amparo no suspende los efectos de las Leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas pero si la aplicación de las mismas al recurrente, así como de los actos concretos impugnados.⁴³

1.2.7 Antecedentes Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo en Venezuela.

El Amparo Constitucional constituye una de las instituciones jurídicas contemporáneas más importante para la defensa de los Derechos Humanos, la democracia y el estado de derecho. En Venezuela su Derecho Constitucional permaneció bajo un estado de Subdesarrollo durante los primeros ciento cincuenta años de vida Republicada en el siglo XIX, algunos juristas y políticos dedicaron su

⁴²op, cit FIX-ZAMUDIO,HECTOR, y FERRER MAC-GREGROR, EDUARDOPág. 258

⁴³Ibidem Pág. 272 y 273.

atención a temas Constitucionales como fue el caso del “estudio sobre el Derecho Político de 1877 que establecía la idea de implementar recursos que velaran para la protección de derechos fundamentales, el propio Simón Bolívar en diversos discursos cartas y proyectos constitucionales reconocía la protección de derechos individuales y figuras para garantizar su protección⁴⁴.

La Constitución de 1947 da una enorme evolución Constitucional en Venezuela donde una parte decisiva y fundamental que va a enriquecer la Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano dicho aporte consistió en implementación de figuras como el Habeas Corpus que garantizaba la Protección de la violación de la Libertad Ambulatoria pero en las Constituciones de 1830 y 1874, 1881, 1991, 1993 nunca se llegó a precisar un remedio pronto y seguro ni en las Constituciones ni en leyes especiales para que se hiciera efectiva la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos, y aun con la existencia de lagunas leyes que hablaban de la protección de la libertad personal (Habeas Corpus). “durante el siglo XX vale la pena destacar la Constitución de 1947 donde se llegó a consagrar expresamente el Habeas Corpus, fue en la Constitución de 1961 cuando se incorporó expresamente la consagración del Amparo como medio expedito para proteger todos los

⁴⁴ LINARES BENZO, GUSTAVO *Proceso de Amparo en Venezuela*, Segunda Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996. Pág. 7.

derechos garantizados por la Constitución en su artículo 49 y fue el 22 de enero de 1988 que fue el escenario que condujo la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo.⁴⁵

Ordinal quinto, artículo seis establece un procedimiento cautelar para proteger un derecho Constitucional que podría resultar dañado en el transcurso de un proceso principal pendiente.⁴⁶

1.3 Antecedentes Históricos de la Tutela Cautelar en el Proceso de Amparo.

A fin de conocer los antecedentes más significativos de la imposición de Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo, haremos referencia a la institución “*Justicia Mayor de Aragón*” en la España del Siglo XII, que en el proceso de jurisdicción podía impedir la acusación de agravios a derechos de los gobernados por parte de algún acto de autoridad, a través de la suspensión del acto que tendiese a provocar el agravio. En el derecho anglosajón, encontramos el “*Writ of Injunction*”, en que los tribunales a instancia de parte impedían o suspendían la ejecución de cualquier acto ilícito por parte de un particular o por una

⁴⁵ op. cit. FIX-ZAMUDIO. HECTOR FERRER, Pág. 654.

⁴⁶ Como puede observarse, la norma permite suspender los efectos del acto cuestionado a pesar de las características positivas del Amparo pues la existencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos en la Constitución es importante en Venezuela según lo revelan estudios preliminares, los niveles de tutela judicial efectiva en el país no revelan que en los últimos años sea un mecanismo efectivo, en la mayoría de los casos y mucho menos frente a los poderes públicos, especialmente frente al poder ejecutivo y al poder electoral.

autoridad, desempeñando la misma función que el incidente de suspensión en nuestro proceso de amparo. *ANDRÉS LIRA GONZÁLES*,⁴⁷ destaca dentro de los elementos del proceso de amparo colonial, la existencia de la suspensión de los actos reclamados, ya que en las órdenes dadas a los alcaldes mayores, corregidores y en general ejecutores del mandamiento de Amparo, se les advertía que hicieran cesar los actos del agravio.

Hasta este punto la única Medida Cautelar que podemos mencionar es la suspensión del acto reclamado que surge con el amparo, que es el caso en El Salvador fue copiado del amparo mexicano, siendo plenamente establecido en la Constitución de 1886. Por lo que en principio al hablar de Medidas Cautelares nos estamos refiriendo a la suspensión del acto reclamado, que en nuestra legislación se encuentra como un elemento en el desarrollo del proceso de amparo, que es un mecanismo procesal constitucional que los gobernados invocan cuando consideran que han sido vulnerados o restringidos sus derechos fundamentales para que el Tribunal competente, en nuestro caso la Sala de lo Constitucional de la

⁴⁷ “El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo mexicano, citado por CASTRO, JUVENTINO, en *La Suspensión del Acto Reclamado*, Editorial Porrúa, México. 1991. pág.20. Citado por MILAGRO GÓMEZ, ÉVORA y otros, Monográfica “Las Medidas Cautelares en El Proceso de Amparo en EL Salvador” Julio 2003 pág. 3

Corte Suprema de Justicia, ordene la imposición de Medidas Cautelares que hagan cesar la violación de tales derechos.⁴⁸

1.3.1 Las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Salvadoreño.⁴⁹

En El Salvador como Estado Unitario ha tenido cuatro leyes de amparo.

La primer Ley de amparo fue decretada el 21 de Agosto de 1886, en el cumplimiento de los artículos 37 y 149 inciso primero de la Constitución de este año.

Entre otros puntos, dicha ley consideraba procedente el amparo contra actos de autoridades o funcionarios violatorios de la garantías individuales, (art2),comprendiendo la violación a la libertad personal; disponía que a demanda de amparo no sólo podía interponerla la parte agraviada o su representante legal sino cualquiera otra persona hábil para comparecer en juicio(Art.3.Inc1°); la demanda debía ser escrita (Art.4); no era admisible el amparo en asuntos judiciales puramente civiles ni en sentencias definitivas ejecutoriadas en causa criminal(Art7); la sentencia de la Cámara era objeto de revisión (de oficio) por la Suprema Corte de Justicia(Arts 13 inc 2° y 14) cuya sentencia era irrecurrible (art16); se evidenciaba el carácter relativo de amparo por que

⁴⁸op.cit.;MILAGRO GÓMEZ, ÉVORA y otros, pág. 3

⁴⁹ MONTESINOS GIRALT, MANUEL ARTURO, *Las Medidas Cautelares en el Amparo Salvadoreño*, (Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM) estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Pag.449 a 457.

la sentencia que lo decidía no debía hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que lo motivara y aquélla sólo tenía efecto en el juicio en que hubiera sido pronunciada (Arts 3 inc 2° y 23). No obstante que el amparo protegía también la libertad personal como antes se dijo, en el caso de detención ilegal o restricción de dicha libertad de modo indebido, no se aplicaba el trámite del amparo señalado en esa ley, sino que se observaba lo dispuesto en el Código de Instrucción Criminal sobre la exhibición de la persona (Art 27); la sustanciación de la demanda no era del todo breve que debe serlo pues se contemplaban dos rondas de traslados, pudiendo decretarse un término probatorio de ocho días si la Cámara lo creyere conveniente.

La segunda Ley de Amparo de 31 de enero de 1939, amplió más la esfera de su aplicación, al disponer que él tendría por objeto resolver controversias suscitadas por actos de autoridades o funcionarios, violatorios de cualesquiera de los derechos y garantías consignadas en la Constitución (y no sólo para actos violatorios de las garantías individuales como en la Ley anterior); y además, declarar la inconstitucionalidad de una ley en el caso contemplado en el artículo 129 de la Constitución de 1939 (art 2). Los tribunales competentes para conocer y decidir la demanda de amparo continuaba siendo la Cortes Suprema de Justicia y en primera instancia las Cámaras de Segunda Instancia que no tuvieran asiento en la capital. También se daba la

misma solución de la ley anterior para el trámite del amparo fundado en violación de la libertad personal y únicamente en este caso podía interponerse por cualquier persona ya que en los demás casos sólo podía interponerse por el agraviado o su representante legal(Art.3). Se adicionaron los casos de improcedencia de la demanda contemplados en la ley anterior y se dispuso que no era admisible en exhibiciones en causas criminales, en actos consumados de modo irreparable y cuando se reclamaren mejoras en predio ajeno si se daban ciertas condiciones en este supuesto y allí determinadas (Art.5). La sustanciación del juicio era análoga a la anterior a la anterior ley, pero suprimida la revisión de oficio de la sentencia de primer grado y sustituida por la apelación ante la Corte Suprema de Justicia (Art.18) y se introdujo una primera orientación, derivada del principio de oficiosidad, al prescribirse que tanto las Cámaras de Segunda Instancia como la Corte Suprema de Justicia aún en el caso de apelación, para mejor proveer o para subsanar irregularidades del procedimiento, podían mandar que se practicaran las diligencias que se estimaren necesarias(Art. 20.). La ley referida introdujo el sobreseimiento en los juicios de amparo (Art. 25) considerándolo procedente en los casos de desistimiento del actor, por muerte de éste cuando la garantía violada afectare sólo a su persona y en las causas de inadmisibilidad del amparo. El artículo 30 derogó en todas sus partes la Ley de Amparo 1886.

La tercera Ley de Amparo es la de 1945, en virtud de lo dispuesto por el decreto número 251 de la Asamblea Nacional Constituyente de 29 de Noviembre de 1945. En efecto, este decreto tuvo como Constitución de la República la de 1886 con las enmiendas que el mismo señaló, entre las cuales declaró vigentes las leyes constitutivas de 1886 siendo una de ellas la ley de amparo decretada en dicho año y derogó, por otra parte, la Ley de Amparo de 1939.

La cuarta Ley de Amparo es la de 25 de septiembre de 1950, la cual como se dijo en los considerando del decreto respectivo, era una adaptación al texto de la decretada en 1886, con algunas modificaciones necesarias para adecuarla a la Constitución de 1950 vigente en esa época. La modificación más importante de esta ley fue que la competencia para conocer del amparo establecido por el artículo 222 de dicha Constitución, correspondía a la Corte Suprema de Justicia con lo cual se introdujo el sistema de única instancia en materia de amparo que subsiste en la actualidad.

En cuanto a la legitimación activa, la ley de 1950 fue incongruente con la Constitución de ese mismo año, la cual restringió de acuerdo al mencionado artículo 222 de ella, el derecho de interposición del amparo concediéndolo sólo al agraviado; al repetir aquella ley el artículo pertinente de la de 1886, concediendo el derecho de interponer la

demanda de amparo a la parte agraviada, a su representante legal o a cualquier otra persona hábil para comparecer en juicio.

La ley de amparo de 1950 fue derogada por la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales decretada el 14 de enero de 1960, la cual reunió en un solo cuerpo legal las leyes relativas a la defensa de la constitucionalidad incluyéndose en esa ley, el proceso de amparo y regulándose en el Título III.⁵⁰

1.3.2 Aspectos Históricos de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Salvadoreño.

La posibilidad de dictar medidas cautelares en el amparo, en El Salvador, se encuentra prevista desde la Ley de Amparo de 1886, que es la que lo reguló por primera vez, específicamente en su artículo 5º,⁵¹ el cual establece la posibilidad de decretar la “suspensión de la ejecución del acto que se demanda”. Dicha regulación fue retomada, con pocas

⁵⁰op. cit., BERTRAND GALINDO, et., pág. 395-398.

⁵¹Artículo 5º “Cuando el actor pidiere que se suspenda desde luego la ejecución del acto que es objeto de la demanda, la cámara previo informe de la autoridad ejecutora, quedará dentro de veinticuatro horas, correrá traslado al fiscal respectivo, quien contestará dentro de igual término. Si la suspensión fuere de urgencia notoria, la Cámara resolverá a la mayor brevedad posible y, con sólo el escrito del actor. Esta resolución no admite más recurso que el de responsabilidad”.

modificaciones, por las leyes de 1939,⁵²1950 e incluso por la vigente de Procedimientos Constitucionales.⁵³

Así, las Leyes de Amparo de 1886 y la de 1950, que la regulan de igual forma en su artículo 5°, respectivamente, diferencian dos supuestos específicos para decretar la suspensión de la ejecución del acto que se demanda, que inciden en el procedimiento para su adopción. El primero, cuando la medida cautelar no tiene carácter urgente, hipótesis que conlleva la apertura de un incidente en el tribunal competente, previo a resolver sobre su adopción, le confiere, en forma sucesiva, audiencia a la autoridad demandada y traslado al fiscal, por el plazo de veinticuatro horas, y, el segundo, cuando es de urgencia notoria, hipótesis en la que la decreta con sólo la vista del escrito de la parte actora.

La ley de amparo de 1939, al igual que las de 1886, distingue, en su artículo 7°,⁵⁴ los supuestos antes relacionados, con la diferencia que, en

⁵²La Ley de Amparo de 1921, vigente en la Federación de Centro América, también previó la posibilidad de decretar la suspensión del acto contra el que se reclama en sus artículos 19 a 22.

⁵³ Decreto Legislativo núm. 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el Diario Oficial, núm. 15, t. 186, del 22 de enero de 1960. Dicha ley ha sido reformada en cinco ocasiones por el decreto ley número. 49, del 22 de diciembre de 1960; Decreto Legislativo 378, de 10 de Octubre de 1977: decreto legislativo 131, del 12 de septiembre de 1985; decreto legislativo 965, del 30 de abril de 1988, publicado en el Diario Oficial, núm. 85,t. 299, del 9 de mayo de 1988, y decreto legislativo 182, de 11 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial, núm 239, t. 337, del 22 de diciembre de 1997.

⁵⁴Artículo 7° “Cuando el actor pidiere que se suspenda desde luego la ejecución del acto que motiva la demanda, el Tribunal pedirá informe inmediatamente a la autoridad ejecutora, la que deberá rendirlo, dentro de veinticuatro horas, y dentro de igual término, se resolverá lo que corresponda. Si la suspensión fuere de urgencia notoria, el Tribunal resolverá a la mayor brevedad posible y con sólo la vista del escrito de actor. La

el caso en que la suspensión no es de urgencia notoria, e procedimiento es más breve, ya que únicamente prevé que se le confiera audiencia a la autoridad demandada y no el traslado al fiscal.⁵⁵

Finalmente, es de señalar que las tres leyes de amparo relacionadas contienen disposiciones vinculadas con el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el tribunal competente en la tramitación del amparo, en virtud de eso, en el supuesto que la autoridad demandada no cumpla con la resolución que ordena la suspensión del acto reclamado, aquél se le comunicará al superior jerárquico de ésta y, en caso en que éste no la cumpla “pedirá al poder ejecutivo la fuerza armada necesaria para hacer cumplir las providencias”.⁵⁶

Si no obstante lo anterior, el acto reclamado se consuma de un modo irremediable, se mandará procesar al funcionario responsable.⁵⁷

1.3.3 Fundamento.

La Constitución Salvadoreña, en su artículo 2º,⁵⁸ reconoce el derecho de toda persona a ser protegida en la conservación y defensa de

suspensión del acto de notificará inmediatamente a la autoridad que trate de ejecutarlo, pudiendo ordenarse dicha suspensión aún por el Telégrafo”.

⁵⁵ Esta Ley de 1939 denomina al incidente de las medidas cautelares, en su artículo 9º, “artículo de previo y especial pronunciamiento”.

⁵⁶ Artículos 6º.,18,19 y 20 de la Ley de 1886; 8º, 21, 22 y 23 de la Ley de 1939 y 16, 17 y 18 de la Ley de 1950.

⁵⁷ Artículos 20 de la Ley de 1886; 23 de la Ley de 1939, y 18 de la Ley de 1950.

⁵⁸ Artículo 2º, inciso 1º “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”.

sus derechos, denominado por la jurisprudencia constitucional como derecho a la protección, la cual puede ser jurisdiccional o no jurisdiccional.⁵⁹ Se trata de un derecho prestacional de configuración legal, y no de un derecho de libertad, ya que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece.⁶⁰

En el caso concreto del derecho a la protección jurisdiccional, estamos en presencia de un derecho de contenido complejo,⁶¹ que incluye, entre otros,⁶² al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el cual se manifiesta en tres direcciones distintas, a saber: la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares, y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.⁶³

⁵⁹ Sentencia definitiva pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el amparo 255-99, el 31 de mayo de 2000. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas proveídas en los amparos 580-98, el 29 de febrero de 2001 y 47-2001, el 19 de marzo de 2002.

⁶⁰ PICÓ JUNOY, JOAN, *“Las Garantías Constitucionales del Proceso”*, Barcelona, José María Bosch editor, 1997, p.42. APARICIO, en igual sentido, a referirse al derecho a la tutela judicial efectiva, considerado equivalente del derecho a la protección, lo califica como “prestacional”. Véase al respecto, APARICIO PÉREZ, MIGUEL, *“La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 3, 1989, pág. 48.

⁶¹ Sobre los alcances de esta expresión, véase, en la Jurisprudencia del Tribunal Jurisdiccional Español, la sentencia definitiva 59/1997 del 18 de marzo, y la 261/1983 del 13 de abril, entre otras.

⁶² La jurisprudencia ha reconocido incorporados dentro de este derecho a la congruencia-sentencia pronunciada en el amparo 627-2002, el 7 de mayo de 2002-, motivación de las resoluciones –sentencia proveída en el amparo 194-99, el 9 de mayo de 2000-.

⁶³ Sobre las manifestaciones del derecho a la efectividad de las resoluciones, véase PICÓ JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales...*,cit.,nota 3,p.69, y OVALLE FAVELA, JOSÉ, *“Garantías individuales del proceso”*, México, McGraw Hill, 1996,pp.291y 292.

En virtud de lo anterior, al estudiar el tema de las medidas cautelares no podemos hacerlo al margen del derecho a la protección jurisdiccional, pues estas constituyen un instrumento previsto en la ley para potenciar uno de los derechos que integran ese contenido complejo del derecho a la protección, específicamente en la medida que intentan que las resoluciones judiciales definitivas que se pronuncien en un proceso sean ejecutables, susceptibles de ser llevadas a la realidad y no queden en una mera declaración, en pocas palabras, que sean eficaces.⁶⁴

Ahora bien, esa posible ineficacia⁶⁵ de las resoluciones judiciales no necesariamente puede derivarse del incumplimiento de los plazos fijados para la tramitación del proceso, sino que, en muchos de los casos, es producto del mero transcurso del tiempo-incluso al razonable para su tramitación-, ya que no podemos perder de vista que su prosecución no es instantánea, sino que requiere de la realización de un conjunto de actos que deben efectuarse en un plazo determinado, es decir, no es producto ineludible de una dilación indebida.⁶⁶

En virtud de eso, la incorporación dentro de los respectivos ordenamientos procesales de mecanismos dirigidos a eliminar las

⁶⁴ PEYRANO, JORGE WATER, *Medida cautelar innovativa*, Buenos aires, Delsama, 1981, Pág. 5-12.

⁶⁵ Diccionario Enciclopédico Nauta Tres en su edición de 1994 considera que es la "capacidad de lograr el efecto que se desea o espera", y la ineficacia Falta del provecho, resultado o interés adecuado al que era de esperar.

⁶⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Las Medidas Cautelares, Derecho Procesal Civil*, Madrid, Colex, 1997, Pág. 526 y 527.

consecuencias negativas que pueden ocasionar el tiempo necesario para la tramitación del proceso, en lo relativo a la eficacia de los pronunciamientos judiciales, se toma en un imperativo de trascendencia constitucional, ya que si no cabe la posibilidad de que la decisión sea ejecutable, no puede haber verdadera protección jurisdiccional, derecho reconocido en el artículo 2º. de la Constitución.

Lo anterior produce importantes consecuencias, en primer lugar, para el legislador, ya que éste, al momento de estructurar el ordenamiento procesal nacional, debe tomar en consideración el contenido mínimo del derecho a la protección jurisdiccional, el cual le obliga a incorporar, dentro de los procesos específicos, mecanismos dirigidos a potenciar la efectividad de las decisiones que se pronuncien dentro de los mismos y, en segundo lugar, para el juzgador, pues éste, en caso de vacío normativo o insuficiencia de los mecanismos previstos en la ley, puede adoptar las medidas necesarias para potenciar la efectividad de sus decisiones, siempre a través de una resolución debidamente motivada.

CAPITULO DOS

FUNDAMENTOS TEORICOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL

PROCESO DE AMPARO.

SUMARIO:

2.1. Delimitación Conceptual;2.2. Naturaleza de la Tutela Cautelar;2.2.1 Elementos que conforman la definición de la providencia cautelar;2.3 Características;Provisionalidad;Temporalidad;Variabilidad;Proporcionalidad;2.4 Clasificación de la Tutela Cautelar;2.5 Finalidad de la Tutela Cautelar;2.6 Presupuestos Procesales de la Tutela Cautelar;2.6.1 Situación Jurídica Cautelable;2.6.2 Apariencia de buen derecho (fumusboni iuris).2.6.2.1Concepto; 2.6.2.2 Peligro en la demora. (Periculum in mora);2.6.2.3. Concepto;2.6.2.3.1 Tipos de Periculum in mora: peligro de infructuosidad y de retraso; 2.7La Potestad Jurisdiccional y la Aplicabilidad de la Tutela Cautelar;2.7.1 Fundamento;2.7.2 Concepto; 2.7.2.1 Caracteres Principales de la Potestad Cautelar;2.7.2. 1.1 Su configuración como un «poder-deber; 2.7.2.1.2 Origen legal; 2.7.2.1.3 Titularidad de la Jurisdicción; 2.7.2.1.4 Sujeción gravosa de terceros; 2.7.3 Finalidad; 2.7.3.1 Sometimiento de la Potestad Cautelar a los fines que la justifican; 2.7.3.2 Función Preventiva o de Aseguramiento; 2.7.4 Límites a la Potestad Cautelar; 2.7.4.1 El principio de legalidad; 2.7.4 .2 El principio de proporcionalidad; a)Proporcionalidad y automatismo en materia cautelar;b) Requisitos; c) Otros límites externos e internos; 2.8 Tutela Jurisdiccional Cautelar; 2.8.1 Finalidad; 2.8.2 Características del Procedimiento; Es reservado; Es audita et altera pars; Es rápido; Es autónomo; 2.8.3 La resolución cautelar y su ejecución; 2.9 La Tutela Cautelar como garantía de la Tutela Judicial Efectiva.;2.9.1 Fundamento para la aplicación de Medidas Cautelares; 2.9.2 La tutela cautelar en el Proceso de Amparo; 2.9.2.1 Ley de Procedimientos Constitucionales.

2.1. Delimitación Conceptual.

Etimológicamente, la palabra “*medida*”, significa prevención, disposición; que a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el ámbito jurídico, son entendidas como aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho⁶⁷.

Las medidas cautelares son consideradas como “*un instrumento procesal ideado para lograr la eficacia de las resoluciones judiciales*”. Asimismo, se puede decir que por medio de éstos instrumentos procesales “se asegura la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”⁶⁸.

En tal sentido, son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: *primero*, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido, con mayor o menor intensidad por un acto posterior; *segundo*, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y *tercero*, sus efectos están pre ordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.⁶⁹

⁶⁷ OLECHEA, NATASCHA, *Las Medidas Cautelares*. Puede ser consultada en Internet en: <http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

⁶⁸ CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO, *Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, Ed. Jurídica, San Salvador, 2001. Pág. 160.

⁶⁹ MONTERO AROCA, JUAN y otros, *El Nuevo Proceso Civil*, Ley 1/2000, segunda edición, Tirant lo Blanch; Valencia, 2001.

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

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

Por consiguiente las medidas cautelares constituyen un medio para asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando durante el desarrollo del proceso, una de las partes demuestra la verisimilitud de su derecho, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida. Por dichas consideraciones se puede deducir que el fundamento en toda medida cautelar es el hecho de mantener la igualdad jurídica de las partes en litigio, evitando así que se conviertan en ilusorias las sentencias que le dan fin a un determinado proceso.

En conclusión, las medidas cautelares pueden ser definidas como actos procesales orientados a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se

pretende obtener por medio del proceso, pierda su eficacia durante el tiempo que dure dicho proceso hasta que sea dictada la sentencia, asegurando de esta manera bienes o manteniendo situaciones de hecho existentes al tiempo de deducida la demanda con el objetivo de preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso⁷⁰.

2.2. Naturaleza de la Tutela Cautelar.

Las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta. *CALAMANDREI* en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, que hoy por hoy es la sistematización más completa y más profunda sobre la materia, analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el Juez a lo largo del proceso.

No estriba ese criterio —expresa— en el aspecto subjetivo, porque no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita

⁷⁰ GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO GARCIA, *La Batalla por Las Medidas Cautelares*, Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español, Tercera edición, Editorial ThomsomCivitas, 2004, Pág. 212. “El que la condición del otorgamiento de medidas cautelares no sean la simple existencia de perjuicios, sea cual sea grado de reparabilidad, sino el riesgo de frustrar la efectividad de la tutela que ha de dispensar la sentencia final a quien tiene derechos o intereses legítimos”.

derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia. "Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos", pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas. El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar "*declarativo-ejecutiva*" como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como *tertiumgenus* frente a los otros tipos de tutela jurídica. El criterio diferenciador de las medidas cautelares —valga decir—, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por

eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativas cautelares o ejecutivas cautelares. En este sentido podemos hablar de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia —según antes expusimos— del proceso de cognición ni del de ejecución.

¿Cuál sería entonces el criterio diferenciador? *CALAMANDREI* piensa que a las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio ideológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de una providencia principal) al que sus efectos están pre ordenados. Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad. Instrumentalidad en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas.

En este caso podemos decir que la instrumentalidad es genérica.

2.2.1. Elementos que conforman la definición de la providencia cautelar.

1º, Anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior;

2º, Satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y

3º, Sus efectos están pre-ordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

2.3. Características.

Todo estudio que se haga sobre las medidas cautelares debe partir de un análisis individualizado y de las características que las diferencian de otros instrumentos procesales, pero el análisis de las características de la tutela cautelar es un trabajo constante y numeroso la doctrina señala un amplio catálogo de características; según las enseñanzas de CALAMANDREI, consideran a la “*instrumentalidad*” como una de las notas más sobresalientes de toda medida cautelar.⁷¹

Con respecto a las demás características la doctrina no posee una similitud, como se demuestra en las innumerables clasificaciones que se encuentran, en algunas ocasiones se presentan características novedosas y en otras pareciera que se fusionaran unas con otras.

No obstante lo anterior, se puede afirmar que las características de mayor adopción para la doctrina son: instrumentalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad.

⁷¹ VECINA CIFUENTES, JAVIER, *opcit*, Pág. 29. “CALAMANDREI, quien dedica a este respecto gran parte del Capítulo I de su obra “*Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*” marca un amplio análisis con respecto a los caracteres de las medidas cautelares”.

a) Instrumentalidad: La idea de instrumentalidad responde a la idea de que las medidas cautelares no tienen sustantividad propia y se justifican en razón de la existencia de un proceso principal; en tal sentido, las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente pre ordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad practica aseguran preventivamente.⁷²

Entendida la instrumentalidad como la relación de dependencia o subordinación que une a las medidas cautelares con la sentencia que ponga fin al proceso principal, cuya efectividad práctica tratan de asegurar preventivamente, parece lógico deducir de dicha nota la exigencia de que las medidas cautelares sólo puedan adoptarse estando pendiente un proceso principal, ya que dicho aseguramiento únicamente cobra sentido una vez que el proceso correspondiente ha sido incoado y es previsible su finalización mediante sentencia.

La nota de instrumentalidad que concurre en toda medida cautelar exige la dependencia del proceso principal, pues a diferencia del enjuiciamiento sobre la cuestión principal el cautelar no puede ser autónomo, sino que necesita del primero, ya que según manifiesta *CARNELUTTI* “*el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar*

⁷² *Ibíd.* Pág. 32.

presupone el proceso definitivo"; si bien, dicha dependencia no precisa ser actual, bastando con que resulte efectiva en un futuro inmediato.⁷³

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

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

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

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas terminan, perdiendo toda eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción y, en todo caso, cuando finaliza el mencionado proceso principal.

⁷³ *Ibíd.* Págs. 29-30.

Según SERRA DOMÍNGUEZ “la medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Nace ya con una duración limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho”; de tal modo que la misma perderá *ipso iure* toda su eficacia, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque, cuando tenga la conclusión del proceso principal por sentencia firme o por cualquier otro medio anormal, como el desistimiento o la caducidad.⁷⁴

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

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

⁷⁴ *Ibidem*, Pág. 41

partir de entonces encontrarán la justificación de su permanencia no en la medida cautelar sino en la sentencia que viniendo a sustituirlos ponga fin al proceso principal.

c) Temporalidad: Las medidas cautelares tienen una duración limitada, Se adoptan por tiempo limitado, que dependerá, en todo caso, de la duración del proceso principal.

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

Esta diferencia repercute en el ámbito cautelar, de tal manera que, la provisionalidad es común a toda medida cautelar, no puede decirse lo mismo de la temporalidad que, tan sólo concurre en algunas de ellas.⁷⁵

d) Variabilidad: Las medidas cautelares son susceptibles de modificación y alzamiento, tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas e

⁷⁵op. cit, VECINA CIFUENTES, JAVIER., Pág. 43.

incluso suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, es decir, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, sea por aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo, o disminución del *fumusboni iuris*. La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas). Por lo tanto, es conocido que la adopción por el órgano jurisdiccional de una medida cautelar depende de la presencia de presupuestos procesales, pero si dichos presupuestos cambian o se extinguen puede dar lugar a que en cualquier etapa del proceso tales medidas sean modificadas, sustituidas o revocadas, dado que partiendo del principio *rebus sic stantibus*, las medidas cautelares son susceptibles de alteración, modificación y de revocación⁷⁶.

Finalmente la variabilidad radica en cuanto que las medidas cautelares no son inmutables, no producen cosa juzgada, ni formal, ni material, y

⁷⁶ “En cuanto al Principio *NON BIS IN IDEM*, la sala lo define como: el derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa. Este Principio está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litis pendencia y en la doctrina es conocido también como el principio de la doble persecución, puesto que imposibilita al Estado a someter a una persona a una doble condena, siempre y cuando concurren tres elementos a saber: a-) igualdad del sujeto; b-) igualdad de los hechos y c-) igualdad de fundamento. Referencia 785-2003 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las catorce horas y cincuenta y dos minutos del día tres de noviembre de dos mil cinco.

por tanto pueden ser modificadas o suspendidas cuando cambian las condiciones que le dieron origen.

e) Proporcionalidad: Para *GARBERI LLOBREGAT* el principio de proporcionalidad supone un límite al ejercicio de la actividad represiva del Estado, pues obliga a que cualquier acción pública de esta índole observe una proporción o justa medida con el objetivo pretendido con su puesta en práctica, de forma que cuando el mismo pueda lograrse a través de cauces alternativos manifiestamente menos gravosos, se imponga la utilización de estos últimos.⁷⁷

El principio de proporcionalidad connota la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él representa una exigencia excesiva, sin que con ella además se vea favorecido el interés general o resultando beneficiada la comunidad.⁷⁸

La medida cautelar debe ser proporcionalmente adecuada al fin que pretende obtener –cuál es el de garantizar la efectividad de la sentencia-, de modo que se adoptara cuando no sea susceptible de *“sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado”*⁷⁹. A estas características proporcionadas por la doctrina, podemos sumarle que nuestra jurisprudencia ha establecido a la par de

⁷⁷HERNÁNDEZ VALIENTE, RENE, *Líneas y Criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional año 2004*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 159. 148.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *op.cit.*; ONTERO ROCA Pág. 834.

ella una serie de características que tienen prelación a las ya establecidas con anterioridad, características que no están nada alejadas de las que hemos estudiado anteriormente en este apartado en cuanto a las medidas cautelares se refiere⁸⁰.

2.4. Clasificación de la Tutela Cautelar.

En la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación. Unos limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva.

⁸⁰Es jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que las medidas cautelares poseen los siguientes caracteres: (a) son instrumentales, es decir, están pre ordenadas a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad. Más que el objetivo de actuar en la satisfacción del derecho, pretende asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva en la que, a su vez, actúa el derecho; (b) son provisionales, por lo que sus efectos tienen duración limitada, sin aspirar a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza, están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto; (c) son urgentes, pues basta para su rápido pronunciamiento la idea de peligro, de lo contrario, el peligro se transformaría en realidad; (d) son susceptibles de alteración, son variables y aún revocables de acuerdo al principio *rebus sic stantibus*; esto es, cabe su modificación al alterarse el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó (aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo o disminución del *fumus boni iuris*); (e) se extinguen a término o plazo, es decir, sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal; (f) Las medidas cautelares no surten efecto de cosa juzgada; su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial carácter provisional, difieren de los efectos que derivan de una sentencia con fuerza de cosa juzgada⁸⁰.

En cuanto a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar La Sala de lo Constitucional ha afirmado que “*Cuando la suspensión se adopte como una medida cautelar, deberá reunir los caracteres de este género, debiendo ser instrumental, es decir, que no constituya un fin por sí misma, sino que se oriente a asegurar el resultado de la resolución definitiva que se dicte. Además, es provisional, por lo que sus efectos tienen duración limitada, sin aspirar a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza, está destinada a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto*”, ello según sentencia definitiva con referencia 257-2005.

En el primer grupo se inscribe, la clasificación de *GUTIÉRREZ DE CABIEDES*, la cual tiene importancia práctica para discernir el tipo de ejecución que amerita la medida precautelativa: "Desde un punto de vista teórico —dice— se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea; 1) De dar cosa genérica (dinero); 2) De dar cosa específica: 2.1.) Mueble; 2.2) Inmueble; 3) De Hacer; 4) De no hacer"⁸¹

Cuando se trata de garantizar el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero, el procedimiento de ejecución es el más dispendioso, pues es necesario sacar a remate los bienes aprehendidos, a menos que lo embargado sea una suma de dinero. Cuando se trata de dar una cosa específica, el mandamiento de ejecución consiste en entregar la cosa a quien tiene derecho sobre ella.

COUTURE las clasifica en seis tipos:

- a) Nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, como sería ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas preconstituidas;
- b) Medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe

⁸¹ALVARENGA CLAROS KRISLIA EUNICE, y otros, tesis: *Análisis Crítico de la Tutela Cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño*, Trabajo de Investigación para obtener el grado y título de: Licenciada en Ciencias Jurídicas en Ciudad Universitaria, San Salvador, Febrero 2008. Pág. 137.

un riesgo previsible. Cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción del deudor, administración judicial de la comunidad o sociedad;

c) Medidas de tutela de la propiedad o del crédito: probada prima facie la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando —según dice— no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; da como ejemplos el embargo, el secuestro, la interdicción;

d) Medidas de ejecución anticipada, cual es el embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento⁸².

Su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colación, supeditada a lo que decida la sentencia;

e) Medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existente para evitar el daño que implica la modificación: no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Ejemplos, prohibición de innovar, prevención en las acciones de obra nueva;

f) Medidas de contra cautela: ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretables en favor del deudor, y no (a diferencia de las restantes según su opinión) del acreedor; este concepto no encuadra dentro de nuestro ordenamiento procesal porque las medidas de contra

⁸²op cit., ALVARENGA CLAROS KRISLIA EUNICE Pág.137.

cautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan tanto en favor del demandante como del demandado.

La división que hace *ALSINA* consta de cuatro grupos; a saber:

a) las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario, v.g., la constatación de un hecho por peritos, deposición de un testigo anciano o enfermo grave, o bien, próximo a ausentarse⁸³.

Son las medidas de puro conocimiento de que habla *COUTURE*;

b) las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa (embargo preventivo, inhibición, es decir, prohibición general de enajenar y gravar, anotación —registro— de la *litis*, intervención judicial —nombramiento de depositario judicial o interventor—;

c) comprende aquellas de las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable: separación de los cónyuges, alimentos provisorios, prohibición de innovar. La prohibición de innovar nace del Derecho romano que establecía la indisponibilidad de la cosa litigiosa, no pudiendo enajenarse, destruirse o deteriorarla. La definición en este grupo es eficiente aunque en realidad no es otra que la del peligro en el retardo, característica de las medidas cautelares en general;

⁸³ *Ibidem*; Pág. 138.

d) la caución que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias, como es el caso de fianza para constitución de embargo.

La clasificación de *GOLDSCHMIDT* comprende cuatro especies:

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

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

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

4°, Las medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias, mediante una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, y comprende los casos de alimentos, *litis-expensas*, gastos de atención médica⁸⁴.

⁸⁴Ibidem. Pág. 138.

PODETTI, al comentar el Código mendocino adoptó una clasificación tripartita: medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa; medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados (Medidas para asegurar la paz); y, medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes. La primera especie coincidía con las dos primeras de *GOLDSCHMIDT*, la segunda con la tercera y con las medidas negativas de *COUTURE*; la tercera con el cuarto tipo de la clasificación de *GOLDSCHMIDT*⁸⁵.

No obstante, con posterioridad, el autor ha alterado su división anterior, proponiendo la siguiente: "*Podemos ahora formular una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares (materia v finalidad), en tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies:*

- 1°) medidas para asegurar bienes,
 - a) para asegurar la ejecución forzosa, y
 - b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas;
- 2°) medidas para asegurar elementos de prueba;
- 3°) medidas para asegurar personas,
 - a) guarda provisoria de personas, y

⁸⁵ *Ibidem*; Pág. 139.

b) satisfacción de sus necesidades urgentes"⁸⁶ .

La clasificación que hace CALAMANDREI en su citada obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, comprende cuatro grupos que encierran en mayor o menor medida los citados anteriormente.

a) El primer grupo es el de las "*providencias instructorias anticipadas*", con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias anticipadas se adoptan en el curso del proceso ordinario, y *forman parte del mismo*, pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente. Este es el grupo que admítese en todas las divisiones traídas a colación. Así por ejemplo, los casos de justificativo para perpetua memoria y el reconocimiento judicial preconstituido, presentan las dos notas características: preservación de una prueba y relación directa al juicio de conocimiento.

b) El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la

⁸⁶Ibidem. otros .Pág. 137.

dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son nuestras medidas preventivas.

c) Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

d) Como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las dos medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contracautela) o para neutralizarlas (cautela sustituyente)⁸⁷.

2.5. Finalidad de la Tutela Cautelar.

Para la Doctrina, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la *litis* pues su *finalidad* es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva (*CARNELUTI*).

⁸⁷Ibidem. Pág. 140.

CALAMANDREI sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad opreordenación.

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

GUASP afirma que su finalidad es que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial⁸⁸.

PODETTI indica que "*las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces*"⁸⁹.

⁸⁸MARTINEZ BOTOS, RAUL, *Medidas Cautelares*, Edit. Universidad Buenos Aires, 1990. Pág. 65. "Las medidas cautelares tiene por objeto asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tiende a impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso".

⁸⁹op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. Pág. 261. "La medida cautelar ha servido, pues, para desplazar la carga del proceso y, correlativamente, para privar de su posición privilegiada a quien abusa del proceso mismo. Sin la medida cautelar sostener y continuar ese proceso, que se ha demostrado innecesario (o más bien abusivo), hubiese sido una onerosísima carga de la empresa recurrente".

La Doctrina moderna (*RAMÍREZ Y BREMBERG*) se inclina por establecer el objeto en clara relación con el relieve o principio publicístico.

La “*Tutela jurisdiccional diferenciada*”, tiene por finalidad dar cumplimiento el ideal de una pronta y cumplida justicia, poniendo el acento en la prevención del ilícito y de la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Así encontramos dentro de los procesos urgentes: el proceso de *habeas corpus*; el proceso de *habeas data*; el proceso de Amparo; las llamadas sentencias económicas; el proceso monitorio; las medidas autosatisfactivas, las medidas innovativas—también conocida como medida cautelar positiva”⁹⁰

KISCH, citado por *BREMBERG*, dice que el objeto es “*impedir que la soberanía del Estado, en su más alto significado, que es el de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal*”⁹¹.

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

⁹⁰ BAIRES FLORES HÉCTOR TULLIO, tesis sobre: La Tutela Anticipada En El Derecho Administrativo Salvadoreño, “Especial Referencia A Las Medidas Innovativas”, Trabajo De Investigación Para Obtener El Grado Y Título De: Licenciado En Ciencias Jurídicas, De La Universidad De El Salvador, En El Año 2008.

⁹¹op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, Pág. 232. “Dada la larga duración del proceso, reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en las sentencias se lleva a cabo sobre el fondo del mismo. La administración no puede intentar prevalerse de la larga duración de los procesos para beneficiarse de la presunción de validez que el ordenamiento otorga a sus actos para obtener la ventaja de la auto ejecución mantenida automáticamente durante esa larga duración”.

derecho, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida. Por dichas consideraciones se puede deducir que *“el fundamento en toda medida cautelar es el hecho de mantener la igualdad jurídica de las partes en litigio, evitando así que se conviertan en ilusorias las sentencias que le dan fin a un determinado proceso”*.⁹²

Así pues nuestra Sala de lo Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que: *“Las medidas cautelares se adoptan para garantizar el cumplimiento de la sentencia. Como todo proceso se desenvuelve a través de un procedimiento, desde su iniciación hasta su conclusión mediante un periodo de tiempo, más o menos extenso, durante el cual el inculpado puede sustraerse a la acción de la justicia, frustrando la finalidad del proceso. Para garantizar sus efectos y la eficacia de la futura sentencia, se adoptan las medidas cautelares”*.⁹³

Ahora bien, en lo que respecta a las medidas cautelares, la Sala de lo Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que las mismas aparecen como los medios jurídico-procesales, cuya función es 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

⁹²op.cit.; ALVARENGA CLAROS KRISLIA EUNICE, y otros. Pág. 133.

⁹³op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO GARCIA, Pág. 17. “El tribunal Constitucional Español ha señalado certeramente, el Art. 24 el que obliga a admitir medidas cautelares que pongan una tutela efectiva, y, por tanto, medidas positivas, que desalojen a la Administración de la posición formal de privilegio injustificado o de abuso, lisa y llanamente, que, en la concepción objetivista, le da el hecho de no resolver, y aun mas, el de denegar abusivamente a quien tenía claramente, manifiestamente, derecho a una resolución positiva”.

incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto, garantizando así el eficaz funcionamiento de la justicia.

En ese sentido, las medidas cautelares lejos de constituir un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la pretensión del demandante, constituyen un mecanismo dictado *ab initio* o en el transcurso del proceso- tendente a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se dicte en el mismo, por lo que no definen derechos ni resuelven controversias⁹⁴. Por lo tanto se puede afirmar que la finalidad de las medidas cautelares tal y como manifiestan los autores como reitera nuestra sala de lo Constitucional a través de jurisprudencia, no es más que garantizar el cumplimiento de la sentencia y así mantener la igualdad jurídica de las partes en determinado proceso⁹⁵

2.6. Presupuestos Procesales de la Tutela Cautelar.

El subcapítulo que ahora se tiene por objeto el estudio es el de los presupuestos o condiciones que, genéricamente, deben concurrir en un

⁹⁴ Sentencia 84-2001 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las quince horas con seis minutos del día quince de abril de dos mil dos.

⁹⁵ op cit. MARTINEZ BOTOS, RAUL, y otros. Pág. 28. *“Las medidas precautorias tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea eludida haciéndola de imposible cumplimiento”*.

supuesto concreto para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar la Medida Cautelar solicitada por la parte actora del proceso principal⁹⁶.

Presupuestos: Los presupuestos Procesales consisten en aquellos requisitos o circunstancias relativos al proceso o, más depuradamente, supuestos previos que necesariamente han de darse para constituir una relación jurídica procesal, regular o válida.⁹⁷

2.6.1. Situación Jurídica Cautelable.

Para poder ejercer a Tutela Cautelar a través de las medidas cautelares correspondientes se hará necesario el determinar la situación Jurídica Cautelable. Y esta situación jurídica que va a ser objeto de cautela vendrá determinada necesariamente por el tipo de pretensión que se está ejercitando en el Proceso Principal.

Ahora bien, destinado como está el presente subcapítulo a ofrecer un panorámica general acerca de los presupuestos de las medidas cautelares, dejando el análisis particularizado de las Medidas Cautelares de posible adopción en el marco del proceso objeto de estudio. Por ello en lo sucesivo, haremos mención a los presupuestos que, con carácter necesario deben de concurrir para hacer viables cualquier Medida Cautelar: el *periculum in mora*, el *fumusboni iuris* y *rebus sic stantibus*.

⁹⁶La Sala de lo Constitucional ha tenido a bien el señalar que: “Las medidas cautelares parten de una base común: la probable existencia de un hecho constitutivo de amenaza –*fumusboni iuris*– y el daño que ocasionaría en el desarrollo temporal del proceso o procedimiento –*periculum in mora*”.

⁹⁷op cit. OSORIO MANUEL, Pág. 792.

Los presupuestos considerados como consustanciales a toda Medida Cautelar: el *Periculum in mora* y el *Fumusboni iuris* sin embargo dependiendo de los intereses que entran en conflicto en cada tipo de proceso y de la Medida Cautelara adoptar en el mismo, el legislador añade eventualmente a dichos presupuestos otros cuya concurrencia si bien no es generalizable, si resulta imprescindible para el caso concreto.

2.6.2. Apariencia de buen derecho (*fumusboni iuris*).

Este presupuesto determina la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar va suponiendo una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado.

El *Fumusboni iuris* o apariencia de buen derecho, constituye también uno de los presupuestos característicos de las medidas cautelares, cuya justificación se encuentra también en la finalidad que asume este tipo de medidas.

2.6.2.1. Concepto:

En efecto, las medidas cautelares tienden a asegurar la eficacia práctica de la futura y eventual sentencia estimatoria de la pretensión del actor, es lógico que su adopción jurisdiccional, presuponga un preventivo cálculo de probabilidad sobre aquello que podrá ser el contenido de la

resolución , que ponga fin al proceso principal o como señala CALAMANDREI, que el *Periculum in mora* sea valorado en la hipótesis de que la resolución definitiva deba ser emanada en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar. Pero además, la exigencia de una apariencia de buen derecho a favor del particular solicitante de la medida cautelar se explica también si se tiene en cuenta que toda medida cautelar entraña una anticipación de la ejecución, lo que lesiona por sí sola la esfera jurídica de la parte demandada y le priva, aunque sea parcialmente, de su posición de hecho preeminente; todo lo cual únicamente se encuentra justificado en cuanto que tal *fumus* exista⁹⁸.

Ahora bien, dada la necesidad de proveer con urgencia ante un inminente *Periculum in mora*, así como la temprana fase procesal en la que las medidas cautelares suelen ser solicitadas y adoptadas, la cognición del juez sobre el *fumusboni iuris* no será una plena *cognitio*, sino mucho más rápida y superficial que esta “*una sumaria cognitio*”

La cognición judicial cautelar no tendrá, pues alcanzar la certeza absoluta sobre la existencia del derecho invocado, sino que, por el contrario se limitara un juicio de probabilidad y verosimilitud, en tanto que

⁹⁸op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, Pág. 77. “El carácter urgente de una demanda de medidas cautelares debe apreciarse por relación a la necesidad de que haya de ordenar tales medidas a fin de evitar que se cause un perjuicio grave e irreparable”.

declara la certeza de la existencia del derecho es función que corresponde a la decisión del proceso principal.

Pero este *fumusboni iuris* no puede, en absoluto, suponer que tan solo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica, por tanto, una mera probabilidad de este supuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela.

2.6.2.2. Peligro en la demora. (*Periculum in mora*).

A través de él se pretende afirmar la necesidad de que las medidas cautelares se adopten cuando haya un riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia⁹⁹.

“En cuanto a las Medidas Cautelares tienden a asegurar que el proceso consiga la función que le es propia preservando la eficacia de la resolución jurisdiccional que le ponga fin de la amenaza que puede suponer el tiempo, necesario en ocasiones e injustificado en otras que debe emplearse en su consecución, parece lógico que la adopción

⁹⁹op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, Pág. 117. “El otorgamiento de tales medidas es una actividad jurisdiccional del juez nacional, y es por tanto, una actividad que implica una valoración de los elementos de hecho y de derecho que resulten cada vez del caso concreto”.

judicial de tales medidas se condicione a la existencia, de un momento dado, del *Periculum in mora*¹⁰⁰.

Para *CHIOVENDA* las Medidas Cautelares respondían a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico. Sin embargo, será de nuevo *CALAMANDREI* quien, matizando esta postura, precisará el auténtico significado de ese presupuesto, al advertir que el “*Periculum in mora que ésta 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.*”

Consecuentemente, por *Periculum in mora* debe entenderse el dolo marginal que como consecuencia de la duración del proceso principal se produciría o agravaría si la medida cautelar no fuere adoptada privando así total o parcialmente de efectividad practica a la resolución judicial que ponga fin a dicho proceso¹⁰¹.

Aparecen en esta definición, como afirma *CALDERON*, los dos elementos integrantes de este presupuesto, el retraso y el daño marginal que se

¹⁰⁰op cit. VECINA CIFUENTES, JAVIER, Pág. 54-55.

¹⁰¹op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO GARCIA, Pág. 111. “La relación necesaria entre efectividad de la tutela y la tutela cautelar ha sido destacada sobre todo por las doctrinas procesalistas italiana (cita en nota a *CHIOVENDA* y a *CALAMANDREI*) y Alemania (cita a *HELLWING*). Fundamenta en principio de de que la duración del proceso no debe ser en perjuicio de quien tiene la razón, en sentencias internacionales, del tribunal Constitucional alemán (sentencia de 1973, uno de cuyos fundamentos transcribe)”.

produce por esa demora, si bien que interrelacionados ambos de tal forma que no puede imaginarse el uno sin el otro.

En efecto, si el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado fuera instantáneo y, por lo tanto desapareciera la nota temporal del proceso, las medidas cautelares carecerían de razón de ser, pues no existiría ni la posibilidad de un daño marginal ni, por ende, el peligro de ineficacia de la sentencia. Pero, por otro lado, tampoco la ineludible y necesaria lentitud del proceso es capaz de fundamentar la adopción de una medida cautelar si dicha dilación no entraña el riesgo de producción de un daño marginal para la efectividad de la sentencia. Es, pues, la demora en la emisión de la sentencia considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que hace surgir el interés en la emanación de una medida cautelar, que anticipe provisionalmente los efectos de la resolución definitiva¹⁰².

Ahora bien, para llegar a una clara noción del *Periculum in mora* es necesario – como afirma CALAMANDREI- dar un paso más, pues no basta que el interés de solicitud surja de un estado de peligro y que la medida invocada tenga por ello una finalidad preventiva respecto a un daño solo temido, siendo preciso también que a causa de la inminencia del peligro la medida tenga carácter de urgencia, en cuanto sea posible

¹⁰²Ibidem, Pág.434. “De esta manera, en toda Europa se está generalizando la técnica de habilitar una justicia provisional inmediata y rápida, dejando la justicia definitiva remitida, ya sin grave daño, y solo en los casos ñeque pueda existir un litigio serio y no abusivo, a los largos y dilatados procesos”.

que, si la misma tardase, el daño temido se transformaría en un daño efectivo o se transformaría en ya verificado.

“Por lo tanto, no todo perjuicio derivado de la tardanza de la sentencia en la emanación de la sentencia integra el presupuesto del *Periculum in mora* para que así suceda es preciso que en el momento de emitir el juicio cautelar el mismo aparezca a los ojos del juzgador como un daño inminente y de una entidad tal que ponga en peligro la efectividad práctica de la posterior sentencia. La doctrina habla entonces de inminencia e irreparabilidad (o mejor, irreversibilidad) como elementos que deben concurrir en el daño causado por la demora de la sentencia, para poner de manifiesto seguidamente que tales notas conllevan indefectiblemente a una tutela cautelar rápida o urgente, pues ante un daño irremediable e inmediato, solo una tutela, para poner de manifiesto seguidamente que tales notas conllevan indefectiblemente a una tutela cautelar rápida o urgente, pues ante un daño irremediable o inmediato, solo una tutela también inmediata puede ser idónea para prevenirlo”¹⁰³.

Consecuentemente con estos planteamientos, la indagación que sobre la concurrencia del *periculum in mora* deberá realizar el órgano jurisdiccional será diferente a la que recaerá sobre el otro clásico presupuesto de las medidas cautelares, el *Fumusboni iuris* pues mientras para determinar este último bastara, como seguidamente se expondrá un juicio de

¹⁰³op cit. VECINA CIFUENTES, JAVIER, Pág. 56.

probabilidad sobre la existencia del derecho, la indagación que se haga sobre el *Periculum in mora* requerirá un juicio de certeza, y no de simple verosimilitud, sobre aquellas condiciones de hecho que, si el derecho subsistiese, serían capaces de hacer verdaderamente temer por el daño inherente a la insatisfacción del mismo.

2.6.2.3. Tipos de *Periculum in mora*: peligro de infructuosidad y de retraso.

El daño marginal que la medida cautelar tiende a eliminar, así como la ineficacia de la sentencia que el mismo podría provocar si la medida no es adoptada, presentan variadas manifestaciones. Por ello, aunque abstractamente pueda concebirse el *periculun in mora* de forma unitaria, no es extraño que tradicionalmente se haya venido distinguiendo por la doctrina varias configuraciones de este presupuesto, cada una de las cuales, además hará preciso el establecimiento de un tipo distinto de medida cautelar adecuada en cada caso para eliminarlo.

Entre las clasificaciones que los diversos autores españoles han elaborado merece una especial consideración la ofrecida por ORTELLS. Este autor, partiendo de que el *Periculum in mora* se integra por aquellos 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 conjugar, procede a distinguir una serie de tipos

o clases de riesgos, advirtiendo, no obstante, que lo mismos presentan una gran variedad.

En primer lugar se encontrarían, según la clasificación que ofrece el citado autor, aquellos riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto; en segundo lugar, los que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que esta se desarrolle con plena utilidad, en tercer lugar, los que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia y, en cuarto y último lugar, los riesgos de ineffectividad que derivan del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia, en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por si una lesión irreversible de tal situación.

No obstante lo acertado esta clasificación, los cuatro riesgos o peligros de ineffectividad mencionados por *ORTELLS* puede reconducirse a los dos magistralmente evidenciados en su momento por *CALAMANDREI* como integrantes del más amplio *Periculum in mora*: “*pericolo di infruttuocita*” y el “*pericolo di tardivita*”.

Partiendo de la infructuosidad como la nota configuradora de las medidas cautelares, y del distinto grado e intensidad que la misma presenta según la naturaleza de la relación sustancial a tutelar en el proceso principal, *CALAMANDREI* distingue aquellas medidas cautelares (conservativas)

que tratan de suministrar anticipadamente los métodos idóneos para conseguir que la ejecución forzosa del derecho en litigio se produzca, cuando la lentitud del proceso ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables, de aquellas otras que tratan de acelerar provisionalmente la satisfacción del derecho (*innovativas*), porque el *Periculum in mora* está constituido en estos casos no por la temida desaparición de los medios necesarios para la ejecución de la resolución principal sobre el fondo, sino precisamente, por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata en el proceso principal, caso en el cual, la medida cautelar recae directamente sobre la relación sustancial controvertida y constituye por ello una declaración interna del fondo destinada a durar hasta el momento en que sea sustituida por la regulación de carácter estable en el proceso principal.

Por peligro de infructuosidad a cuya eliminación tiende el tipo de medida cautelar denominada conservativa, se entiende, pues, el riesgo de que durante el tiempo necesario para el desenvolvimiento del proceso principal acontezcan hechos tales de hacer imposible o muy dificultoso la concreta posibilidad de actuación de la sentencia. Por su parte, el peligro de retraso lo conforma el riesgo de que la mera duración del proceso, prolongando en el tiempo el estado de insatisfacción del derecho pueda

ser causa de un perjuicio, dirigiéndose a neutralizarlo, en este caso, las medidas cautelares del tipo anticipatorio.

Ambos peligros, pues, amenazan la eficacia práctica de la sentencia. La diferencia estriba, según el citado autor en que mientras el primer caso (*pericolo de infructuosita*) esta eficacia práctica es considerada bajo un aspecto objetivo y directo, la conservación de bienes que deben subsistir para hacer fructuosa la ejecución forzosa, en el segundo caso (*pericolo di tardanza*) es valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la resolución principal con la situación personal del solicitante, en vista a la cual, una ejecución forzosa, fructuosa pero diferida, podría resultar subjetivamente inútil al particular, al igual que una ejecución forzosa sería infructuosa por la ausencia de bienes que trabar.

Como podrá advertirse, concebidas las medidas cautelares con el fin de asegurar la eficacia práctica, y no solo la ejecución forzosa, de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión del actor, varios son los peligros de ineffectividad que se presentan y, consecuentemente, variadas son también las medidas cautelares que surgen con el fin de eliminarlos.

Ahora bien, no obstante esta doble configuración del *Periculum in mora*, lo cierto es que el peligro de infructuosidad y el de retraso, así como las

correspondientes medidas cautelares que se dirigen a conjurarlos, no han recibido el apoyo unánime y por igual por parte de la doctrina.

En principio, el peligro de infructuosidad se admite sin ningún género de dudas por la totalidad de los autores y legislativamente, cristaliza en un extenso conjunto de medidas cautelares que se limitan a conservar inalterado el statu quo con el fin de asegurar la fructuosidad de la futura y eventual ejecución forzosa de la sentencia de condena.

Sin embargo, la concepción que doctrinalmente se tiene del mismo no es todo lo amplia que sería desear. Como ha puesto de manifiesto *CALDERÓN*, en base a este *Periculum* se ha venido tradicionalmente considerando que la medida cautelar podía adoptarse tanto cuando se trataba de una imposibilidad absoluta de ejecución como cuando se producía un empeoramiento de la situación, de modo tal que el demandante no recibía íntegramente lo reconocido por la resolución; sin embargo, no se comprendía dentro de del mismo aquellos supuestos de ineffectividad parcial por falta de identidad entre lo que la sentencia otorgaba y lo que en realidad se conseguía, ya que se entiende, que en los supuestos en los que la ejecución forzosa de la prestación debida se sustituye por su equivalente económico, la ejecución forzosa de la prestación debida se sustituye por su equivalente económico, la ejecución así ejecutada ha sido cumplida.

Pero además, esta concepción doctrinal surgida al amparo de los citados preceptos legales parece encontrar apoyo actualmente en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien comprende el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, no alcanza a cubrir las distintas modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia, porque “ *tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estudiado en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación*”¹⁰⁴.

“La jurisprudencia constitucional transcrita debe ser, sin embargo, matizada y entendida en sus justos términos pues, en otro caso, es decir, interpretada de forma literal, haría prácticamente innecesario el establecimiento de una tutela cautelar en orden a asegurar la eficacia de la sentencia, ya que dicha efectividad quedaría en todo caso garantizada al ser siempre posible, y Constitucionalmente legítima, la sustitución de lo dispuesto en el fallo por un equivalente pecuniario. Además, debe tenerse en cuenta que existen supuestos como señala *ORTELL* en los que el tratamiento indemnizatorio resulta inadecuado, bien sea por que el derecho aparentemente lesionado no tenga naturaleza patrimonial o, teniendo esa naturaleza, se destine a satisfacer necesidades básicas de

¹⁰⁴op cit.; VECINA CIFUENTES, JAVIER, Pág.57-60.

la persona bien sea por que la determinación de la indemnización presente tal complejidad que pueda proveerse que la indemnización que se fije no cubrirá satisfactoriamente los daños sufridos”¹⁰⁵.

“El segundo *Periculum*, el peligro de retraso y la correlativa medida anticipatoria tendente a eliminarlo, no ha sido sin embargo, asumido tan pacíficamente como el peligro de infructuosidad. La limitación de la finalidad de las medidas cautelares al aseguramiento de los efectos ejecutivos de sentencia, la correlativa consideración de la homogeneidad con las medidas ejecutivas como nota especialmente configuradora de las medidas cautelares, y, la opinión que las medidas aseguradoras suponen un intromisión ilegítima en la esfera del demandado, es decir, una ejecución sin título, son las principales causas del rechazo mayoritario a este tipo de *Periculum* y de la naturaleza cautelar de las medidas que se dirigen a conjugarlo”¹⁰⁶.

¿Qué tipos de riesgos serán los que amenacen la efectividad de la sentencia recaída en el proceso principal? a título de ejemplo podemos establecer:

1. Riesgos que amenazarían a la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, es decir, por colocarse el

¹⁰⁵Ibídem; Pág. 61.

¹⁰⁶op cit. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, Pág. 119. “No hay tutela judicial si no hay medidas cautelares; sin estas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos”.

demandado en situación de insolvencia. Se trata de aquellos supuestos en los que o bien directamente se ha interpuesto una pretensión pecuniaria o bien, ante la posibilidad 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. Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica. En el caso de que se trata de entregar una determinada cosa mueble. Si no se hallare dicha cosa mueble por no haber adoptado la correspondiente cautelar a lo largo del proceso principal, se tendría que convertir la ejecución específica en una ejecución dineraria.

3. Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución en cuanto que de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, este podría encontrarse con una situación irreversible. Así, por ejemplo, la venta de una partida de productos en el mercado y su correspondiente adquisición por particulares ya va a suponer una dificultad de restablecer la situación al momento anterior por cuanto difícilmente se podrán obtener los productos vendidos a los particulares

4. Riesgos que amenazan, como señala *ORTELLS RAMOS*, la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el desarrollo del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y esté lo ha inscrito a su favor.

Las formas de manifestarse este presupuesto son diversas. Así, en uno de los casos el presupuesto no se expresa en la norma sino que forma parte de la *ratio iuris* de la norma que establece la medida cautelar; en otros supuestos se desprende claramente de la norma incluso con circunstancias de peligro expresadas por la norma que mediante otras circunstancias que deben ser valoradas por el juez a efecto de la existencia o no de tal peligro.

2.7. La Potestad Jurisdiccional y la Aplicabilidad de la Tutela Cautelar.

La Ley Procesal suele siempre conferir a un Juez o Tribunal, cualquiera que sea el Orden Jurisdiccional al que pertenezca, la facultad de adoptar durante el curso del proceso determinadas *Medidas Cautelares*. Dicha facultad, que bajo ciertos presupuestos permite al Juez ordenar provisionalmente, la adopción de determinada técnica por uno de los conceptos básicos del Derecho, cual es el de *potestad*.

Por razón del sujeto u órgano al que se atribuye, dicha potestad pública pertenece a la conocida legal y doctrinalmente con el nombre de *potestad jurisdiccional*¹⁰⁷

2.7.1. Fundamento.

La potestad cautelar, halla su justificación en la preservación de un interés o un bien constitucionalmente relevante, el cual es el existente en asegurar el adecuado ejercicio de la funciones jurisdiccionales.

Nuestra Constitución, desde su artículo 2¹⁰⁸ establece -haciendo una referencia textual- una serie de *derechos*, consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos -abierto y no cerrado- como fundamentales¹⁰⁹ para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas.

Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto

¹⁰⁷ op. cit.; VECINA CIFUENTES, JAVIER, Pág. 52 99

¹⁰⁸ Art 2 Cn. 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. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

¹⁰⁹ Para el tribunal, los derechos fundamentales forman parte del núcleo esencial de la Constitución: "la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo –art. 83 Cn.–, y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado –art. 1 Cn.–, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona" (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, Considerando II 4).

es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta¹¹⁰.

En virtud de ello, nuestro constituyente dejó plasmado en el artículo 2 inciso primero el derecho a la *protección jurisdiccional y no jurisdiccional* de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de toda persona, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descrito en el párrafo anterior.

De ambas vertientes, la que en esta decisión se analizará seguidamente es el *derecho a la protección jurisdiccional*. Tal derecho, interpreta esta Sala, se ha instaurado con la esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

¹¹⁰Se ha señalado en la jurisprudencia constitucional el carácter básico de los derechos fundamentales, *diciendo que los mismos "constituyen –junto a otras valoraciones– expresión jurídica de la decisión político-ideológica contenida en la normativa constitucional; y, por ello, tanto las disposiciones constitucionales como las infraconstitucionales –legales, reglamentarias, etc.– han de interpretarse en función de los derechos fundamentales, posibilitando la maximización de su contenido. Este carácter básico de los derechos fundamentales en la normativa constitucional aparece expresamente consignado tanto en el Preámbulo de la Constitución como en el art. 1 de la misma", Sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95, Considerando XII.*

Ahora bien, abstracción hecha de su finalidad, puede perfectamente decirse que tal derecho viene a reconocer de manera expresa *la posibilidad* que tiene toda persona de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración inconstitucional en la conservación, defensa, mantenimiento y titularidad de sus derechos. Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar *protección jurisdiccional* integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del instrumento hetero compositivo - también creado constitucionalmente- diseñado con tal finalidad: *el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.*

En tal sentido el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento del cual se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia o, desde otra óptica -la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones-, dicho proceso *es el único y exclusivo instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados en su favor.*

Estando en este ámbito hay que tener en cuenta que, indiscutiblemente, en el mismo proceso *rige el principio de legalidad de los actos procesales;*

tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que lógicamente comprende a la Constitución.

Por lo anterior, *la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también -y de modo preferente- sujeción a la Constitución*. Y es que sobre la expresión "ley" no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica-, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional, al igual que los razonamientos judiciales y administrativos.

Desde esta óptica es que nuestra Constitución, en su artículo 11, prescribe textualmente que *"Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio -entiéndase proceso- con arreglo a las leyes..."*; lo cual significa que, dicho proceso previo, debe ser legal, pero sobre todo, constitucionalmente adecuado: *respetando los derechos y principios constitucionales, así como los derechos, obligaciones y cargas procesales de las partes del mismo, en cualquier instancia y en cualquier grado de conocimiento*.

Dicho así, para que realmente esa protección tenga completamente su asidero constitucional y sea conforme a ella, es necesario que se respete, integralmente, el derecho de audiencia contemplado en el referido artículo

11 de la Constitución, ya que el mismo es un elemento esencial y configurativo del instrumento de satisfacción de pretensiones señalado.

Por ello, a fin de apreciar en su real dimensión el alcance del derecho a dar protección jurisdiccional, es menester entonces retomar el genérico derecho de audiencia, expresión con que se hace referencia a las *facultades, poderes y garantías que han de obligatoriamente observarse dentro de cualquier proceso jurisdiccional, ya que sólo así podrá válidamente comprenderse la específica manifestación del mismo y objeto de la presente controversia*: el derecho de acceso a los medios impugnativos legalmente previstos *-denominado en otras latitudes, derecho a los recursos legalmente contemplados o derecho a recurrir-*.

Tal reseña se referirá brevemente a la denominación, naturaleza, alcance y contenido del derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

El artículo 11 de la Constitución establece en su inciso primero que *"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;..."*. Esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual, de acuerdo a lo que abundantemente la jurisprudencia ha dicho, es un concepto abstracto en cuya virtud se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por

completo de un derecho, debe ser oída y vencida con arreglo a las leyes.

111

La mencionada disposición lo prevé expresamente y de su tenor no queda, ni ha quedado, duda alguna acerca de su contenido estrictamente procesal. En efecto y por ello justamente constituye una categoría vinculada estrechamente con el resto de derechos tutelables a través del amparo, pues obviamente sólo respetando los límites que al respecto se establecen, pueden limitarse categorías subjetivas jurídicamente protegibles, sin que haya por ello vulneración a la Constitución. *Contrario sensu*, cualquier situación que conlleve a la existencia de un derecho vulnerado de manera ilegal o inconstitucional, será, siempre que así se requiera, tutelable por la vía del amparo. Sin embargo, en este caso, la eventual invocación que pueda hacerse no lo será sólo por el derecho cuya privación se alega, sino también, por yuxtaposición, respecto de la categoría que a su vez se violenta con el incumplimiento del precepto constitucional. Entiéndase el artículo 11 de la Constitución.

En este sentido, tampoco es procedente afirmar que todo desemboca inevitablemente en el referido artículo, pues ello será así, sí existe una conexidad clara e indubitable del contenido procesal del mismo con la

¹¹¹ En cuanto al alcance de tal derecho, ha afirmado que derecho de audiencia es una "expresión onmicomprensiva con que se hace referencia a las facultades, poderes y garantías que han de obligatoriamente observarse en un proceso" Sentencia de 16-XII-1997, Amp. 9-S-95, Considerando III 4.

privación. Es decir siempre que la privación o limitación se haya efectuado, ya sea sin la instauración necesaria de un proceso o procedimiento, o, por la conformación de cualquiera de ellos pero de manera defectuosa.

Sucede entonces que el derecho de audiencia puede verse desde un doble enfoque a saber:

- a) desde la inexistencia de proceso o procedimiento previo, o,
- b) desde el incumplimiento de formalidades de trascendencia constitucional necesarias al interior del mismo.

En el primer supuesto la cuestión queda clara en tanto que la inexistencia de proceso o procedimiento da lugar, habiendo existido la necesidad de seguirlo, a la advertencia directa e inmediata de la violación a la Constitución. En el segundo supuesto, sin embargo, es necesario analizar el porqué de la vulneración alegada pese a la existencia de un proceso, el fundamento de la violación y específicamente el acto que se estima fue la concreción de ella. Ahora bien, si la violación es al interior de un proceso, ésta puede ser por acción u omisión del juzgador.

Ahora bien, siendo que el derecho de audiencia consagrado en el artículo 11 de la Constitución es, tal como ha quedado referido en el número anterior, un *derecho constitucional procesal* de contenido complejo, el mismo admite distintas posibilidades de organización en la estructura de los procesos y, también, por tanto, de instancias, y medios impugnativos

de acuerdo con el contenido de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a éstas de basamento. *Sin embargo, cuando el legislador ha contemplado un sistema de recursos, el citado derecho de audiencia vincula, por natural extensión, el hacer uso de los instrumentos procesales y el de obtener una resolución jurídicamente fundada sobre el medio impugnativo planteado, como reflejo necesario de la necesidad de ser oído y vencido en todas las instancias y grados de conocimiento que el constituyente y el legislador establezcan.*

Dicho en otras palabras, *el derecho de audiencia se encuentra íntimamente relacionado con la utilización de los medios impugnativos legalmente contemplados, con la única limitante de las formas y requisitos que las respectivas leyes procesales consagren, de conformidad con la normativa constitucional.*

En tal contexto debe decirse que cuando se le impide al gobernado hacer uso de los recursos legalmente previstos por la ley, ya sea por arbitrariedad o por cualquier otra razón, se violenta por consiguiente el derecho de audiencia. Esto por las consecuentes posibilidades de defensa que ofrece el ser oído y vencido en juicio.

Así debe destacarse la existencia plena de este derecho, porque es el génesis de todo proceso jurisdiccional constitucionalmente adecuado, por lo cual habiéndose infringido no puede decirse que ha existido tal. Y si el proceso, que es el instrumento de realización del derecho a la protección

jurisdiccional, ha existido en contravención a la Constitución, es obvio que tampoco se le ha respetado, al sujeto pasivo, el derecho constitucional a la protección jurisdiccional.

No obstante lo anterior, es conveniente aclarar, que la connotación constitucional de la adecuada adopción de estos actos procesales, no supone que cualquier infracción a los derechos fundamentales, sino que ésta se da únicamente cuando se ordena exclusivamente en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual firma el carácter instrumental de la medida cautelar que no puede existir de ninguna manera por si misma sino que debe referirse necesariamente a un proceso actual o a promoverse dentro de un lapso determinado, sin el cual no tiene razón alguna de ser, y cuya inobservancia incide negativa y gravemente en las oportunidades de mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se conviertan en ilusorias las sentencias que le ponen fin al proceso. Por ello, la observancia o cumplimiento de la misma adquiere connotación constitucional, y, en consecuencia, la realización de un acto procesal en coexistencia con los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, constituye la verdadera aplicación de Justicia.

En definitiva, es de hacer notar que la realización de las medidas cautelares regida, en su ejercicio concreto, al cumplimiento de los presupuestos y requisitos contemplados en las respectivas leyes, pero también, debe tomarse en cuenta, que al respecto rige el *principio*

finalistade las formas procesales. Esto significa, que los requisitos y modos de realización de los actos procesales, deben ser apreciados desde una perspectiva finalista, cual es garantizar el derecho de audiencia, evitando así que interpretaciones meramente literalistas o aplicaciones excesivamente ritualistas frustren el derecho de audiencia. Es decir, cuando una disposición que regula los actos procesales, o una concreción específica -interpretación y aplicación- de las mismas, suponen un obstáculo de acceso a garantizar el derecho de audiencia, o cuando en el caso concreto, la interpretación supone una restricción injustificada de tal derecho; aquélla y su respectiva aplicación pueden resultar desmesuradas y vulneradoras del derecho de audiencia consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

De lo anterior, se deduce, *que los Medidas cautelares son concreción del derecho de Seguridad jurídica, los cuales, en principio, deben ajustarse a las directrices que el legislador establece, el cual goza de un amplio margen de definición y determinación de las condiciones, modo de ejecución y consecuencias de tales actos procesales, así como del establecimiento de los límites o particularidades de las medidas cautelares.* Es válido decir, que esos límites y/o particularidades deben respetar el contenido esencial del derecho de audiencia y en ese sentido, estén encaminados a preservar otros derechos constitucionalmente

consagrados y que guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Lo anterior significa, que en principio, corresponde a los juzgados y tribunales de instancia común -se utiliza esta expresión para distinguirla frente a la jurisdicción constitucional- vigilar que los actos procesales estén dirigidos a cumplir con la finalidad última de garantizar los derechos de los ciudadanos así como también asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienden a impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria sentencia que ponga fin al proceso

2.7.2. Concepto.

Potestad Cautelar, doctrinariamente entendida como el poder-deber que el Ordenamiento jurídico-procesal confiere a los órganos jurisdiccionales a fin de prevenir el riesgo de ineficacia provocado por la necesaria temporalidad del proceso, y cuyo ejercicio durante el proceso implica para cuantos se ven sometidas directamente a él una sujeción jurídica desventajosa.

De esta definición se infieren con claridad los cuatro caracteres principales de la potestad cautelar:

- 1) su carácter de poder-deber;
- 2) su origen legal,

- 3) su titular: la Jurisdicción,
- 4) la sujeción gravosa de terceros que su ejercicio comporta, y
- 5) su finalidad.

2.7.2.1. Caracteres Principales de la Potestad Cautelar.

De la importancia de esta potestad Jurisdiccional se desprenden ciertas particularidades debido a tratarse de un proceso especial, las cuales se despenden de su concepto.

Todos esos caracteres estructurales, solo adquieren sentido, y por tanto podrán ser correctamente interpretadas siempre y cuando se contemplen a la luz de la atribución que la Constitución encomienda al Poder Judicial, el cual consiste en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.¹¹²

2.7.2. 1.1. Su configuración como un «poder-deber».

Desde esta perspectiva, la Jurisdicción aparece, como una potestad diversificada en tres manifestaciones, fases o momentos diferentes. Se trata, por tanto, no sólo de un conjunto de poderes sino también, como advierte *COUTURE*, de un conjunto de deberes de los órganos del poder público¹¹³. Por tal motivo, si se quiere utilizar el término potestad para referirse a la jurisdiccional, una potestad que ha de ser ejercitada

¹¹² DIEZ-PICAZO, LUIS MARIA, *La Potestad Jurisdiccional: Características Constitucionales*. Texto base para conferencia pronunciada el 23 de junio de 1998 en la Escuela Judicial (Barcelona), dentro del "Aula Hispanoamericana". dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=197128 Pág 68.

¹¹³ COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, reimp. de la 3.^a edic., Buenos Aires 1990, Pág. 41

necesariamente cuando concurren tantos requisitos previstos legalmente para ello: *fumusboni iuris*, *periculum in mora*, como las exigencias derivadas de los principios de legalidad y proporcionalidad.

2.7.2.1.2. Origen legal.

Como Potestad Jurídica que es, también la cautelar tiene un origen exclusivamente normativo. Los hechos, actos o negocios jurídicos no tienen la virtualidad de generarla; es, pues, el Derecho objetivo, y dentro de él el Derecho procesal, su única fuente.

2.7.2.1.3. Titularidad de la Jurisdicción.

El artículo 172 de la Constitución de la República, atribuye la *Potestad Jurisdiccional* en régimen de monopolio al órgano judicial, dicho precepto se refiere a las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que junto a las anteriores la potestad jurisdiccional sirve también a una tercera función, autónoma, pero instrumental a los dos anteriores, a la que denomina cautelar, preventiva o de aseguramiento cuyo ejercicio entraña también un «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (*PRIETO-CASTRO, GÓMEZ ORBANEJA, FAIREN, GIMENO, VÁZQUEZ SOTELO*, etcétera). Autonomía entendida como ausencia de subordinación del juez o magistrados a otro poder jurídico o social que no sea la ley.

2.7.2.1.4. Sujeción gravosa de terceros.

Esto según el objeto o sujeto sobre el que recae la medida cautelar, dependiendo del tipo de proceso que esté llevando acabo y la acción que se promueva.¹¹⁴

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

En abstracto, el objeto sobre el que recaen los actos procesales de gravamen en que la potestad cautelar se expresa puede consistir en una persona (vgr. detención, prisión provisional, libertad provisional), en una cosa u objeto en sentido estricto (vgr. embargo, depósito, administración judicial, etc.), o en una actividad (vgr. suspensión cautelar del acto o disposición impugnado). En los dos primeros casos, el perjuicio que se ocasiona sobre la esfera jurídica personal o patrimonial del sujeto pasivo del proceso (llámese éste según el proceso: demandado, imputado o responsable civil) viene dado, directa o indirectamente, por la limitación más o menos intensa de los derechos que la Constitución les reconoce: la libertad de ambulatoria (art. 17 CE), la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), normalmente, u otro

¹¹⁴op. cit.; VECINA CIFUENTES, JAVIER, Págs. 5306-5309

que eventualmente pudiera lesionarse (vgr. la libertad sindical del art. 28.1 –cfr. STC 27/1997, de 11 de febrero, y el Voto particular a la misma– o la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE). En el tercer supuesto, en cambio, tratándose de órganos del poder público, que es el supuesto más frecuente, la intromisión se produce en el haz de facultades que dichos órganos ostentan, perjudicando más que a éstos, al interés público que persiguen con su actuación.

No es de extrañar, por todo ello, ante las perniciosas consecuencias que produce el ejercicio de la potestad cautelar, que tanto ésta, en cuanto total, como los actos en los que se exteriorice, hayan de estar plenamente justificados: la una, en abstracto, los otros, en concreto, caso por caso, conforme exige, según veremos en su momento, el principio de proporcionalidad.¹¹⁵

2.7.3.Finalidad.

La *tèsis* de la función jurisdiccional del Estado consiste en proteger el orden jurídico establecido. El órgano jurisdiccional decide con la Ley y por la Ley, “*respetando la jerarquía de las normas vigentes*”¹¹⁶

¹¹⁵ VECINA CIFUENTES, JAVIER, *La Potestad Cautelar: Contenidos y Límites*. http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD32.pdf, Págs. 5309, 5310

¹¹⁶ DÍAZ, CLEMENTE ., *Instituciones de Derecho Procesal*, t II Jurisdicción y Competencia. Vol A Teoría de la Jurisdicción. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1972 pàg 24.

Establecer con precisión la función que justifica la atribución a la Jurisdicción de la potestad cautelar, y a cuya consecución habrá de encaminarse cualquier actuación procesal que se efectúe en ejercicio y al amparo de la misma, resulta de utilidad por una segunda razón, cual es, la de dotar de contenido a un criterio –el teleológico– que permitafiscalizar jurídicamente, caso por caso, y en vía de recurso, tales actuaciones procesales, en función precisamente de su adecuación o no al fin cautelar que las justifica.¹¹⁷

2.7.3.1. Sometimiento de la Potestad Cautelar a los fines que la justifican.

El criterio teleológico se muestra, como el criterio de diferenciador capaz por sí mismo de distinguir a la cautelar del resto de potestades, inclusive respecto de aquéllas que, como sucede con la declarativa y la ejecutiva, proceden de un tronco común: la *potestad jurisdiccional*. De ahí su trascendencia. La explicación es sencilla: cuando el legislador confiere una concreta potestad a una persona o entidad lo hace de forma racional y siempre con una intención y fin determinados, el cual, por voluntad del legislador se convierte en un elemento esencial y diferenciador de la misma.

¹¹⁷Op.cit. Vecina Cifuentes, Javier, Págs. 5310, 5311.

Precisar la función que justifica la atribución a la Jurisdicción de la potestad cautelar, y a cuya consecución habrá de encaminarse cualquier actuación procesal que se efectúe en ejercicio y al amparo de la misma, resulta de utilidad para dotar de contenido a un criterio que permita fiscalizar jurídicamente, caso por caso, y en vía de recurso, tales actuaciones procesales, en función de su adecuación o no al fin cautelar que las justifica. Fiscalización que viene exigida desde los propios postulados del Estado de Derecho, pues en un modelo de Estado tal, la utilización efectiva que hagan lo poderes públicos de los poderes jurídicos que el Ordenamiento les otorga para fines distintos del que motivó su concesión¹¹⁸.

2.7.3.2. Función Preventiva o de Aseguramiento.

La razón de ser de las *medidas cautelares*, y obviamente de su fuerza motriz que es la potestad cautelar, radica en la existencia misma del proceso y, más concretamente, en su consustancial temporalidad.. A partir de ello La legislación procesal ha previsto una serie de medidas y de procedimientos para su adopción y ejecución, que la doctrina procesalista ha convenido en adjetivar como cautelares. *Medidas cautelares, procedimientos cautelares, procesos cautelares* etc., términos que, por ende, obedecen a una concepción del mismo tipo. Ciertamente,

¹¹⁸op.cit., VECINA CIFUENTES, JAVIER, Pág. 5310

todos los autores fundamentan la tutela cautelar en la necesidad de eliminar el denominado *periculum in mora*, es decir, el peligro de ineficacia que puede originarse como consecuencia del necesario devenir temporal del proceso. De forma unánime la doctrina suele coincidir en señalar el carácter instrumental de las Medidas Cautelares, pues siempre se tratará de actuaciones procesales vinculadas íntimamente a un juicio principal.

En cuanto al objeto sobre el que recae la referida instrumentalidad, *CALAMANDREI* lo refiere a la resolución judicial definitiva, pero otros autores consideran dicha instrumentalidad, respecto a la acción (*CHIOVENDA*), la situación cautelada (*CALVOSA*) o al proceso mismo (*CARNELUTTI*). A pesar de que mayoritariamente la dependencia o subordinación de las *medidas cautelares* se hace recaer en la resolución judicial que pone fin al proceso principal, un amplio sector doctrinal sostiene un criterio mucho más estricto y restringido, según el cual las medidas cautelares no serían un instrumento para garantizar la eficacia práctica de la sentencia sino exclusivamente para asegurar su ejecución.

Se establece así, por quienes participan de esta opinión, una vinculación estricta de las medidas cautelares con la ejecución forzosa, de manera tal que sólo se considera medida cautelar en sentido procesal la que se pre ordena a asegurar la ejecución de la futura sentencia. Dos

importantes consecuencias prácticas derivan inmediatamente de semejante tesis.

La primera, que al ser las sentencias de condena las únicas susceptibles de ejecución forzosa, sólo en los procesos que puedan concluir por una sentencia de este tipo será posible, a juicio de tales autores, la existencia de medidas cautelares. Quedarían fuera de toda tutela cautelar, en consecuencia, aquellos procesos principales en los que se lo deducido sea una pretensión meramente declarativa o constitutiva, al no existir respecto de la sentencia les ponga término una ejecución en sentido estricto.

A esta primera limitación de la tutela cautelar se añade una segunda, derivada del efecto de mero aseguramiento que les es asignado desde esta posición a las medidas cautelares. Éstas tenderían, en su opinión, únicamente a conservar inalterado durante todo el tiempo necesario para el desenvolvimiento de la potestad jurisdiccional el statu quo que se teme sea modificado por distintos eventos o por hechos de quien ocupa la parte pasiva en el proceso (demandado, imputado, tercero), pero no a producir una modificación del estado de hecho preexistente; de ahí, que asuman naturaleza cautelar las medidas conservativas y queden excluidas de esta categoría las medidas innovativas o anticipatorias.

Esta concepción restringida de las medidas cautelares resulta criticable sobre todo porque incurre en dos apriorismos, que la realidad se encarga de desmentir.

No es cierto, en primer lugar, que la eficacia práctica de las sentencias meramente declarativas y constitutivas se encuentre totalmente garantizada; para darse cuenta de ello basta preguntarse, por ejemplo, qué eficacia puede predicarse de una sentencia que declara finalmente la propiedad del actor sobre un bien cuando éste se ha destruido durante el proceso, menoscabado gravemente, o perdido física o jurídicamente al convertirse en irreivindicable. La misma seguramente que cabría atribuir a la sentencia constitutiva que anula el acto impugnado cuando se ha permitido que éste, durante la sustanciación del proceso, despliegue de forma irreversible todos sus efectos.

Tampoco es cierto, en segundo término, que las medidas cautelares conservativas no afecten negativamente la esfera particular del sujeto pasivocontra quien se adoptan, pues este gravamen es una nota consustancial, a cualquier modalidad de tutela cautelar; la diferencia entre las medidas conservativas y las innovativas es únicamente una diferencia de grado, y si bien este dato será relevante cuando en el caso concreto la medida cautelar haya de pasar por el tamiz del principio de proporcionalidad, no es suficiente para excluir estas últimas de antemano. En nuestra opinión, la potestad cautelar no debe restringirse a

priori en función del tipo de proceso, ni de la mayor o menor injerencia que, en abstracto, pudiera acontecer, excepción hecha únicamente de aquellos casos en los que dicha injerencia negativa no pueda justificarse desde la Constitución. Se hallan al servicio tanto del proceso de ejecución como del proceso de declaración, y las medidas cautelares que en su ejercicio se adopten se encuentran dirigidas por ello a asegurar la eficacia práctica de la sentencia, esto es, algo más que su mera ejecución.

2.7.4. Límites a la Potestad Cautelar.

El ejercicio de la potestad cautelar viene condicionado particularmente por dos principios de inexcusable observancia: el principio de legalidad y el de proporcionalidad. El primero actúa como presupuesto del segundo, pues, sólo cuando la medida cautelar esta prevista por la ley cabe entrar a comprobar su adecuación al principio de proporcionalidad.

2.7.4.1. El principio de legalidad.

Se refiere a que los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca. Este sometimiento implica que los tribunales jurisdiccionales deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico y no sólo en atención a las normas que regulan

una actuación en específico, tal como lo establece el art. 172 inc. 3º
Cn.119

a) «*Nullacoactio sine lege*»

La anterior definición está orientada en sentido positivo del principio de legalidad que denominamos; corresponde analizar dicho principio en su sentido «negativo», esto es visto como un auténtico límite al ejercicio de la potestad cautelar.

Lo anterior al referirnos a la imposibilidad de actuar la potestad cautelar en casos y formas distintos a los previstos en la Ley. Los únicos actos procesales que resultan admisibles, de conformidad con el principio de legalidad procesal (arts 172 ord 3º Cn, así como los desarrollados en la Ley objetiva), son los legales. Si ello es así, una vez que se comprueba la naturaleza procesal de la actividad cautelar en que dicha potestad se manifiesta, la conclusión surge de forma inmediata: no hay actuación cautelar sin Ley procesal que la determine previamente; o formulada de otro modo la misma máxima: todas las medidas cautelares que no estén permitidas legalmente con carácter previo están prohibidas: *nullacoactio sine lege*.

La coerción que puede ejercerse sobre la parte pasiva del proceso a través de estos actos procesales de aseguramiento debe considerarse mensurable, y la Ley procesal el único baremo para su medida.

¹¹⁹Sentencia de 21-VII-1998, amp. 148-97, Considerando IV 1.

En nuestro sistema procesal constitucional, el tema de medidas cautelares puede ser considerado como *numerus apertus* para que en ciertos casos, en que sea menester la adopción de diferentes medidas cautelares cuente el Juez con un amplio margen de maniobra al respecto, tal es el caso de las Medidas Cautelares Innovadoras.

En el recurso de amparo constitucional, se contempla la suspensión del acto o disposición impugnada como única medida cautelar de posible adopción en dicho proceso. Por su naturaleza, tal medida cautelar resulta del todo ineficaz en los casos de inactividad de los poderes públicos y en los supuestos donde lo recurrido es uno de los denominados «actos de contenido negativo»; pues bien, doctrinal y jurisprudencialmente se ha salido al paso de esta situación dando entrada en el indicado proceso constitucional, después de efectuar un interpretación del artículo 20 de la Ley de Procedimientos Civiles, que alcanza también a las medidas cautelares de posible adopción.

“Para justificar la adopción de medidas cautelares, que superan la clásica suspensión del acto reclamado, la Sala ha expresado: “conviene ilustrar que si bien es cierto la Ley de Procedimientos Constitucionales únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un valladar para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecuciones de las decisiones que se dicten en esta sede. Precisamente

porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso; finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera paralización de los actos impugnados, motivo por el cual se vuelve indispensable la adopción de otras medidas aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo (...) ¹²⁰

b) Inexistencia de una potestad cautelar implícita.

De lo anterior podemos concluir que esta potestad cautelar, cuya inherencia a la propia función jurisdiccional permitiría al Juez o Tribunal acordar aquellas medidas cautelares que considerase convenientes para asegurar los resultados del proceso, incluso las no previstas –específica o genéricamente– por la Ley se encuentra implícita. Todo ello en virtud que la medida cautelar adoptada en el proceso objeto de ella sea idónea y funcional para garantizar la eficacia de la aplicación de la justicia.

El principio de legalidad procesal, en su vertiente negativa, se opone en efecto, no sólo a la adopción pretoriana de una medida cautelar atípica – en el sentido de no determinada ni siquiera genéricamente por la ley procesal–, sino también a la realización en tales casos de una actividad

¹²⁰Auto de admisión del-I- 2002, Amparo 12-2002, considerando II

procesal, sea de declaración sea de ejecución de la medida, que incurriría en el misma falta de tipicidad.

Lo anterior no impide, que Jueces y Magistrados puedan utilizar adecuadamente en el ejercicio de la potestad cautelar, y de la jurisdiccional en general, todos los instrumentos y métodos jurídicos que el Ordenamiento pone a su disposición para salvar los defectos interpretativos o lógicos, en que pudiera incurrir el sistema jurídico en materia cautelar.

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

2.7.4 .2. El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad exige, *lato sensu*, que la necesaria armonización entre los distintos derechos, valores y bienes constitucionales que entren en conflicto en un determinado supuesto se resuelva mediante una necesaria y casuística ponderación entre aquél a

cuya preservación tienda la medida restrictiva, y aquel otro sacrificado con la misma, a fin de decidir cuál de ellos resulta preponderante en el supuesto planteado y determinar si la medida adoptada, en consecuencia, resulta proporcionada o, por el contrario, desproporcionada, en el supuesto en cuestión.

a) *Proporcionalidad y automatismo en materia cautelar*

La potestad cautelar tiende, a la consecución de un fin de relevancia constitucional, y a tal objeto se desenvuelve en una serie de actos procesales coercitivos que llegan con relativa frecuencia a limitar incluso derechos constitucionales de quienes a ella se encuentra sometidos. Por este motivo su ejercicio se encuentra informado –y limitado– *necesariamente* por la vigencia del principio de proporcionalidad: «una medida desproporcionada o irrazonable –se afirma en la STC 108/1984, de 26 de noviembre– no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso». Dicho juicio de ponderación podrá ser fiscalizado en sede constitucional en el de recurso de amparo constitucional determinado, toda vez que según reiteradísima jurisprudencia «cuando se trata de una medida restrictiva de derechos, compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida, no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho

fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna» ¹²¹

El hecho de que el principio de proporcionalidad, en su interpretación constitucional, haya de traducirse necesariamente en un juicio de ponderación de los intereses, pone precisamente en tela de juicio cualquier automatismo en materia cautelar.

La injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la medida cautelar, producida de un modo automático, sin considerar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida y sin tomar en consideración tampoco los intereses sacrificados, impide verla como el resultado de un juicio de ponderación entre los derechos, valores o bienes constitucionales en conflicto y debería por ello considerarse inconstitucional.

Desde una perspectiva general, así lo ha puesto de manifiesto *GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO*, al señalar que «toda norma restrictiva de derechos fundamentales debe conceder a los jueces la discrecionalidad suficiente para evitar que su aplicación resulte desproporcionada en el caso concreto, por no haber podido ser valoradas las circunstancias concurrentes. El automatismo, en esta

¹²¹ STCE 170/1996, y las que allí se citan: SSTC 50/1995, 128/1995, 34/1996 y 62/1996.

materia, no es, en absoluto, deseable». Advirtiendo seguidamente este mismo autor que la inconstitucionalidad ha de ser la *sanción* para las normas jurídicas que prescribiendo el automatismo en la restricción de derechos constitucionales priven al juez de la posibilidad de fiscalizar la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

En especial, con referencia exclusiva a la tutela cautelar, ha sido *SERRA* quien mejor y más contundencia lo ha expresado. Al tratar de la nota de sumariedad de la cognición cautelar da muestras incluso de su indignación cuando sentencia: «Tampoco estriba la sumariedad en la automaticidad del juez, como ocurre por ejemplo en la suspensión de la obra nueva del artículo 1.663 LEC, clara muestra de incorrección legislativa por olvido de los principios generales en materia cautelar. “De iure condenó” no debería poder acordarse medida cautelar alguna que no dependiera de unos presupuestos aunque estuvieran reducidos al mínimo».

En efecto, el ejercicio de una potestad de gravamen, como es la cautelar, tan *alegremente*, de forma automática y sin atender a presupuesto alguno, además de poner de manifiesto la falta de necesidad en su actuación, carece de toda justificación, y es por ello desproporcionado.

No obstante, antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en tales casos, deberá intentar el Juez hallar una interpretación conforme a

la Constitución, que le permita cumplir con todas las exigencias que el principio de proporcionalidad le impone.

b) Requisitos

Los dos presupuestos del principio de proporcionalidad que suelen citarse por la doctrina: el de legalidad y el denominado de justificación teleológica.

Suponiendo, en consecuencia, que el poder –y la medida en concreto– que se pretende ejercitar en un proceso determinado ha sido atribuido expresamente por la Ley, y que es cautelar, esto es, que dicho poder se justifica en la necesidad de salvaguardar la eficacia práctica de la ulterior sentencia ante la existencia de un *periculum in mora*, el principio de proporcionalidad exige aún que su ejercicio respete varias exigencias.

Tales requisitos pueden ser clasificados, siguiendo a *GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO* distinguiendo aquellos extrínsecos a las medidas: el subjetivo de *judicialidad* y el formal de *motivación*, de aquellos otros a los que cabría denominar intrínsecos y que estarían constituidos por los subprincipios de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.

El primer grupo de requisitos –extrínsecos– nada dice sobre el contenido de la medida restrictiva en cuestión, tan sólo sobre su manifestación constitucionalmente ilegítima *ab initio* si en su adopción no interviene decisivamente una autoridad judicial o lo hace pero sin dar a conocer,

tras una ponderación de los valores enfrentados, las razones que le han llevado a adoptar su decisión. Como se ha dicho muy gráficamente, en materia de derechos fundamentales los Tribunales deben ostentar no sólo la última, sino también la primera palabra¹²², lógicamente expresada mediante una resolución judicial verdaderamente motivada, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico¹²³. Caso de no ser así, la medida habría de ser vista «como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial»¹²⁴, lesivo por sí mismo del derecho fundamenta restringido y de la garantía que el artículo 9 LPC en adelante establece frente a la arbitrariedad de cualquier poder público.

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

Desde esta perspectiva, el principio exige que la medida cautelar sea, en primer lugar, *idónea*, esto es apta para conseguir la finalidad asegurativa que con ella se pretende para lo cual deberá adaptarse en cada caso, tanto cualitativa como cuantitativamente, a la situación cautelada (art. 726.1.º LEC). Así, no será cualitativamente idónea, por ejemplo, la

¹²² KERN Y WOLF, cit. por GIMENO, *El proceso de habeas corpus*, en su 2.ª edic., actualizada por J. Vecina, Madrid 1996, p. 16

¹²³ arts. 24.1 y 120.3 CE

¹²⁴ STCE 112/88, de 8 de junio.

medida de embargo preventivo cuando se trate de asegurar la ejecución en sus propios términos de una condena a dar una cosa específica, ya que el embargo de bienes no garantiza la entrega de otra cosa que no sea dinero. Por razones cuantitativas, un embargo de bienes desmesurado en relación con lo que constituye el crédito discutido en el proceso resulta igualmente desproporcionado.

En según término, el principio exige que la medida cautelar sea *necesaria*, en un doble sentido: de un lado, como medida que responde a una previa necesidad de cautela, y, de otro, como medida estrictamente necesaria para el fin que se pretende conseguir con su adopción.

En el primer sentido, una determinada medida cautelar es innecesaria cuando la eficacia de la ulterior sentencia se encuentra en ese momento asegurada y, a pesar de ello, dicha medida se adopta. Lo que se nos ocurre que puede suceder: bien porque esté rigiendo ya en el proceso una cautela proporcionada adoptada con anterioridad, bien porque el «*periculum in mora*» no concurra (que es lo que subyace en la previsión del artículo 728.II LEC), o bien, finalmente, porque dicho perjuicio no pueda considerarse en realidad como tal al faltar en el caso concreto la apariencia de buen derecho («*fumusboni iuris*»). La explicación para este último supuesto es sencilla: «no hay “*periculum in mora*” sin “*fumusboni iuris*”, es decir, no hay propiamente perjuicios o riesgos de ineficacia susceptibles de aconsejar la adopción de una medida cautelar si el

derecho o interés aducido por el actor no aparece “prima facie” como verosímil a los ojos del juzgador.

La relación entre ambos requisitos llega a ser tan estrecha que no habría dificultad alguna en sostener que el “*periculum in mora*” es el único presupuesto genérico para la adopción de las medidas cautelares, toda vez que su noción comprende indefectiblemente la de “*fumusboni iuris*”» (Vecina: *La trascendencia del «fumusboni iuris» como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional.*¹²⁵. La medida cautelar que se adopte, en las tres circunstancias señaladas, será desproporcionada por innecesaria.

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

c) Otros límites externos e internos

No toda medida cautelar que sea idónea, necesaria y proporcionada puede ser adoptada en el curso del proceso. Además es necesario que dicha medida respete una serie de exigencias que actúan en el ejercicio

¹²⁵A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993, en «Revista de Derecho Procesal», núm. 1/1995, pp. 262 y 263.

de la potestad cautelar como auténticos límites, externos unos e internos otros. Entre los primeros se encuentra el consistente en el respeto al principio de separación de poderes, propio de todo Estado de Derecho, que impide a los órganos jurisdiccionales sustituir en sede cautelar al Poder Legislativo – respeto al principio de legalidad ya comentado– o al Poder Ejecutivo –respeto sobre todo a la discrecionalidad y oportunidad administrativa–. Entre los segundos, la imposibilidad de que se pueda obtener en el proceso cautelar cualquier cosa de más o diferente de cuanto se podrá obtener con la resolución judicial definitiva o en contraste con otras normas del Ordenamiento jurídico, sobre todo constitucionales.

2.8. Tutela Jurisdiccional Cautelar.

La justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, conforme tiene declarado la jurisprudencia, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar cuando resulte necesario.

No es un fin en si misma, sino tan solo un instrumento para hacer realidad los derechos sustantivos prometidos por la Leyde fondo, cuya consecución haga posible el fin abstracto del proceso: *lograr la Paz Social en Justicia.*

2.8.1. Finalidad.

En la clasificación de los procesos judiciales se emplean diversos criterios. Atendiendo al criterio de función o finalidad los procesos son de cognición, ejecución y cautelar, según sea para declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia.

No obstante, en doctrina aun se discute si el proceso cautelar es efectivamente un proceso o un procedimiento, sosteniéndose que no es proceso porque en él no se resuelve un conflicto de intereses ni se elimina una incertidumbre jurídica, sino que solo se garantiza el cumplimiento de una pretensión que corre en el proceso principal de cognición o de ejecución, donde sí se resuelven conflictos de intereses. En nuestro sistema el proceso cautelar se rige por la finalidad del proceso principal, teniéndose a sí que toda medida cautelar, solicitada dentro o fuera de un proceso, es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

2.8.2. Características del Procedimiento.

El procedimiento viene a ser la forma de materializar o hacer tangible los actos previstos por el legislador; es seguir las reglas establecidas para llevarse a cabo el trámite y desarrollo del procedimiento.

Para la satisfacción de la finalidad cautelar y de valor de la eficacia, se ha establecido un procedimiento, al cual le coexisten ciertas características:

a) Es reservado.

Significa que en ningún momento es público, sino que exige discreción y prudencia. Ya que se corre el peligro de hacer inservible la institución procesal.

De esta forma, una vez recibida una petición cautelar por el órgano jurisdiccional, corresponde a este tomar la decisión con estricta observancia de esta característica del procedimiento.

La reserva del procedimiento cautelar alcanza a todas sus etapas de desarrollo, calificación de la petición cautelar, dictado de la resolución y posterior ejecución, tanto así que la notificación al afectado ocurre recién después de ejecutada la medida concedida.

b) Es *audita et altera pars*.

Ordenada o no la suspensión provisional inmediata, se pedirá informe a la autoridad o funcionario demandado, quien deberá rendirlo dentro de veinticuatro horas. En el informe, la autoridad se concretará a expresar si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen. Pues la real existencia del acto impugnado pues la real existencia de un presupuesto indispensable para entrar al fondo del asunto – sentencia definitiva-, ósea que la comprobación de la existencia del acto reclamado posibilita entrar a satisfacer la pretensión constitucional de amparo; así la

autoridad demandada niega, el actor tendrá que probar forzosamente a lo largo del proceso; de lo contrario se sobreseerá.

La falta de informe dentro del término legal, hará presumir la existencia del acto reclamado para los efectos de la suspensión, y se impondrá al funcionario desobediente una multa de diez a cien colones a juicio prudencial de la Sala.¹²⁶

c) Es rápido.

Toda petición cautelar presupone urgencia. El tiempo es un elemento fundamental, en este contexto, razón por la cual el justiciable requiere del órgano jurisdiccional su actuación aquí y ahora, después puede ser demasiado tarde.

Así ante una petición cautelar la decisión puede ser tomada inmediatamente, y ejecutarla con igual rapidez, sin que ello se deba entender como interés inusitado del juez para resolver. El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente, claro está verificando la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar para su ejecución. Exige actuar rápidamente, pues de otra manera podrían verse afectados la eficacia y finalidad de la medida.

d) Es autónomo.

¹²⁶Artículo 22 Ley de Procedimientos Constitucionales.

Este abordado desde el punto de vista teleológico, pues desde el ámbito de su finalidad encontramos que las medidas cautelares no persiguen resolver un conflicto o incertidumbre jurídica, en tanto que las medidas cautelares persiguen asegurar que lo resuelto en aquel proceso principal se cumpla.

2.8.3. La resolución cautelar y su ejecución.

Independientemente de la adopción o rechazo de la petición cautelar, la resolución pone fin al procedimiento cautelar.

Una vez que quedo plenamente establecido el objeto del amparo, y la respuesta fundamentada de la autoridad demandada, queda clausurada la etapa inicial del amparo, pasando, en consecuencia, a su etapa de desarrollo, configurada por dos momentos:

El traslado al Fiscal de la Corte y a la parte actora para que se pronuncien en relación a todo o sucedido hasta el momento; y el plazo probatorio común para las partes.

Conforme a lo dispuestos en el artículo 27 de la Ley de Procedimientos constitucionales, en esta etapa procesal, y vistos los fundamentos de la autoridad demandada con los cuales queda delimitado el “*thema decidendi*”, se corre traslado sucesivo al Fiscal de la Corte y a la parte actora, por el plazo de tres días; este traslado tiene una simple

finalidad: el pronunciamiento en relación general al objeto del amparo que ha quedado establecido con los actos de iniciación.

2.9. La Tutela Cautelar como garantía de la Tutela Judicial Efectiva.¹²⁷

Estos actos procesales de aseguramiento, encuentran su razón de ser en la Tutela Judicial Efectiva¹²⁸, La tutela judicial efectiva es uno de los *derechos* reconocidos con el rango de fundamental por el artículo 18 de nuestra Constitución bajo la figura del derecho de petición¹²⁹. Es

¹²⁷ Ha señalado la Sala de lo Constitucional que la terminología *Tutela Judicial Efectiva*, se encuentra regulada como un derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución española, la cual, según PICÓ JUNOY JOAN en su obra *Las garantías constitucionales del proceso*, tiene, en palabras del Tribunal Constitucional Español un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto; en El Salvador, no encontramos una disposición constitucional que se refiera expresamente a la tutela judicial efectiva, puesto que, como ya se dijo, es un derecho fundamental propio del sistema jurídico español, sin embargo en nuestro país, puede existir un proceso constitucionalmente configurado, el cual tenga como fundamento la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos en la norma fundamental, tales como la presunción de inocencia, juicio previo, derecho de audiencia, etc., dentro de los cuales encontramos aspectos tales como los señalados por el Tribunal constitucional español. Sentencia en el proceso de Habeas corpus del 14/XII/1998. Ref. 442-98/52798ac.

¹²⁸ El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de toda persona a ser parte en un proceso, y a poder promover en su marco la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas[¹Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11/1984]

¹²⁹ En relación con el contenido del derecho de petición, la SC ha dicho que "el ejercicio de este derecho constitucional implica la correlativa obligación de los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les eleven, pues el gobierno de la República está instituido para servir a la comunidad. Se hace necesario señalar, que la contestación a que se ha hecho referencia, no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla –y esto es lo que constituye el objeto de la obligación de la actividad estatal– conforme a las potestades jurídicamente conferidas. Lo anterior no implica que la respuesta deba ser favorable a las pretensiones del gobernado, solamente la de obtener una pronta respuesta (...). De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que un funcionario o entidad estatal satisface el derecho constitucional de petición al responder la solicitud presentada, en el sentido que aquél

también característica propia de la tutela judicial efectiva, que implique el derecho de todo actor o demandante a obtener una resolución sobre el fondo del proceso, jurídicamentemotivada, a través de su formulación en los fundamentos de derecho de la resolución. En consecuencia, supondrá una violación de este derecho aquella resolución que revele una evidente contradicción interna entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo¹³⁰; la tutela judicial efectiva comprende igualmente "el derecho a utilizar los recurso ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos. Necesariamente, la tutela judicial efectiva implica una

considere procedente, pero siempre con estricta observancia de lo preceptuado en la Constitución y las leyes secundarias (...); aunque el art. 18 en comento no lo indique, la contestación que debe recaer a una solicitud debe ser congruente con ésta; puesto que resulta igualmente violatorio del derecho constitucional de petición cuando la respuesta producida por la autoridad es incongruente respecto a lo requerido", Sentencia de 4-VI-1997, Amp. 41-M-96, Considerando II 2.

¹³⁰ Garantía del Juez natural: Sobre el contenido de este derecho, el tribunal ha afirmado que "tal categoría jurídica, protegible a través del amparo, exige en su contenido la convergencia de cuatro elementos: (a) que el Órgano Judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; (b) que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; (c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de juez ad hoc, especial o excepcional, y (d) que la composición del Órgano Judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros. Por ello, el art. 15 Cn. no se extiende a garantizar un juez concreto, sino únicamente comprende el derecho a que la causa sea resuelta por el juez competente; así, resulta válido señalar que el derecho al juez natural, se ve vulnerado al atribuirse indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción que no corresponde. En efecto, mientras que el ejercicio de diversos derechos y libertades requiere una normativa de desarrollo que especifique sus límites respecto a otros derechos, y provea las condiciones para su efectividad, tal no es el caso en cuanto a este derecho, cuyo ejercicio queda garantizado por la mera aplicación en cada supuesto de las normas preexistentes atributivas de competencias; de manera que el contenido de este derecho se agota con esa aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle, o precise las condiciones de su ejercicio". Sentencia de 21-V-2002, Amp. 237-2001, Considerando IV b.

exigencia de que el fallo judicial se cumpla y que en consecuencia el actor sea repuesto en su derecho y, en su caso, compensado, ya que difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, que sean protectores de derechos fundamentales¹³¹ vulnerados por una norma en específico, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional. De lo cual concluimos que tutela judicial efectiva comprende en un triple e irrevocable enfoque:

- a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.
- b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión.
- c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

El principio de la Tutela Cautelar, es una derivación de la Tutela Judicial Efectiva, se presenta como límite infranqueable a la potestad jurisdiccional, pues el juzgador debe realizar un examen antes de adoptar alguna medida cautelar ya que es sus manos están puestas las esperanzas de que sea un buen y efectivo administrador de la

¹³¹La SC ha explicitado que con el concepto derechos fundamentales "se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución". Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 1.

justicia.—Las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias ó excepcionales, sino que se convierten en instrumento de la tutela judicial ordinaria, pues son necesarias al juzgador para la aplicación de la justicia, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho constitucional.¹³² El derecho a la Tutela Cautelar se inserta en el marco jurídico más amplio del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, y adquiere una trascendencia de gran magnitud por la finalidad que lo inspira: asegurar la eficacia del proceso judicial y, con ella, el del derecho sustantivo.

Los efectos negativos que trae consigo la demora en la resolución oportuna de las causas judiciales pueden ser disminuidos, en parte, mediante la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado y excepcionalmente innovativas dependiendo el caso particular, que les devuelva a los particulares la confianza de que el Estado no solamente es capaz de resolver sus conflictos, y brindarles la seguridad jurídica¹³³ que necesitan, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir. Así, la Tutela Cautelar Judicial es un instrumento que sirve para evitar el

¹³² Dicha afirmación es establecida por el Tribunal Supremo español en sentencia del 10 de Noviembre de 2003.

¹³³ El tribunal ha señalado que la seguridad jurídica es una condición para la garantía de los derechos fundamentales: *la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.* Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2.

peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, de manera que la sentencia que en su día declare derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtener por este camino la eficacia de la Administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento constitucional, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserve la seguridad jurídica.¹³⁴

Cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos, a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos, que rigen y se aplican a situaciones posteriores a su entrada en vigencia, puede hablarse de seguridad jurídica. De allí la importancia que revisten las garantías, tendientes a la efectividad de los derechos sustanciales, pero fundamentalmente también la organización del poder a través de una serie de potestades que se atribuyen a las magistraturas públicas, las que constituyen garantías políticas de control de las libertades.

Del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos ó intereses de los sujetos procesales, principalmente de los demandantes, por la

¹³⁴Sobre las dimensiones de la faceta objetiva de la seguridad jurídica, ha dicho que "relacionadas las principales características y dimensiones del concepto de seguridad jurídica, todas ellas se pueden englobar en dos exigencias básicas: (a) corrección funcional, que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación, es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y (b) corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico". Sentencia de 17-XII-1999, amp. 48-98, Considerando III 2.

demora en la resolución de las causas judiciales, no escapa la tramitación de los procesos que se plantean ante La Jurisdicción constitucional, por el contrario, esa eventualidad resulta ser gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por las demás jurisdicciones. Ello resulta así, porque en este tipo de procesos la legislación únicamente reconoce como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto reclamado, pero no contempla ningún otro tipo de protección cautelar ó prohíban el desarrollo de alguna actividad. La tutela cautelar constituye un instrumento útil para evitar que la justicia pierda ó deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto deja de ser justicia¹³⁵.

Ello no quiere decir que el juzgador no pueda adoptar otras medidas cautelares que le ayuden a garantizar la aplicación justa y efectiva de la justicia.

2.9.1. Fundamento para la aplicación de Medidas Cautelares.

El derecho a obtener Tutela Cautelar, se enmarca dentro de un derecho de Tutela Judicial Efectiva, cuyo contenido comprende el de acceso a la Tutela Judicial, el de conseguir una resolución fundada en

¹³⁵ PASTOR DE PEIROTTI, IRMA y Otros, *Medidas Cautelares en la justicia administrativall: Fundamentos y Alcances. Estudios de derecho administrativo*, X. El proceso administrativo en la República de Argentina, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004, pág. 433.

derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, y el de obtener la ejecución de la sentencia. Aun cuando no es lo mismo Tutela Cautelar que Tutela Judicial Efectiva, la primera es un instrumento de la segunda, en tanto contribuye a su consecución, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada, no sólo en el plano jurídico, sino también en el plano fáctico, y eso se logra precisamente a través de la medida cautelar, que se constituye en el instrumento por excelencia para darle eficacia a la decisión final del proceso. La Tutela Cautelar cumple un papel central al momento de contrastar el logro de los fines del proceso, los cuales no podrían conseguirse si al momento de obtener una decisión definitiva sobre el fondo, han desaparecido parcial o totalmente las condiciones que permitan el cumplimiento de lo ordenado. El derecho a la Tutela Judicial efectiva reclama la existencia de una Tutela Cautelar, y en concreto la posibilidad de que la ejecutividad del acto pueda someterse al control judicial.

En tal sentido, se pueden solicitarse cuantas medidas cautelares sean necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia, lo cual implica que para que exista una tutela judicial efectiva en el proceso, la Sala deberá conceder las medidas cautelares pertinentes, idóneas y proporcionales para que el actor no quede en el estado de indefensión. Por lo tanto, el fundamento de las medidas cautelares es la Tutela

Judicial efectiva de la jurisdicción, garantizando así la efectividad de la sentencia.

2.9.2. La tutela cautelar en el Proceso de Amparo.

La tutela cautelar, se encuentra prevista para la protección de los derechos subjetivos fundamentales de la persona, distintos a la libertad individual, por lo cual la Sala puede conceder medidas cautelares en los procesos constitucionales destinados a proteger tales derechos como lo es el proceso de amparo.

Las adopción de medidas cautelares tiene por objeto garantizar la eficacia de los resultados del proceso principal, respecto del cual es accesorio.

La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del *el justiciable* como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella, máxime en una realidad en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio tiempo en un bien¹³⁶.

¹³⁶MAGNO, CARLO, *La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales*. <http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/236.pdf> Págs. 177 y s.s.

2.9.2.1. Ley de Procedimientos Constitucionales.

La vigente Ley de Procedimientos Constitucionales prevé la posibilidad de decretar la suspensión del acto reclamado en el capítulo II de título III, específicamente artículos 19 al 25, retomando, en ciertas medidas, el contenido de las disposiciones de las precedentes leyes de amparo¹³⁷.

Al igual que en las anteriores normativas, el auto de admisión de la demanda de amparo contiene varios pronunciamientos, entre ellos, sobre la procedencia o no de decretar la suspensión del acto reclamado o, en general, cualquier medida cautelar. Pero, además de eso, supone el inicio de un incidente dentro del proceso de amparo, dirigido, a recabar más elementos para resolver nuevamente sobre las medidas cautelares. En otros términos, es un pronunciamiento consustancial al auto de admisión de la demanda de amparo,¹³⁸ y que, por tanto, lo efectúa oficiosamente el tribunal.

A diferencia de las anteriores leyes que han regulado el amparo en El Salvador, la vigente establece algunos lineamientos que debe tomar en

¹³⁷ Desarrolla los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción», a partir de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva...por lo que la adopción de medidas innovativa, que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario».

¹³⁸ Artículo 19 inciso 1° “Al admitir la demanda, la Sala en el mismo auto, resolverá sobre la suspensión de acto contra el que se reclama, aun cuando el peticionario no la hubiere solicitado”.

consideración la Sala de lo Constitucional al momento de pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado, los cuales relacionamos a continuación, pero que analizaremos posteriormente a la luz de la jurisprudencia constitucional,¹³⁹ a saber:

Naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos: aquellos que producen efectos positivos.¹⁴⁰

Presupuesto para la adopción de la suspensión del acto reclamado: periculum in mora o el daño o efectos negativos que el transcurso del tiempo ocasionaría en lo relativo a la eficacia de la sentencia.¹⁴¹

Efectos que produce la resolución que deniega la suspensión del acto reclamado: no pasa en autoridad de cosa juzgada.¹⁴²

Así, en el auto de admisión de la demanda de amparo, la Sala, en virtud de lo expuesto anteriormente, tendrá que requerirle, como parte del procedimiento que inicia con dicha resolución, un primer informe a la autoridad demandada, quien deberá rendirlo dentro del plazo de veinticuatro horas,¹⁴³ en el que tendrá que concretarse a expresar si son

¹³⁹ Infra, pp.8-23

¹⁴⁰ Artículo 19 inciso 2°. *“En todo caso, la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos”.*

¹⁴¹ Artículo 20 *“Será procedente ordenar la suspensión provisional inmediata del acto reclamado cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparable”.*

¹⁴² Artículo 25 *“La resolución que deniegue la suspensión del acto no causa estado y podrá revocarse en cualquier estado del juicio, siempre que la Sala lo estime procedente”.*

¹⁴³ Artículo 21 *“Ordenada o no la suspensión provisional inmediata, se pedirá informe a la autoridad o funcionario demandado, quien deberá rendirlo dentro de veinticuatro horas”.*

ciertos o no los hechos que se atribuyen. En el supuesto en que dicho informe no sea rendido por aquélla, se presumirá la existencia del acto reclamado.¹⁴⁴

Posteriormente, mandará a oír al fiscal de la Corte en la siguiente audiencia-veinticuatro horas-.Con su contestación o sin ella, la Sala hará un nuevo pronunciamiento sobre la suspensión del acto reclamado: decretándola, en caso de que no lo haya hecho en el auto de admisión; revocándola si la decretó, o confirmando la decretada o denegada anteriormente.¹⁴⁵

Como se advierte del contenido de los párrafos anteriores, la fase inicial del proceso de amparo diseñada en la normativa vigente, en el caso en que es admitida la demanda, versa principalmente sobre este tema de la suspensión del acto reclamado, ya que el primer informe que se solicita a la autoridad demandada tiene un alcance limitado, específicamente que se pronuncie sobre si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen y, todavía más, la presunción que establece la Ley para el supuesto en que la autoridad no rinde ese primer informe, surte efectos únicamente en lo

¹⁴⁴ Artículo 22 En el informe, la autoridad se concretará a expresa si son ciertos o no los hechos que se atribuyen. “La falta de informe dentro del término legal, hará presumir la existencia del acto reclamado para efectos de la suspensión, y se impondrá al funcionario desobediente una multa de diez a cien colones a juicio prudencial de la Sala”.

¹⁴⁵ Artículo 23 “recibido el informe o transcurrido el plazo sin que el demandado lo rindiere, se mandara a oír en la siguiente audiencia al Fiscal de la Corte. Con la contestación del Fiscal o sin ella, la Sala resolverá sobre la suspensión, decretándola, declarándola sin lugar o, en su caso, confirmado o revocando la provisional si se hubiere decretado”.

concerniente a la suspensión del acto reclamado, y no en cuanto al tema de fondo: la existencia del acto y la lesión constitucional.

Asimismo, la audiencia que se le confiere al fiscal de la Corte tiene por objeto oír la opinión de un tercero, distinto al actor y a la autoridad demandada, que ilustre al Tribunal sobre la concurrencia de los presupuestos básicos para confirmar la medida cautelar decretada, revocarla, dictarla o modificarla, según el caso; ya que una vez transcurrida esta etapa- con la intervención del fiscal o sin ella- debe hacer nuevo pronunciamiento en el sentido antes indicado.

En este sentido, el incidente que se genera una vez admitida la demanda de amparo, en el que intervienen la autoridad demandada y el Fiscal de la Corte, pretende dotar a la Sala de más elementos de juicio para hacer el nuevo pronunciamiento que exige la ley sobre el tema de las medidas cautelares, pues, no hay que olvidar, que el que hay en el auto de admisión se fundamenta únicamente en la declaración de voluntad efectuada por la parte actora en la demanda; es decir, con una versión parcial o subjetiva de los hechos.

La anterior consideración es congruente con la postura que tiene la jurisprudencia constitucional en relación con la preclusión de la oportunidad de la parte actora para modificar la demanda de amparo, ya que, según la Sala, el primer informe que se le pide a la autoridad demandada no tiene por objeto que esta se pronuncie sobre la

pretensión incoada en el proceso; es decir, ejercer su derecho de defensa, sino únicamente sobre si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen a efecto de contar con más elementos al momento de hacer el nuevo pronunciamiento sobre las medidas cautelares, lo cual es congruente, tal como antes se dijo, con el efecto que según la ley produce la no contestación del referido informe; por dicha razón, según la Jurisprudencia del Tribunal, es hasta que rinde el informe justificativo, que prevé el artículo 26 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que se pronuncia sobre el objeto del proceso-y ejerce su derecho de defensa- y precluye, consecuentemente, la oportunidad de modificar la demanda de amparo.¹⁴⁶

Estimamos que el diseño contenido en el capítulo II del título III de la Vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, que retoma prácticamente el de las anteriores normativas, no es el adecuado, pues, si bien es cierto, al inicio del proceso el Tribunal no cuenta con los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre la medida

¹⁴⁶ Este Tribunal entiende aplicable en el proceso de amparo el artículo 201 del Código de Procedimientos Civiles, el cual dispone que después de contestada la demanda, esta no puede variarse ni modificarse bajo concepto alguno. La preclusión de la oportunidad de modificar la demanda está justificada en razón de la determinación del *themadecidendum* a discutirse en un caso concreto, pues permitir el constante cambio de los fundamentos de una pretensión, afectaría tanto la seguridad jurídica como la igualdad de las partes en el proceso. En el caso del proceso de amparo, este Tribunal entiende que la rendición del informe justificativo de la autoridad demandada o- por tratarse de un proceso que se impulsa oficiosamente-, el vencimiento de dicho plazo, supone la preclusión de la oportunidad para modificar la demanda y, en consecuencia, no es procedente la modificación de la demanda con posterioridad a la rendición del informe justificativo o al vencimiento del lapso para rendir tal informe. Interlocutoria pronunciada en el amparo 131-97, el 23 de julio de 1997.

cautelar, el mismo, para lograr satisfacer dicha necesidad, deja de lado la celeridad con que debe tramitarse un proceso de esta naturaleza y, en la práctica, no alcanza el resultado que pretende, que es enriquecer el conocimiento de la Sala para hacer el nuevo pronunciamiento sobre las medidas cautelares.

Ello es así, ya que dicho incidente en el fondo suspende el curso del procedimiento de la pretensión de amparo, en concreto por un lapso no menor de setenta y cinco días,¹⁴⁷ lo cual, analizándolo a la luz de los resultados que puede producir, carece de justificación ya que en la práctica los elementos que arroja el primer informe son mínimos, no sólo en virtud de la actitud propia de la autoridad demandada en relación con el proceso, sino en consideración a los límites temporales y de contenido que la misma ley le fija al referido informe, en específico, al plazo de veinticuatro horas para rendirlo y el sentido concreto sobre el que debe pronunciarse.

Además de eso, en teoría, el fiscal de la Corte, al momento de evacuar la audiencia que se le confiere, tendría que verter su opinión con base en los elementos incorporados en la demanda y el informe de la autoridad demandada, los cuales, sobre todo en el caso de esta última, son mínimos, en virtud de eso difícilmente puede hacerse mayor aporte en

¹⁴⁷ Promedio aproximado que se ha sacado de la base de datos pública de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

relación con el tema de las medidas cautelares, lo cual ha llevado a que el fiscal, por ejemplo desde el 2003 a 2006, no haya hecho uso de dicha audiencia en ninguna ocasión.¹⁴⁸

La circunstancia señalada ha llevado a que la Sala, en la generalidad de los casos, confirme la resolución que sobre las medidas cautelares proveyó en el auto de admisión de la demanda; es decir, que una vez concluido el incidente cautelar, al advertir el Tribunal que los elementos que le sirvieron para decretar o denegar la medida cautelar no han variado, confirme la resolución a través de la cual hizo dicho pronunciamiento.

Las situaciones apuntadas nos llevan a concluir que es ineludible una reforma legal en este aspecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales, a efecto de que el amparo sea efectivamente un mecanismo que se encuentre estructurado de forma tal que la protección jurisdiccional, en todas sus manifestaciones, sea real, en este caso en concreto dichas reformas, entre otras, deben conjugarlos derechos a que las resoluciones judiciales se pronuncien en un plazo razonable, específicamente la definitiva, y a la efectividad de las resoluciones judiciales, particularmente a través de las medidas cautelares.

¹⁴⁸ Según consta en el sistema público de información de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En otros términos, las reformas a efectuarse deben ir dirigidas a lograr que el proceso se estructure de forma tal que le permita a la Sala obtener, dentro de la tramitación del mismo, los elementos necesarios para adoptar, oportunamente, las medidas cautelares idóneas para posibilitar que la sentencia definitiva, además de ser eficaz, se pronuncie en un plazo razonable, pues no es verdadera justicia la que se imparte cuando la decisión no es ejecutable o simplemente llega tarde.¹⁴⁹

¹⁴⁹ MONTESINOS GIRALT, MANUEL ARTURO, *Las Medidas Cautelares en el Amparo Salvadoreño*, (Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM) estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio.

CAPÍTULO TRES.

LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO.¹⁵⁰

SUMARIO:

3.1 Generalidades; 3.2 La Suspensión del acto reclamado en el Amparo Colonial; 3.3 El amparo en El salvador; 3.4 La suspensión del Acto reclamado en las Leyes de Amparo de El Salvador; 3.5 Lineamientos al momento de pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado; 3.6 La suspensión del acto reclamado como Medida Cautelar aplicada al proceso de Amparo; 3.7 Proceso de Amparo; 3.8 Jurisprudencia Constitucional; 3.8.1 Finalidad; 3.8.2 Naturaleza; 3.8.3 Actos susceptibles de ser suspendidos; 3.8.4 Características; 3.8.4.1 Elementos característicos de la suspensión del Acto Reclamado;

3.1. Generalidades.

Bajo tal concepto, entendemos que es una paralización que afecta a la actividad autoritaria impugnada en la vía de amparo por el agraviado, por ello recibe el adjetivo de “*suspensión provisional*”, porque su subsistencia dura mientras la Sala dicta la resolución correspondiente en su incidente de suspensión, concediendo o negando la cesación definitiva del acto reclamado.¹⁵¹

¹⁵⁰ La figura de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, es sin duda de gran trascendencia en el proceso, es tan importante o más que el propio juicio de amparo.

¹⁵¹ Esta institución tiene por objeto primordial mantener viva la materia del amparo mientras se decide si el acto reclamado es o no violatorio de garantías individuales, lo anterior se logra evitando que el acto reclamado en el juicio de amparo se siga ejecutando.

Debemos tener presente que respecto del otorgamiento de la suspensión del acto reclamado en los Juicios de Amparo, existen a saber dos formas de concederse por la Sala sin que previamente exista ninguna gestión del agraviado, solicitando su otorgamiento y la suspensión a petición de parte.¹⁵²

En esto radica la importancia de la suspensión, pues de muy poco serviría que se concediera el amparo y la protección jurisdiccional, si el acto ya se hubiese consumado de manera irreparable.

No obstante lo anterior, debe reconocerse que son muchos los amparos que se promueven con el único objeto de que se suspendan los actos reclamados, a sabiendas de que no se tiene la razón respecto al fondo del amparo, o bien que este es improcedente.

El arraigo que el juicio de amparo tiene en la conciencia constitucional, se debe en gran medida, expresa *ALFONSO NORIEGA*¹⁵³, a la figura de la suspensión del acto reclamado. Esta nobilísima institución, agrega, ha contribuido, como lo hizo en Aragón el Justicia Mayor, para que muchos hombres fueran arrancados del patíbulo, o bien recobrarán su libertad injustamente perdida; ha sido un muro inconmovible para detener los excesos e ilegalidades del poder y, ha conferido al juicio de amparo

¹⁵² **GONZÁLEZ LLANES, MARIO ALBERTO; *Manual sobre el juicio de amparo 2004: principales elementos a considerar*; Pág. 60.**

¹⁵³ NORIEGA, ALFONSO. *Lecciones de Amparo*; quinta edición. Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 981.

autoridad, fuerza y eficacia. Aún y cuando se deba reconocer que la figura en comento no es una creación mexicana, como bien lo dice el actual ministro *JUVENTINO V. CASTRO*¹⁵⁴, sino que lo que se hizo fue agrupar principios procesales y medios eficaces de defensa que se pierden en los albores del derecho sistematizado.

3.2. La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo Colonial.

Quienes han escrito acerca de los antecedentes de la figura de la suspensión del acto reclamado coinciden, en buscar los antecedentes de la figura en cuestión. *ANDRÉS LIRA GONZÁLEZ*,¹⁵⁵ analizando el origen del amparo, encontró antecedentes de la figura de la suspensión del acto reclamado en la época colonial, y al respecto escribió:

“Otro de los aspectos de los alcances del mandamiento de amparo es, según señalamos arriba, la suspensión del acto reclamado. Encontramos suspensión de actos reclamados en casi todos los amparos, pues se puede advertir cómo en las órdenes dadas a los alcaldes mayores, corregidores, y en general ejecutores del mandamiento de amparo se les advierte que hagan cesar los actos de agravio; pero esta suspensión o cesación, no es equiparable a la del moderno derecho procesal, en el cual se entiende por suspensión la cesación temporal de efectos de

¹⁵⁴op cit. CASTRO, JUVENTINO; Pág. 11.

¹⁵⁵LIRA GONZALEZ, ANDRES. *El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo Mexicano*; Fondo de Cultura Económica. México 1972. Pág. 56.

actos jurídicos determinados. En este sentido hay sin embargo algunos casos claros de amparo colonial, en los que el mandamiento tiene esos efectos suspensivos, como el otorgado en 1591 a los naturales de Joxutla por el virrey don Luis de Velasco, amparándolos en unas tierras y en el que dispone:...que por ahora y hasta que por mí [dice el Virrey] otra cosa se provea, se mande y se ampare a los dichos naturales en las tierras que se incluían en las dichas llanadas [de una estancia denominada Joxutla, antes mencionada] y no se eche en ellas ganado alguno por ninguna persona...Fecho en México a treinta días del mes de enero de mil quinientos noventa y un años...”

3.3. El amparo en El salvador.

El Control Jurisdiccional de la legitimidad constitucional, tiene positivación en El Salvador, por primera vez, en la Constitución de la República Federal de Centroamérica, decretada el 9 de septiembre de 1921 que en su artículo 130 disponía:

“Podrán también entablarse ante la Corte Suprema de Justicia Federal el Recurso de Inconstitucionalidad de una Ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los tribunales, por toda persona a quien

se perjudique en sus legítimos derechos, por su aplicación en un caso concreto. La ley reglamentara el uso de este recurso.”¹⁵⁶

Disposición semejante aparece en la Constitución de 1939 y de 1944, pero el control se concibe en ellas como Amparo contra Ley es decir, que los efectos que producía la sentencia solo eran vinculantes entre las partes del proceso, ya que se trataba de un control concentrado de constitucionalidad.

Dentro de las primeras referencias a las consecuencias de la violación a los derechos constitucionales se encuentra en la constitución de 1841, en la que se hace responsable individualmente al funcionario que restrinja, altere o viole alguna de las garantías del título XVI. El artículo 93 preceptuaba: “Ni el Poder Lejislativo, (sic), ni el Ejecutivo, ni ningún tribunal o autoridad podrá restringir (sic), alterar o violar ninguna de las garantías enunciadas y cualquier poder o autoridad que las infrinja, será responsable individualmente al perjuicio inferido y juzgado con arreglo al título 12 de responsabilidad de la Constitución y además, será reputado como usurpador”.¹⁵⁷

¹⁵⁶BERTRÁN GALINDO, FRANCISCO, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia, El Salvador, Pág.471

¹⁵⁷op. cit.; BELTRAND GALINDO, Pág. 391.

Esta disposición se repite en la Constitución de 1864 (Art.101) y se varía ligeramente en las constituciones de 1871 (Art.126), de 1872 (Art.47) y de 1880 (Art.43).

La constitución de 1883, en el artículo 9, autorizo a todo salvadoreño para realizar reclamaciones ante el Congreso, ante El Poder Ejecutivo, y ante cualquier autoridad competente, por infracciones a la Constitución; e instituyo acción popular” contra los magistrados y jueces en caso de procedimiento ilegal contra las garantías individuales (Art. 114, N°.40.).

La Constitución frustrada de 1885, en su artículo 38: El Artículo 38 Cn. De 1885, estableció el derecho de solicitar y obtener el amparo de la Suprema Corte de justicia o Cámaras de Segunda Instancia, cuando “cualquier autoridad o individuo las restrinja su libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución”; estableció que una Ley especial reglamentaría la manera de hacer efectivo ese derecho¹⁵⁸, instituyó el derecho de solicitar y obtener el amparo, de la Suprema Acorte de Justicia o Cámaras de Segunda instancia, cuando “cualquier autoridad o individuo les restrinja su libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución”; y estableció que una Ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo ese derecho.

¹⁵⁸” Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña: *La Justicia Constitucional*; Volumen I, pág. 223. “

La Constitución decretada el 3 de Agosto de 1886 que era la misma prácticamente no sancionada el año anterior; introdujo en el derecho positivo salvadoreño, la institución del Amparo. . “Toda persona tiene derecho a pedir y obtener el Amparo de la Suprema Corte de Justicia o Cámaras de Segunda Instancia, cuando “cualquier autoridad o individuo las restrinja su libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presenta Constitución; y estableció que una Ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo este derecho.”¹⁵⁹ En esta Constitución, se admitió la idea que el amparo procede cuando el ejercicio de los derechos individuales, es restringido por cualquier individuo u autoridad, en el artículo 37 correspondiéndole según el modelo mexicano, la defensa de todos los derechos consagrados por la constitución, incluida la libertad individual; derecho que desde la Constitución salvadoreña de 1841 (Art. 83.) había estado protegido por “el auto de exhibición de la persona o hábeas corpus”.¹⁶⁰ La constitución fue acompañada de las por ella denomina “Leyes Constitutivas”, según el artículo 149, entre las que figuraba la Ley de Amparo, que tuvo mérito de haber sido la primera regulación procesal para garantizar el régimen de garantías individuales de la Constitución.

¹⁵⁹ Artículo 37. Cn 1886.

¹⁶⁰ op. cit., BELTRAND GALINDO, Pag..368

Era competente para conocer del Amparo, según la constitución citada, La Suprema Corte de Justicia y las Cámaras de Segunda Instancia que no tuvieran su asiento en la capital. El artículo 102 atribución 11° referente a la garantía expresaba: "Decretar y hacer efectivo el recurso de Amparo establecido por el Artículo 37 de esta constitución, en los casos y en la manera prevenida por la Ley". Y el artículo 103 en lo pertinente expresaba: "Las atribuciones contenidas en los números 9, 10, 11 y 12 del artículo anterior, son comunes a las Cámaras de Segunda Instancia que no tengan su asiento en la capital...". La Constitución de 1939 (Art.57) extendió en campo de aplicación del Amparo y lo concedió "cuando cualquier autoridad o individuo restrinja la libertad personal o el ejercicio de los derechos que garantiza la presente Constitución"; además se dispuso que esta garantía: "Solo puede interponerse por la parte agraviada o por su representante legal...". (Art.4 inc 1°)

Mediante las reformas Constitucionales de 1944 dieron origen al retorno a la constitución de 1886, pero debido a que en la constitución de 1939, y en menor medida la constitución de 1944, habían introducido cambios importantes en diversas instituciones, no fue posible que aquella se adoptara en su forma original y por ello se introdujeron cambios por medio del decreto N°.251 del 29 de Noviembre de 1945.¹⁶¹

¹⁶¹op. cit., BELTRAND GALINDO, Págs. 392-393.

Muy posteriormente se cambió este criterio siguiéndose la tendencia mayoritaria en las actuales legislaciones hispanoamericanas y así en la constitución de 1950 se separaron de nuevo el Hábeas Corpus y el Amparo; procediendo el primero por restricción ilegal de la libertad, contra cualquier actividad o individuo (Art.164 inc.2°); y el segundo, por violación de los derechos que a toda persona e otorga la Constitución (Art.222),¹⁶² incorporando de nuevo el principio amplio de concederlo a toda persona “por violación de los derechos que le otorga la presente Constitución”; pero circunscribiéndolo directamente al agraviado. Esta Ley fundamental le volvió a dar autonomía...

De manera incongruente con la disposición constitucional de 1950 (Art.223), la Ley de Amparo de 1950, que la desarrollo, volvió al criterio tradicional y permitió que la demanda pudiera ser interpuesta “por cualquier otra persona hábil para comparecer en juicio”, (Art.3 inc.1°).

En1960, fue decretada la vigente “Ley de Procedimientos Constitucionales”1960), la cual acomodó el Amparo al texto Constitucional, de tal manera que solo puede ser solicitado por el agraviado, su representante legal o mandatario (Art14)¹⁶³ sustituyéndose disposiciones procesales penales y leyes de amparo, que sobre el Hábeas Corpus y e Amparo databan desde 1858 y 1886,

¹⁶²op. cit., BELTRAND GALINDO Pág..368

¹⁶³Ibidem; Pág.394.

respectivamente. La misma orientación ha seguido la Constitución de 1962 (Art.11 inc.2º) y la de 1983, actualmente en vigencia, (Art.247 inc 1º.)¹⁶⁴

En la actual Constitución de 1983, efectuó algunas modificaciones con respecto a las Constituciones de 1950 y 1962 en materia de amparo. En primer término cambio el tribunal competente para el conocimiento y decisión de aquél y en lugar de la Sala de Amparo de la Corte Suprema de Justicia, le dio competencia a la Sala de lo Constitucional de la misma (Arts. 174 inc. 1º y 182 ordinal 1º.Cn) que es el tribunal constitucional creado por esta misma Carta Fundamental .

Además suprimió e pronombre “le” que figuraba en las Constituciones de 1950 (Art.222) y de 1962 (Art221) al referirse a la procedencia del amparo; con el siguiente texto: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”;¹⁶⁵ el agregado de este artículo en relación con los anteriores es la frase “por medio de la Sala de lo Constitucional”; en consecuencia, la pretensión de amparo debe necesariamente fundamentarse en la normativa Constitucional. Cuando se cumple tal exigencia, la pretensión no sólo es viable sino que habilita plenamente la competencia de esta Sala para conocer y resolver

¹⁶⁴Ibidem; Pág. 368.

¹⁶⁵op. cit., BERTRAND GALINDO, Pág.394.

la cuestión. Por el contrario, cuando la pretensión carece manifiestamente de todo fundamento en las disposiciones de la Constitución, la misma es infructuosa y fallida, y amerita desestimarse '*in liminelitis*' para evitar un proceso inútil. Y es que, decidir al respecto de lo planteado en la demanda, cuando es evidente la falta de fundamentación constitucional, significaría invadir la esfera de la legalidad, lo cual no corresponde al conocimiento por parte de este Tribunal",¹⁶⁶ por ser esta quien tiene la competencia en esta materia. Como otra innovación de la Constitución vigente en cuanto a la materia comentada, esta lo dispuesto en el Art. Art. 182.- Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1ª- Conocer de los procesos de amparo; Legislación: Ley de Procedimientos Constitucionales (arts. 1, 3, 12 al 37, 80 y 81).¹⁶⁷

Un segundo antecedente de la figura en estudio se encuentra en las Leyes que se encargan de desarrollar esta figura En el Salvador.

El Salvador, como Estado Unitario ha tenido cuatro Leyes de Amparo.

La primer Ley de Amparo fue decretada el 21 de Agosto de 1886, en el cumplimiento de los artículos 37 y 149 inciso primero de la Constitución de este año.

Entre otros puntos, dicha ley consideraba procedente el Amparo contra actos de autoridades o funcionarios violatorios de la garantías

¹⁶⁶ Sentencia de 2-VII-98, amp. 164-98 Constitución Con Jurisprudencia; Art.247.

¹⁶⁷ Constitución con Jurisprudencia, Art182.

individuales, (art2), comprendiendo la violación a la libertad personal; disponía que la demanda de amparo no sólo podía interponerla la parte agraviada o su representante legal sino cualquiera otra persona hábil para comparecer en juicio(Art.3.Inc1°); la demanda debía ser escrita (Art.4); no era admisible el amparo en asuntos judiciales puramente civiles ni en sentencias definitivas ejecutoriadas en causa criminal (Art7); la sentencia de la Cámara era objeto de revisión (de oficio) por la Suprema Corte de Justicia (Arts 13 inc 2° y 14) cuya sentencia era irrecurrible (art16); se evidenciaba el carácter relativo de amparo por que la sentencia que lo decidía no debía hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que lo motivara y aquélla sólo tenía efecto en el juicio en que hubiera sido pronunciada (Arts 3 inc 2° y 23). No obstante que el amparo protegía también la libertad personal como antes se dijo, en el caso de detención ilegal o restricción de dicha libertad de modo indebido, no se aplicaba el trámite del amparo señalado en esa ley, sino que se observaba lo dispuesto en el Código de Instrucción Criminal sobre la exhibición de la persona (Art 27); la sustanciación de la demanda no era del todo breve que debe serlo pues se contemplaban dos rondas de traslados, pudiendo decretarse un término probatorio de ocho días si la Cámara lo creyere conveniente.

La segunda Ley de Amparo de 31 de enero de 1939, amplió más la esfera de su aplicación, al disponer que tendría por objeto resolver

controversias suscitadas por actos de autoridades o funcionarios, violatorios de cualesquiera de los derechos y garantías consignadas en la Constitución (y no sólo para actos violatorios de las garantías individuales como en la Ley anterior); y además, declarar la inconstitucionalidad de una ley en el caso contemplado en el artículo 129 de la Constitución de 1939 (art 2). Los tribunales competentes para conocer y decidir la demanda de amparo continuaba siendo la Cortes Suprema de Justicia y en primera instancia las Cámaras de Segunda Instancia que no tuvieran asiento en la capital. También se daba la misma solución de la ley anterior para el trámite del amparo fundado en violación de la libertad personal y únicamente en este caso podía interponerse por cualquier persona ya que en los demás casos sólo podía interponerse por el agraviado o su representante legal(Art.3). Se adicionaron los casos de improcedencia de la demanda contemplados en la ley anterior y se dispuso que no era admisible en exhibiciones en causas criminales, en actos consumados de modo irreparable y cuando se reclamaren mejoras en predio ajeno si se daban ciertas condiciones en este supuesto y allí determinadas (Art.5). La sustanciación del juicio era análoga a la anterior ley, pero suprimida la revisión de oficio de la sentencia de primer grado y sustituida por la apelación ante la Corte Suprema de Justicia (Art.18) y se introdujo una primera orientación, derivada del principio de oficiosidad, al prescribirse que tanto las Cámaras

de Segunda Instancia como la Corte Suprema de Justicia aún en el caso de apelación, para mejor proveer o para subsanar irregularidades del procedimiento, podían mandar que se practicaran las diligencias que se estimaren necesarias (Art. 20.). La ley referida introdujo el sobreseimiento en los juicios de amparo (Art. 25) considerándolo procedente en los casos de desistimiento del actor, por muerte de éste cuando la garantía violada afectare sólo a su persona y en las causas de inadmisibilidad del amparo. El artículo 30 derogó en todas sus partes la Ley de Amparo 1886.

La tercera Ley de Amparo es la de 1945, en virtud de lo dispuesto por el decreto número 251 de la Asamblea Nacional Constituyente de 29 de Noviembre de 1945. En efecto, este decreto tuvo como Constitución de la República la de 1886 con las enmiendas que el mismo señaló, entre las cuales declaró vigentes las leyes constitutivas de 1886 siendo una de ellas la Ley de Amparo decretada en dicho año y derogó, por otra parte, la Ley de Amparo de 1939.

La cuarta Ley de Amparo es la de 25 de septiembre de 1950, la cual como se dijo en los considerando del decreto respectivo, era una adaptación al texto de la decretada en 1886, con algunas modificaciones necesarias para adecuarla a la Constitución de 1950 vigente en esa época. La modificación más importante de esta ley fue que la competencia para conocer del amparo establecido por el artículo 222 de

dicha Constitución, correspondía a la Corte Suprema de Justicia con lo cual se introdujo el sistema de única instancia en materia de amparo que subsiste en la actualidad.

En cuanto a la legitimación activa, la ley de 1950 fue incongruente con la Constitución de ese mismo año, la cual restringió de acuerdo al mencionado artículo 222 de ella, el derecho de interposición del amparo concediéndolo sólo al agraviado; al repetir aquella ley el artículo pertinente de la de 1886, concediendo el derecho de interponer la demanda de amparo a la parte agraviada, a su representante legal o a cualquier otra persona hábil para comparecer en juicio.

La ley de amparo de 1950 fue derogada por la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales decretada el 14 de enero de 1960, la cual reunió en un solo cuerpo legal las leyes relativas a la defensa de la constitucionalidad incluyéndose en esa ley, el proceso de amparo y regulándose en el Título III.¹⁶⁸

3.4. La suspensión del Acto reclamado en las Leyes de Amparo de El Salvador.

La posibilidad de dictar medidas cautelares en el amparo, en El Salvador, se encuentra prevista desde la Ley de Amparo de 1886, que es la que lo reguló por primera vez, específicamente en su artículo 5o.

¹⁶⁸op. cit.; BELTRAND GALINDO, Pág. 395-398.

“Cuando el actor pidiere que se suspenda desde luego la ejecución del acto que es objeto de la demanda, la Cámara previo informe de la autoridad ejecutora, quedará dentro de veinticuatro horas, correrá traslado al fiscal respectivo, quien contestará dentro de igual término. Si la suspensión fuere de urgencia notoria, la Cámara resolverá a la mayor brevedad posible y, consólo el escrito del actor. Esta resolución no admite más recurso que el de responsabilidad”. El cual establece la posibilidad de decretar la “suspensión de la ejecución del acto que se demanda”. Dicha regulación fue retomada, con pocas modificaciones, por las leyes de 1939, 1950 e incluso por la vigente de Procedimientos Constitucionales.¹⁶⁹

Así, las Leyes de Amparo de 1886 y la de 1950, que la regulan de igual forma en su artículo 5o., respectivamente, diferencian dos supuestos específicos para decretar la suspensión de la ejecución del acto que se demanda, que inciden en el procedimiento para su adopción. El primero, cuando la medida cautelar no tiene carácter urgente, hipótesis que

¹⁶⁹Decreto legislativo núm. 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el Diario Oficial, núm. 15, t. 186, del 22 de enero de 1960. Dicha Ley ha sido reformada en cinco ocasiones por el decreto ley núm. 49, del 22 de diciembre de 1960, publicado en el Diario Oficial, núm. 239, t. 189, del 22 de diciembre de 1960; decreto legislativo 378, del 10 de octubre de 1977, publicado en el Diario Oficial, núm. 198, t. 257, del 26 de octubre de 1977; decreto legislativo 131, del 12 de septiembre de 1985, publicado en el Diario Oficial, núm. 192, t. 289, del 11 de octubre de 1985; decreto legislativo 965, del 30 de abril de 1988, publicado en el Diario Oficial, núm. 85, t. 299, del 9 de mayo de 1988, y decreto legislativo 182, del 11 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial, núm. 239, t.

conlleva la apertura de un incidente en el que el tribunal competente, previo a resolver sobre su adopción, le confiere, en forma sucesiva, audiencia a la autoridad demandada y traslado al fiscal, por el plazo de veinticuatro horas, y, el segundo, cuando es de urgencia notoria, hipótesis en la que la decreta con sólo la vista del escrito de la parte actora.

La Ley de Amparo de 1939, al igual que las de 1886 y 1950, distingue, en su artículo 7o.¹⁷⁰ los supuestos antes relacionados, con la diferencia que, en el caso en que la suspensión no es de urgencia notoria, el procedimiento es más breve, ya que únicamente prevé que se le confiera audiencia a la autoridad demandada y no el traslado al fiscal.¹⁷¹

Finalmente, es de señalar que las tres leyes de amparo relacionadas contienen disposiciones vinculadas con el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el tribunal competente en la tramitación del amparo, en virtud de eso, en el supuesto que la autoridad demandada no cumpla con la resolución que ordena la suspensión del acto reclamado, aquél se lo comunicará al superior jerárquico de ésta y,

¹⁷⁰ Artículo 7o. "Cuando el actor pidiere que se suspenda desde luego la ejecución del acto que motiva la demanda, el Tribunal pedirá informe inmediatamente a la autoridad ejecutora, la que deberá rendirlo, dentro de veinticuatro horas, y dentro de igual término, se resolverá lo que corresponda. Si la suspensión fuere de urgencia notoria, el Tribunal resolverá a la mayor brevedad posible y con sólo la vista del escrito del actor. La suspensión del acto se notificará inmediatamente a la autoridad que trate de ejecutarlo, pudiendo ordenarse dicha suspensión aún por telégrafo".

¹⁷¹ Esta Ley de 1939 denomina al incidente de las medidas cautelares, en su artículo 9o., "artículo de previo y especial pronunciamiento".

en caso en que éste no la cumpla “pedirá al Poder Ejecutivo la fuerza armada necesaria para hacer cumplir sus providencias”.¹⁷²

Si no obstante lo anterior, el acto reclamado se consuma de un modo irremediable, se mandará procesar al funcionario responsable.¹⁷³

La vigente Ley de Procedimientos Constitucionales prevé la posibilidad de decretar la suspensión del acto reclamado en el capítulo II del título III, específicamente artículos 19 al 25, retomando, en cierta medida, el contenido de las disposiciones de las precedentes leyes de amparo.

Al igual que en las anteriores normativas, el auto de admisión de la demanda de amparo contiene varios pronunciamientos, entre ellos, sobre la procedencia o no de decretar la suspensión del acto reclamado o, en general, cualquier medida cautelar. Pero, además de eso, supone el inicio de un incidente dentro del proceso de amparo, dirigido, a recabar más elementos para resolver nuevamente sobre las medidas cautelares. En otros términos, es un pronunciamiento consustancial al auto de admisión de la demanda de amparo,¹⁷⁴ y que, por tanto, lo efectúa oficiosamente el tribunal.

¹⁷² Artículos 6o., 18, 19 y 20 de la Ley de 1886; 8o., 21, 22, y 23 de la Ley de 1939 y 6, 16, 17 y 18 de la Ley de 1950.

¹⁷³ Artículos 20 de la Ley de 1886; 23 de la Ley de 1939, y 18 de la Ley de 1950.

¹⁷⁴ Artículo 19 inciso 1o. “Al admitir la demanda, la Sala en el mismo auto, resolverá sobre la suspensión del acto contra el que se reclama, aun cuando el peticionario no la hubiere solicitado”.

3.5. Lineamientos al momento de pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado.

La vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, establece algunos lineamientos que debe tomar en consideración la Sala de lo Constitucional al momento de pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado, los cuales relacionamos a continuación, a saber:

- a) Naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos: aquéllos que producen efectos positivos.¹⁷⁵
- b) Presupuesto para la adopción de la suspensión del acto reclamado: *periculum in mora* o el daño o efectos negativos que el transcurso del tiempo ocasionaría en lo relativo a la eficacia de la sentencia¹⁷⁶
- c) Efectos que produce la resolución que deniega la suspensión del acto reclamado: no pasa en autoridad de cosa juzgada.¹⁷⁷

Así, en el auto de admisión de la demanda de amparo, la Sala, en virtud de lo expuesto anteriormente, tendrá que requerirle, como parte del procedimiento que inicia con dicha resolución, un primer informe a la autoridad demandada, quien deberá rendirlo dentro del plazo de

¹⁷⁵ Artículo 19 inciso 2o. “En todo caso, la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos”.

¹⁷⁶ Artículo 20. “Será procedente ordenar la suspensión provisional inmediata del acto reclamado cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva”.

¹⁷⁷ Artículo 25. “La resolución que deniegue la suspensión del acto no causa estado y podrá revocarse en cualquier estado del juicio, siempre que la Sala lo estime procedente”.

veinticuatro horas,¹⁷⁸ en el que tendrá que concretarse a expresar si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen. En el supuesto en que dicho informe no sea rendido por aquélla, se presumirá la existencia del acto reclamado.¹⁷⁹

Posteriormente, mandará a oír al fiscal de la Corte en la siguiente audiencia

—veinticuatro horas—. Con su contestación o sin ella, la Sala hará un nuevo pronunciamiento sobre la suspensión del acto reclamado: decretándola, en caso de que no lo haya hecho en el auto de admisión; revocándola, si la decretó, o confirmando la decretada o denegada anteriormente.¹⁸⁰

Como se advierte del contenido de los párrafos anteriores, la fase inicial del proceso de amparo diseñada en la normativa vigente, en el caso en que es admitida la demanda, versa principalmente sobre el tema de la suspensión del acto reclamado, ya que el primer informe que se le solicita a la autoridad demandada tiene un alcance limitado,

178

Artículo 21. “Ordenada a la suspensión provisional inmediata, se pedirá informe a la autoridad o funcionario demandado, quien deberá rendirlo dentro de veinticuatro horas”.

¹⁷⁹ Artículo 22. “En el informe, la autoridad se concretará a expresar si son ciertos o no los hechos que se atribuyen. La falta de informe dentro del término legal, hará presumir la existencia del acto reclamado para los efectos de la suspensión, y se impondrá al funcionario desobediente una multa de diezcientos colones a juicio prudencial de la Sala”.

¹⁸⁰ Recibido el informe o transcurrido el plazo sin que el demandado lo rindiere, se mandará oír en la siguiente audiencia al Fiscal de la Corte. Con la contestación del Fiscal o sin ella, la Sala resolverá sobre la suspensión, decretándola, declarándola sin lugar o, en su caso, confirmando o revocando la provisional si se hubiere decretado.

específicamente que se pronuncie sobre si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen y, todavía más, la presunción que establece la Ley para el supuesto en que la autoridad no rinde ese primer informe, surte efectos únicamente en lo concerniente a la suspensión del acto reclamado, y no en cuanto al tema de fondo: la existencia del acto y la lesión constitucional.

Asimismo, la audiencia que se le confiere al fiscal de la Corte tiene por objeto oír la opinión de un tercero, distinto al actor y a la autoridad demandada, que ilustre al Tribunal sobre la concurrencia de los presupuestos básicos para confirmar la medida cautelar decretada, revocarla, dictarla o modificarla, según el caso; ya que una vez transcurrida esta etapa —con la intervención del fiscal o sin ella— debe hacer un nuevo pronunciamiento en el sentido antes indicado.

En ese sentido, el incidente que se genera una vez admitida la demanda de amparo, en el que intervienen la autoridad demandada y el Fiscal de la Corte, pretende dotar a la Sala de más elementos de juicio para hacer el nuevo pronunciamiento que exige la ley sobre el tema de las medidas cautelares, pues, no hay que olvidar, que el que hace en el auto de admisión se fundamenta únicamente en la declaración de voluntad efectuada por la parte actora en la demanda; es decir, con una versión parcial o subjetiva de los hechos.

La anterior consideración es congruente con la postura que tiene la jurisprudencia constitucional en relación con la preclusión de la oportunidad de la parte actora para modificar la demanda de amparo, ya que, según la Sala, el primer informe que se le pide a la autoridad demandada no tiene por objeto que ésta se pronuncie sobre la pretensión incoada en el proceso; es decir, ejercer su derecho de defensa, sino únicamente sobre si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen a efecto de contar con más elementos al momento de hacer el nuevo pronunciamiento sobre las medidas cautelares, lo cual es congruente, tal como antes se dijo, con el efecto que según la ley produce la no contestación del referido informe; por dicha razón, según la jurisprudencia del Tribunal, es hasta que rinde el informe justificativo, que prevé el artículo 26 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que se pronuncia sobre el objeto del proceso —y ejerce su derecho de defensa— y precluye, consecuentemente, la oportunidad de modificar la demanda de amparo.¹⁸¹

“Este Tribunal entiende aplicable en el proceso de amparo el artículo 201 del Código de Procedimientos Civiles, el cual dispone que después de contestada la demanda, éstos no pueden variarse ni modificarse bajo concepto alguno. La preclusión de la oportunidad de modificar la demanda está justificada en razón de la determinación

¹⁸¹ Interlocutori pronunciada en el amparo 131-97, el 23 de julio de 1997.

ndel“*thema decidendum*”adiscutirseenuncasoconcreto,puespermitirelcons-
tantecambiodelosfundamentosdeunapretensión,afectaríatantolaseguridad
jurídica comola igualdad de las
partesenelproceso.Enelcasodelprocesodeamparo,esteTribunalentiendeq
uelarendición del informe justificativo de la autoridad demandada—
portratarse de un proceso que se impulsa oficiosamente—
,el vencimiento de dicho plazo, supone la preclusión de
la oportunidad para modificar la demanda y, en consecuencia, no es procedente
la modificación de la demanda con posterioridad a la rendición del informe justific
ativo o al ven- cimiento del lapso para rendir tal informe”.

Estimamos que el diseño contenido en el capítulo II del título III de la
vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, que retoma práctica-
mente el de las anteriores normativas, no es el adecuado, pues, si bien
es cierto, al inicio del proceso el Tribunal no cuenta con los elementos de
juicio suficientes para pronunciarse sobre la medida cautelar, el mismo,
para lograr satisfacer dicha necesidad, deja de lado la celeridad con que
debe de tramitarse un proceso de esta naturaleza y, en la práctica, no
alcanza el resultado que pretende, que es enriquecer el conocimiento de
la Sala para hacer el nuevo pronunciamiento sobre las medidas
cautelares.

Ello es así, ya que dicho incidente en el fondo suspende el curso del
procedimiento de la pretensión de amparo, en concreto por un lapso no

menor de sesenta y cinco días,¹⁸² lo cual, analizándolo a la luz de los resultados que puede producir, carece de justificación, ya que en la práctica los elementos que arroja el primer informe son mínimos, no sólo en virtud de la actitud propia de la autoridad demandada en relación con el proceso, sino en consideración a los límites temporales y de contenido que la misma ley le fija al referido informe, en específico, al plazo de veinticuatro horas para rendirlo y el sentido concreto sobre el que debe pronunciarse.

Además de eso, en teoría, el fiscal de la Corte, al momento de evacuar la audiencia que se le confiere, tendría que verter su opinión con base en los elementos incorporados en la demanda y el informe de la autoridad demandada, los cuales, sobre todo en el caso de esta última, son mínimos, en virtud de eso difícilmente puede hacer mayor aporte en relación con el tema de las medidas cautelares, lo cual ha llevado a que el fiscal, por ejemplo desde el 2003 a 2006, no haya hecho uso de dicha audiencia en ninguna ocasión.¹⁸³

La circunstancia señalada ha llevado a que la Sala, en la generalidad de los casos, confirme la resolución que sobre las medidas cautelares proveyó en el auto de admisión de la demanda; es decir, que una vez

¹⁸² Promedio aproximado que se ha sacado de la base de datos pública de la Sala del Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁸³ Según consta en el sistema público de información de la Sala del Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

concluido el incidente cautelar, al advertir el Tribunal que los elementos que le sirvieron para decretar o denegar la medida cautelar no han variado, confirme la resolución a través de la cual hizo dicho pronunciamiento. Las situaciones apuntadas nos llevan a concluir que es ineludible una reforma legal en este aspecto de la Ley de Procedimientos Constitucionales, a efecto de que el amparo sea efectivamente un mecanismo que se encuentre estructurado de forma tal que la protección jurisdiccional, en todas sus manifestaciones, sea real, en este caso en concreto dichas reformas, entre otras, deben conjugar los derechos a que las resoluciones judiciales se pronuncien en un plazo razonable, específicamente la definitiva, y a la efectividad de las resoluciones judiciales, particularmente a través de las medidas cautelares.

En otros términos, las reformas a efectuarse deben ir dirigidas a lograr que el proceso se estructure de forma tal que le permita a la Sala obtener, dentro de la tramitación del mismo, los elementos necesarios para adoptar, oportunamente, las medidas cautelares idóneas para posibilitar que la sentencia definitiva, además de ser eficaz, se pronuncie en un plazo razonable, pues no es verdadera justicia la que se imparte cuando la decisión no es ejecutable o simplemente llega tarde.

3.6. La suspensión del acto reclamado como medida cautelar aplicada al proceso de amparo.

En el proceso de amparo, la Sala, en el auto que admite la demanda, debe resolver sobre la suspensión del acto contra el que se reclama, aún cuando el peticionario no la hubiere solicitado; esta suspensión, procede solamente, respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos:¹⁸⁴

“Un elemento que condiciona el aseguramiento de las resultas del proceso de amparo es precisamente la *naturaleza del acto reclamado*: “Así es pertinente aclarar que la suspensión resulta inoperante cuando el acto reclamado implica una negativa por parte de la autoridad demandada a la petición que se le plantea; en consecuencia, cuando la actuación impugnada se traduce en un rechazo a lo solicitado es evidente que la suspensión resulta improcedente, puesto que no existe materia en que pueda operar o sobre la cual pueda desplegar eficazmente sus efectos. En el presente caso, por sus características el acto contra el cual reclama la peticionaria no es susceptible de suspensión, pues se trata en esencia de la simple negativa de la autoridad demandada a las peticiones realizadas sin ulteriores efectos positivos; circunstancia que evidencia de forma clara y manifiesta la inexistencia de situaciones concretas que

¹⁸⁴Naturaleza del acto reclamado como condicionante de la suspensión del mismo.(Auto de admisión del 18-VI-2001, Amparo 240-2001, Considerando II.

puedan preservarse mediante la adopción de una medida cautelar, resultando por ello improcedente en el caso en estudio ordenar la suspensión del acto reclamado”

Para aplicar esta suspensión se requiere la presencia de dos requisitos fundamentales: el primero; que exista un derecho amenazado (*fumusboni iuris*) y; el segundo, que la ejecución del acto reclamado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación (*periculum in mora*). Básicamente esta medida cautelar se halla *condicionada a la concurrencia simultánea de dos presupuestos*, como lo reconoce la Sala: “(...) la suspensión del acto reclamado en el amparo se enmarca dentro de la categoría de las medidas cautelares, y por su carácter extraordinario, su adopción se apoya sobre dos presupuestos básicos, que deben ser examinados minuciosamente por el ente jurisdiccional en el caso concreto, a saber: la probable existencia de un derecho amenazado *-fumusbonis iuris-* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso *-periculum in mora-*”¹⁸⁵. El acto reclamado puede consistir en un acto positivo, es decir, que implique una acción de hacer; o en un acto negativo, es decir, que implique una acción de no hacer por parte de la autoridad contra quien se demanda. De la suspensión provisional del acto, se pedirá informe a la autoridad o funcionario demandado, en este informe, la autoridad se debe limitar a expresar si

¹⁸⁵ Interlocutoria del 20-III-2001, Amparo 681-2000, Considerando III 1.

son ciertos o no los hechos que se le atribuyen; y debe presentarlo dentro de veinticuatro horas; sucediendo que, la falta del mismo, hará presumir la existencia del acto reclamado para los efectos de la suspensión. Luego de este informe, se manda oír en la siguiente audiencia al Fiscal de la Corte y con la contestación del mismo o sin ella la sala debe resolver sobre la suspensión, ya sea, decretándola, declarándola sin lugar o en caso de que se trate de una suspensión provisional, debe confirmarla o revocarla si se hubiere decretado. La resolución, que deniega la suspensión del acto reclamado, puede ser revocada en cualquier etapa del proceso, cuando la Sala lo estime conveniente, antes de la sentencia definitiva.

La medida cautelar adoptada, en este proceso, debe ir encaminada simplemente a salvaguardar las posibles resultas del amparo, por ningún motivo, debe entenderse que la suspensión del acto reclamado, es un indicio de la obtención de una sentencia estimatoria. “Dentro de este rubro, lo más común, es que, si no se ha ejecutado o si no se tratase de una omisión, se suspenda la ejecución o los efectos positivos del acto reclamado.” Tradicionalmente, la medida cautelar aplicada en este proceso, es la suspensión del acto reclamado, sin embargo, la doctrina abre la posibilidad de la aplicación de otras medidas. Para justificar la adopción de *medidas cautelares que superan la clásica suspensión del acto reclamado*, la Sala ha expresado: “Conviene ilustrar que si bien es

cierto la Ley de Procedimientos Constitucionales únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un valladar para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dicten en esta sede. Precisamente, porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso; finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera paralización de los actos impugnados, motivo por el cual se vuelve indispensable la adopción de otras medidas aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo (...).¹⁸⁶

El establecimiento de la medida cautelar no es de manera definitiva dentro del proceso,” lo cual no es correcto, precisamente porque las medidas cautelares responden a la “*rebus sic stantibus*”. Con relación al ejercicio de su potestad cautelar, la Sala ha reconocido la importancia del *principio rebus sic stantibus*: “(...) conviene acotar que las medidas cautelares [como la suspensión del acto reclamado] se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, de acuerdo al cual es posible a lo largo de

¹⁸⁶ Auto de admisión del 14-I-2002, Amparo 12-2002, Considerando II.

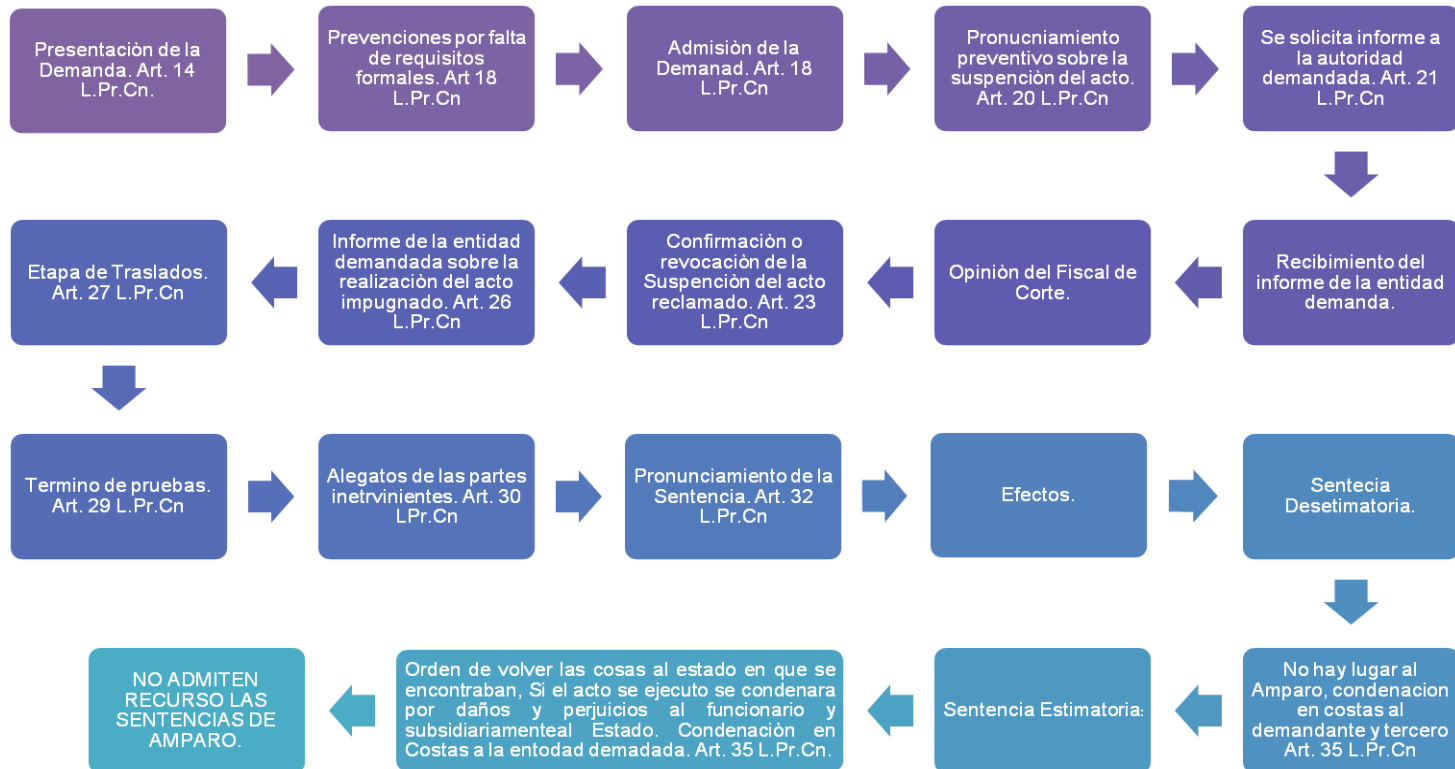
todo el proceso su alteración, variación y aún su revocación, siempre que se modifique el estado sustancial de los datos sobre los cuales la medida se adoptó, ya sea por aumento, disminución o desaparición del *periculum in mora* y/o del *fumus bonis iuris*¹⁸⁷; tanto en lo relativo a su adopción como a su mantenimiento, en cualquier estado del proceso”

Sin embargo, existen circunstancias en que el daño causado, se hubiere ejecutado de modo irremediable, en estos casos, habrá lugar a la acción civil de indemnización de daños y perjuicios contra el responsable, si se tratase de funcionario público, esta responsabilidad será subsidiada por el Estado. La filosofía de la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado consiste en, que sería ilógico dictar sentencia después de un arduo proceso, cuando ya no existe ninguna posibilidad de satisfacer las pretensiones de la persona agraviada¹⁸⁸.

¹⁸⁷ *Principio rebus sic stantibus*. Interlocutoria del 7-II-2005, Amparo 362-2004, Considerando I 2.

¹⁸⁸ Profundizando en el presupuesto del peligro en la demora la Sala ha expresado: “(...) el *periculum in mora*, entendido como el peligro en la demora, importa el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo para la materialización efectiva de una eventual sentencia, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional. Su concurrencia en materia de amparo supone que las infracciones constitucionales que se alegan puedan llegar -con plenos efectos sobre la Considerando II).

3.7 Proceso de Amparo.



3.8. Jurisprudencia Constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha tenido un papel relevante, en torno a la temática de las medidas cautelares. A continuación abordaremos aquéllos a los que frecuentemente hace referencia la Sala de lo Constitucional en sus resoluciones, específicamente, la finalidad de la suspensión del acto reclamado, su naturaleza, características y los actos susceptibles de ser suspendidos.

3.8.1. Finalidad.

La Ley de Procedimientos Constitucionales en su artículo 20 establece la posibilidad de decretar, en el auto de admisión de la demanda, la suspensión provisional del acto reclamado “cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva”; es decir, como una providencia que tiene por finalidad lograr que el tiempo que requiere el Tribunal para tramitar el proceso no constituya un obstáculo que impida que la sentencia definitiva, en caso de ser estimatoria, pueda desplegar plenamente sus efectos.

Dicha disposición es congruente con el contenido del derecho a la protección jurisdiccional, concretamente con el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten, pues a través de la suspensión provisional del acto reclamado se pretende atacar una de las variables

que puede impedir que la sentencia definitiva logre su efecto reparador y quede, por tanto, en una simple declaración de meros propósitos, desprovista de eficacia o, en otros términos, “evitar que la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal y una vana ostentación de lentos artificios destinados, como la guardia en la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”.¹⁸⁹

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha señalado reiteradamente que:

Las medidas cautelares, aparecen como los medios jurídico-procesales, cuya función es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión garantizando así el eficaz funcionamiento de la justicia. En ese sentido, las medidas cautelares, lejos de constituir un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la pretensión del demandante, constituyen un mecanismo —dictado ab initio o en el transcurso del proceso— tendente a asegurar la eficacia

¹⁸⁹ op cit. CALAMANDREI, PIERO; citadopor CHINCHILLAMARÍN, CARMEN, *Comentario al artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, 2001, Pág. 881. PODETTI, en similar sentido, señala que el objetivo de *Las diligencias cautelares* consiste en proporcionarle a las sentencias de mérito la posibilidad de que resulten eficaces, y con ello evitar que la acción jurisdiccional sea objeto de burla, también, que el proceso sea considerado un vano torneo de actitudes declamatorias carteramente de proyecciones prácticas. PODETTI, JOSÉ RAMIRO, *Las medidas cautelares y el embargo preventivo*, *Revista de Derecho Procesal*, 1943, primera parte, Pág. 138.

práctica de la decisión definitiva que se dicte en el mismo, por lo que no definen derechos ni resuelven controversias”.¹⁹⁰

Ahora bien, a pesar de que la finalidad de las medidas cautelares es común para todo tipo de procesos, cabe señalar que en el caso del amparo presenta ciertas singularidades vinculadas con su objeto,¹⁹¹ ya que es un proceso que, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, tiene principalmente una dimensión subjetiva:¹⁹² brindar una tutela reforzada de las categorías jurídicas protegibles de trascendencia constitucional.¹⁹³

En ese sentido, se trata de un proceso que, si bien comparte con los demás la finalidad de tutelar las categorías de trascendencia constitucional, a diferencia de los otros, es el único que tiene exclusivamente ese objeto y, por tanto, la sentencia que se pretende lograr que sea plenamente eficaz contendrá principalmente un

¹⁹⁰ Interlocutoria proveída en el amparo 84-2001, el 15 de abril de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 176-2001 el 15 de mayo de 2001, y 94-2003, el 18 de marzo de 2003.

¹⁹¹ Sobre el tema véase CHINCHILLAMARÍN, CARMEN, “Comentario al artículo 56 de...”, *cit.*, nota 27, Pág. 879 y 880.

¹⁹² Sobre la dimensión subjetiva del amparo en El Salvador véase MONTECINO GIRALT, MANUEL ARTURO, *El amparo en El Salvador*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005, Pág. 53-56.

¹⁹³ La Constitución en su artículo 247 señala que son protegibles por el amparo los derechos que “otorga la presente Constitución”, sin embargo la jurisprudencia ha señalado que la expresión de derechos, contenida en la precitada disposición, “equivale a categorías subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico que nos limitan a derechos subjetivos. Dichos de otro modo, el vocablo de derecho en nuestra Constitución nos sólo comprende la categoría técnica jurídica de derechos subjetivos, sino que agrupa a varias otras... Por lo tanto, el instrumento procesal del amparo procede contra todo acto... que vulnere cualquier de las categorías subjetivas protegibles por la Constitución”. Sentencia definitiva pronunciada en los amparos 22-A-94 y acumulado 27-M-94, el 5 de febrero de 1996. Sobre el tema véase también MONTECINO GIRALT, MANUEL ARTURO, *Ibidem*, Pág. 76-84.

pronunciamiento singular: si ha existido o no la lesión a una categoría jurídica de trascendencia constitucional.¹⁹⁴

Pero además de eso, hemos dicho, con anterioridad, que el amparo es un mecanismo de tutela reforzada, lo cual implica que en muchos de los casos el acto reclamado ha sido dictado por una o varias autoridades judiciales dentro de un proceso jurisdiccional, en el que hipotéticamente ya han efectuado un pronunciamiento sobre la pretensión objeto del proceso, lo cual supone, en consecuencia, que hay una persona a quien ya se le ha dado la razón después de la tramitación de un proceso en el que las autoridades demandadas han fallado teniendo como parámetro de actuación la Constitución y las leyes, tal como se desprende de los artículos 172¹⁹⁵ y 185¹⁹⁶ de nuestra Constitución, y, que, como titular del derecho a la protección que es, tiene derecho a que la sentencia pronunciada se ejecute en los términos en que se ha proveído.

Resulta, por tanto, paradójico —o, si se quiere, chocante— limitar la eficacia, a través de una medida cautelar, de uno o varios actos

¹⁹⁴ op. cit.; *MONTECINO GIRALT, MANUEL ARTURO*, Sobre la dimensión objetiva del Amparo En El Salvador véase Págs. 130-135. Asimismo, en la jurisprudencia constitucional a la improcedencia pronunciada en el amparo 306-2000, el 20 de septiembre de 2000. En igual sentido, entre otras, las improcedencias proveídas en los amparos 196-2000, el 13 de septiembre de 2000, y 312-2000, el 29 de septiembre de 2000.

¹⁹⁵ Artículo 172.3. “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”.

¹⁹⁶ Artículo 185. “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciarse sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

provenientes de una o varias autoridades que tienen, en última instancia, entre sus funciones la tutela de los derechos, pues hay una presunción de que sus actuaciones están apegadas a la Constitución.¹⁹⁷ Implica, que “el autor del desafuero es precisamente quien debía ampararnos”.¹⁹⁸

Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en la interlocutoria pronunciada en el amparo 16-2002,¹⁹⁹ en la que señaló que resulta imperioso ponderar que la adopción de una medida cautelar en el ámbito procesal constitucional reviste carácter extraordinario, en tanto que supone sustraer la eficacia u operatividad dimanante de los actos dictados por las autoridades públicas, los cuales en principio han sido examinados desde una perspectiva constitucional...

Pero además de que el precitado artículo 20 de la Ley de Procedimientos Constitucionales nos permite deducir la finalidad de las medidas cautelares, el mismo fija uno de los presupuestos esenciales que debe apreciar el Tribunal para decretar la suspensión del acto reclamado —y, en general cualquier otra medida cautelar—: el daño o el efecto negativo que el tiempo necesario para la tramitación del proceso puede ocasionar para la ejecución de la decisión definitiva que se pronuncie en el mismo,

¹⁹⁷ Al respecto, véase CHINCHILLAMARÍN, CARMEN, “Comentario al artículo 56 de...”, *cit.*, nota 27, Págs. 880 y 881.

¹⁹⁸ GUAITAMARTORELL, AURELIO, *El recurso de amparo contra tribunales*, Revista de Derecho Político, Madrid, núm. 13, invierno de 1982-1983, Pág. 67.

¹⁹⁹ Proveída el 14 de enero de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 69-2006, el 9 de junio de 2006 y 231-2003, el 11 de julio de 2003.

en específico a la categoría constitucional cuya tutela reforzada se solicita, conocido también como *periculum in mora*.²⁰⁰

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en igual sentido en relación con el contenido del *periculum in mora*, por ejemplo en la interlocutoria proveída en el amparo 84-2001,²⁰¹ en la que señaló que:

El *periculum in mora*, entendido como el peligro en la demora, importa el riesgo que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional; debe existir un peligro tangible que el retraso en la obtención de la sentencia determine la ineficacia de ésta.

Ahora bien, no debe vincularse necesariamente este presupuesto para la adopción de las medidas cautelares con la mora judicial,²⁰² pues es claro que la tramitación de todo proceso, por su propia naturaleza, requiere de

²⁰⁰ Al respecto, véase FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 1999, pp. 59-61; CHINCHILLAMARÍN, CARMEN, "Comentario al artículo 56 de...", *cit.*, nota 27, Págs. 885-888; GIMENO SENDRA, VICENTE y GARBERÍ LOBREGAT, JOSÉ, *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, Colex, 1994, pp. 221 y 222; FERNÁNDEZ FARRERE, GERMAN, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 339 y 340, y Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, Págs. 705-713.

²⁰¹ Proveída el 15-04-2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 12-2002, el 14 de enero de 2002 y 436-2005 el 8 de septiembre de 2005.

²⁰² Sobre el tema véase RAMÍREZ, JORGE ORLANDO, *Función precauteladora*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 154; PEYRANO, JORGE WALTER, *Medida cautelar...*, *cit.*, nota 7, p. 26, y Arazi, Roland, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Astrea, 1997, Págs. 8 y 9.

un plazo, ya que se trata de un conjunto de actos que deben de desplegarse en el tiempo. Hablamos simplemente del tiempo del proceso, del razonable, para que ese conjunto de actos que tienen su razón última en la Constitución, se efectúen y permitan al Tribunal pronunciar sentencia.

Eso sí, no podemos ignorar que muchas veces ese tiempo del proceso es excesivo, ya sea por problemas vinculados al funcionamiento de los juzgados y tribunales e incluso, en algunos casos, por una deficiente estructura del proceso, lo cual, en ambas hipótesis, hace que el proceso sea largo y, sobre todo, contrario al derecho a la protección jurisdiccional. En ese sentido, si al inicio del proceso de amparo, o en la tramitación del mismo, la Sala de lo Constitucional no advierte que exista un peligro que incida negativamente en su eficacia, debido a que el acto reclamado no está pronto a ejecutarse o su ejecución no conllevará un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva que ampare al impetrante, se abstendrá de decretar una medida cautelar. Y es que, en algunas ocasiones, el Tribunal puede advertir, sobre todo cuando hay fecha cierta para la ejecución del acto reclamado, que al momento en que se pronuncie sentencia el acto no se habrá ejecutado o, también, que la ejecución del acto impugnado, antes de que se pronuncie una eventual sentencia estimatoria, no ocasionará un daño que no sea reparable a través de la misma.

No localizamos en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, como existe en la de otros países,²⁰³ supuestos en los que la Sala de lo Constitucional no haya decretado la suspensión del acto reclamado, o cualquier otra medida cautelar, porque el daño no sea irreparable por la sentencia definitiva, a pesar de que sí se han iniciado procesos en los que, a nuestro parecer, no era necesaria, por ejemplo en aquellos amparos en los que el perjuicio invocado por los impetrantes es de tipo económico, tal como se puede advertir en el amparo 696-2006,²⁰⁴ en el que específicamente se reclamaba contra la imposición de una multa, supuesto en el que el Tribunal, en el auto de admisión de la demanda, decretó la suspensión del acto reclamado, aduciendo que, además de existir apariencia de buen derecho, había “un verdadero peligro en la demora, ya que de no paralizar el cobro podría afectarse de manera irremediable el patrimonio del pretensor”. Consideramos que si bien es cierto la ejecución del acto reclamado podría haber ocasionado un perjuicio al patrimonio del impetrante, no compartimos la idea de que el mismo hubiera sido irreparable por la sentencia definitiva en caso fuera

²⁰³ En España, por ejemplo, no se suspende el acto reclamado, por regla general, en supuestos en los que se impugnan resoluciones judiciales con contenido económico, pues su ejecución no puede producir un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva, tal como lo declaró el ATC 275/90. Sin embargo, sí encontramos en la jurisprudencia española casos en los que, no obstante ser el agravio de tipo económico, decretó la suspensión, pues el perjuicio económico no es reparable por la sentencia definitiva (AATC 565/86 o 52/89).

²⁰⁴ Proveído el 8 de noviembre de 2006. En similar sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 27-2007, del 18 de enero de 2007, y 55-2005, del 3 de marzo de 2005.

estimatoria, sobre todo teniendo en cuenta que el acto provenía de la administración, y ésta, salvo que concurrieran circunstancias especiales, difícilmente se encontraría imposibilitada de dar cumplimiento a una sentencia que le obligue a devolver la cantidad de dinero que recibió, en este caso concreto, en concepto de la multa que impuso.

Por el contrario, existen supuestos en los que no obstante el acto reclamado ocasiona al impetrante del amparo un perjuicio de tipo económico, consideramos que sí es indispensable que la Sala decrete una medida cautelar, pues, de no ordenarse ésta, los efectos del acto reclamado pueden alcanzar a terceros de buena fe. Tal como sucedió en el amparo 630-2006,²⁰⁵ en el que como medida cautelar se ordenó a la autoridad judicial demandada que se abstenga de “realizar la venta en pública, ya que de no paralizar la ejecución del proceso ejecutivo mercantil número..., los bienes embargados podrían ser vendidos en pública subasta o adjudicados en pago de conformidad a la ley...”.

También hallamos casos en los que no ha decretado medida cautelar alguna, porque el tiempo del proceso no incidirá en la ejecución de una eventual sentencia definitiva, como se puede advertir en la interlocutoria a través de la que se admite la demanda incoada en el amparo 525-2004,45 en la que al respecto sostuvo que no es posible apreciar

²⁰⁵ Proveída el 27 de octubre de 2006. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 320-2006, el 4 de julio de 2006 y 421-2006, el 22 de agosto de 2006.

que: Existe un verdadero peligro en la demora, pues no justifican cómo el devenir temporal de este proceso tornaría irremediable las vulneraciones alegadas, haciendo imposible la ejecución de un eventual fallo estimatorio... En tal sentido, en virtud de que no se ha establecido que el desarrollo del presente amparo supondrá un peligro para la efectiva tutela de los derechos invocados, es pertinente denegar la suspensión de la actuación debatida.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para decretar una medida cautelar en el amparo no basta el *periculum in mora*,²⁰⁶ sino que, además, es fundamental que concorra otro presupuesto: apariencia de buen derecho, denominado también *fumus bonis iuris* o *fumusiuridicius*,²⁰⁷ tal como lo señaló, por ejemplo, en el auto de admisión del amparo 12-2002,²⁰⁸ en el que declaró que la adopción de una medida cautelar “se encuentra condicionada por la concurrencia simultánea de dos presupuestos básicos, que deben ser examinados por el ente jurisdiccional en el caso concreto, a saber: la probable existencia de un derecho amenazado —*fumus bonis iuris*— y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso —*periculum in mora*—”.

²⁰⁶ op cit. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, Pág. 65; GIMENO..

²⁰⁷ op. cit.; FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, Pág. 65.

²⁰⁸ Proveída el 14 de febrero de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 16-2002, el 14 de febrero de 2002, y 128-06, el 20 de abril de 2006

Dicho presupuesto adicional al periculum in mora se encuentra referido al juicio de probabilidad —no de certeza— que efectúa el Tribunal en relación con la violación constitucional alegada por el impetrante del amparo, al momento de pronunciarse sobre la procedencia de decretar la suspensión del acto reclamado o cualquier otra medida cautelar. Se trata, por así decirlo, de la formulación de una hipótesis, la cual, por imperativo legal, debe hacer tanto al inicio del proceso como después de que el fiscal de la Corte evacua la audiencia que se le confiere de conformidad con artículo 23 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, lo que no excluye que, en virtud de la naturaleza de las medidas cautelares, la haga en cualquier estado del proceso, específicamente cuando se modifiquen o alteren los datos, relacionados con la violación constitucional invocada por el impetrante del amparo, que le sirvieron al tribunal para decretarla o denegarla, según el caso.

En relación con el contenido de dicho presupuesto, la Sala de lo Constitucional ha establecido, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 12-2002,²⁰⁹ que:

El *fumus bonis iuris* hace alusión a la apariencia fundada del derecho, la que se obtiene analizando los hechos alegados con las restantes

²⁰⁹ Proveída el 14 de enero de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 682-2001, el 21 de diciembre de 2001 y 681-2001, el 8 de enero de 2002.

circunstancias que configuran la causa, permitiendo la formulación de una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de la satisfacción positiva de la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida.

En la jurisprudencia constitucional salvadoreña podemos advertir que la Sala de lo Constitucional ha utilizado básicamente dos criterios para determinar la concurrencia del *fumus bonis iuris*: la existencia de un precedente jurisprudencial y la narración de hechos constitutivos de una violación constitucional.

Respecto al primer criterio, se puede advertir que el Tribunal ha considerado que concurre el presupuesto del *fumus bonis iuris*, cuando, del estudio de la fundamentación de la pretensión de amparo, aprecia que ésta es similar a otra que ya fue resuelta en forma favorable con anterioridad; es decir, que si se comprueban los hechos y no hay cambio jurisprudencial alguno, la sentencia que se pronunciará en ese proceso también será estimatoria de la pretensión incoada. Tal ha sido la postura sostenida por la Sala, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 12-2002, en el que declaró que:

Partiendo del precedente jurisprudencial citado y los datos aportados, se puede entender suficientemente configurada la apariencia de buen derecho, en vista de que se han expuesto de manera profusa los conceptos de violación de los derechos constitucionales invocados,

hecho que permite con probabilidad estimar fundado el reclamo propuesto, ante la desatención de la solicitud de atención médica especializada realizada por el demandante.

En relación con el segundo criterio, el utilizado con más frecuencia por el Tribunal, se advierte que éste se sustenta, al igual que el anterior, en la fundamentación de la pretensión de amparo incoada, con la diferencia que en este caso la apariencia de buen derecho la desprende de la narración de la violación constitucional que expone, en concreto porque de comprobarse la misma se estarían lesionando las categorías invocadas por el impetrante. Por ejemplo, en la interlocutoria proveída en el amparo 158-2001,²¹⁰ la Sala de lo Constitucional, al examinar si concurría el presupuesto en comento, señaló que respecto a la configuración de la apariencia de buen derecho, es importante destacar que, básicamente, el fundamento jurídico de la pretensión de la parte actora radica en las supuestas violaciones al derecho... y el derecho...; en este sentido, este Tribunal estima que los elementos argumentativos

²¹⁰ Pronunciada el 19 de abril de 2001. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 100-2001, el 13 de marzo de 2001 y 123-2001, el 30 de marzo de 2001. Este criterio ha sido utilizado por la Sala para no decretar ninguna medida cautelar, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 69-2006, el 9 de junio de 2006, en el que se señaló que los “datos aportados y el argumento esgrimido por... nos permiten, en esta etapa preliminar, que esta Sala realice una hipótesis afirmativa respecto de las posibles violaciones constitucionales argüidas para adoptar la medida cautelar solicitada; sin embargo, en virtud del carácter dinámico de este proceso, es posible, una vez analizados los informes y documentación presentados por la autoridad demandada y el resto de alegatos de la parte actora... que se modifique la decisión adoptada por este Tribunal..., ello en virtud del principio *rebus sic stantibus*”.

planteados por la parte actora para apoyar las presuntas vulneraciones en su esfera jurídica resultan lo bastante convincentes para estimar la viabilidad de brindar una respuesta jurisdiccional afirmativa a la queja formulada, esto se traduce en el establecimiento —a partir de los datos aportados— de un juicio de probabilidad positiva y objetiva sobre la veracidad de las transgresiones constitucionales invocadas, aspecto que permite el pronunciamiento de una providencia cautelar.

Finalmente, siempre en relación a la apariencia de buen derecho, encontramos que la Sala de lo Constitucional, al analizar la concurrencia de este presupuesto, en algunos casos efectúa una valoración que podemos calificar como compleja, pues no se ha limitado a apreciar si la fundamentación se encuentra referida a un supuesto resuelto con anterioridad en forma favorable o revela una posible lesión constitucional, sino que, también, ha efectuado un examen negativo o, si se quiere, ha valorado las consecuencias que podría producir la adopción de una medida cautelar, partiendo de una realidad que la misma jurisprudencia constitucional ha plasmado en sus resoluciones: la incidencia que las medidas cautelares pueden tener en los intereses generales u otros derechos fundamentales de un tercero.²¹¹

211

Por ejemplo en la interlocutoria pronunciada en el amparo 706-2001, el 6 de diciembre de 2001. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional, por ejemplo, en el auto proveído en el amparo 552-2004,²¹² señaló que el juicio sobre:

La apariencia de buen derecho en materia de amparo, en virtud que su ordenación trasciende a la órbita de lo individual por su evidente contenido de interés público, se encuentra integrado por una doble y antitética ponderación de probabilidad, una positiva y la otra negativa. Desde una óptica positiva, el órgano jurisdiccional debe apreciar la existencia de un derecho fundamental vulnerado por el acto impugnado, y, desde una óptica negativa, prever también los daños que a los intereses generales u otros derechos fundamentales de un tercero puede ocasionar la protección cautelar mediante la suspensión de los efectos del acto reclamado, de tal suerte que si tales daños ocasionaran un trastorno grave e irreversible a dichos intereses o derechos, debe denegarse la petición de suspensión.

Del contenido de la jurisprudencia citada, además de desprenderse el otro de los aspectos que la Sala examina al momento de valorar la concurrencia del *fumus bonis iuris*, podemos conocer los criterios objetivos específicos que utiliza para efectuar el referido juicio negativo: los daños que a los intereses generales puede ocasionar una medida cautelar y la afectación a derechos fundamentales de terceros.

²¹² El 20 de octubre de 2004.

En relación con el primero de los criterios utilizados por el Tribunal para efectuar el juicio negativo, el daño que a los intereses generales puede ocasionar una medida cautelar, la Sala de lo Constitucional, por ejemplo en el auto de admisión del precitado amparo 552-2004, sostuvo que la peticionaria expuso:

Circunstancias fácticas y jurídicas... que satisface(n) desde un enfoque positivo la apariencia de buen derecho, y, por otra parte, se colige la existencia de un peligro en la demora del proceso... Sin embargo, es imperioso ponderar que la finalidad de dichos trabajos... es evitar las inundaciones ocasionadas por el invierno... En ese sentido, se observa que los beneficios resultantes de la actuación del servicio público comentado sufrirían un importante menoscabo si este Tribunal acordara suspender los efectos de las obras, lo que generaría graves perjuicios, de diversa índole, a un nuecero grupo de habitantes de aquella región.

Respecto al segundo de los criterios, localizamos algunas resoluciones en las que el Tribunal no decretó ninguna medida cautelar en aplicación del mismo, tal es el caso de la interlocutoria pronunciada en el amparo 174-2005,²¹³ en la que declaró que: debido a la naturaleza y complejidad del presente caso, la tutela cautelar que podría brindarse al suspender la eficacia del precepto impugnado afectaría la administración de la sociedad... y, a su vez, incidiría negativamente en los intereses de los

²¹³ El30dejuniode2005.

demás accionistas de la misma que no se han abocado a esta sede; en tanto que ello colocaría a..., en una posición privilegiada en lo relativo al ejercicio de sus derechos accionarios frente a los demás socios en la respectiva junta de serie. Así las cosas, resulta evidente que particularizar la comentada medida podría generar graves perjuicios a los intereses de todos y cada uno de los accionistas de la..., puesto que ello alteraría las condiciones en que ejercen sus derechos sociales, específicamente su derecho al voto; situación que además podría repercutir en la organización y funcionamiento de esa sociedad. En definitiva, para evitar que la tutela requerida por la citada sociedad pueda ocasionar mayores perjuicios que la propia disposición atacada en la administración y, posiblemente, la organización de la..., esta Sala considera procedente denegar la adopción de la medida precautoria propuesta por la actora, todo para efecto de garantizar que el precepto anotado se aplique de manera igualitaria a todos sus destinatarios.

3.8.2. Naturaleza.

a) *IGNACIO L. VALLARTA*: Este autor examinó el tema de la suspensión en dos de sus obras clásicas: *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus* y en *Votos, Cuestiones Constitucionales*.

En la primera de las obras escribió que la suspensión es procedente y se debe decretar, sin que al Juez sea lícito dejar de hacerlo, so pena de incurrir en responsabilidad, cuando hay *urgencia notoria*, es decir,

cuando la ejecución del acto reclamado se consuma de tal manera que llega a ser irreparable, dejando sin materia el juicio de amparo. Por una razón contraria, la suspensión es improcedente y no se debe decretar, aunque se pida, cuando el acto reclamado no tiene consecuencias irreparables, cuando a pesar de que ese acto no se suspenda, pueden restituirse las cosas al estado que tenían antes de violarse la Constitución.

Agrega, que en los casos de detención de una persona por arresto, prisión, servicio militar, etc., iguales razones deben observarse, porque en todos ellos no se puede suspender el acto reclamado sin dar a la suspensión un carácter irreparable, que hace imposible el juicio, nugatoria la sentencia.

Sostuvo que: "por más que la libertad personal sea preciosísima, por más que la iniquidad, el atentado de una detención arbitraria, deba repararse a la mayor brevedad, esto no puede, no debe hacerse según el Art. 102 de la Constitución, sino mediante un juicio, después de conocer y fallar según las pruebas, que ese atentado se ha cometido. Restituir, pues, la libertad del detenido antes del juicio por medio del auto de suspensión del acto reclamado, es completamente inconstitucional".

En la segunda obra mencionada, Vallarta sostuvo: "Yo sigo creyendo que la suspensión del acto reclamado nunca es procedente en los casos de restricción de la libertad personal, pago de impuestos, multas,

destituciones, despojos, etc., etc., porque aunque de todos esos actos, cuando son arbitrarios, se siguen más o menos perjuicios al quejoso, todos ellos son por su propia naturaleza reparables. Sólo en los casos en que esto no suceda, como cuando se trata de penas, como la de muerte, cuando se quiere azotar o mutilar o infamar de algún modo a una persona, la suspensión es procedente, necesaria, forzosa.”

b) *SILVESTRE MORENO CORA*: Este autor en su obra *Tratado del Juicio de Amparo Conforme a las Sentencias de los Tribunales Federales*, escrito a finales del siglo XIX, dedica un capítulo al análisis de la suspensión del acto reclamado, en el cual sostiene que es hartamente sabido que ningún juicio debe comenzar por secuestro, si no es que se trate del juicio ejecutivo; pero es igualmente sabido que esta regla tiene una excepción, y es cuando hay peligro de que mientras termina el pleito, el demandado se ausente o haga desaparecer sus bienes, burlando en uno u otro caso, la acción de la justicia, pues si esto acontece tratándose de intereses pecuniarios, ¿cómo era posible que la ley se olvidase de proveer a esta necesidad, cuando versan intereses mucho más caros, como son la libertad y la vida, que no pocas veces dependen de la concesión o la denegación del amparo?

c) *RICARDO COUTO*: Este autor no proporciona en su obra denominada *Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en el Amparo*, una definición

de la figura en estudio, sólo examina algunas de sus particularidades y efectos.

Así, señala²¹⁴ que “es principio generalmente sustentado el de que la suspensión nunca puede producir los efectos del amparo; el principio es cierto en cuanto a que aquélla no puede nulificar el acto reclamado, lo que es propio de la sentencia que en el juicio se pronuncie; pero en lo que tiene de práctico el amparo, impedir la ejecución del acto violatorio en perjuicio del agraviado, la suspensión sí produce los efectos del amparo, con la diferencia de que, en tanto que éste los produce de un modo definitivo, aquélla los produce temporalmente, por el tiempo sólo que dure el juicio de garantías; pero la protección que el quejoso recibe es, desde el punto de vista práctico, igual por virtud de la suspensión que por virtud del amparo; los hechos demuestran la verdad de esta aseveración: desde que el quejoso obtiene la suspensión, se encuentra protegido por la ley; su situación jurídica continúa siendo la que era antes de que el acto violatorio hubiera tenido lugar; cierto que ese acto sigue subsistiendo, porque sólo el amparo puede nulificarlo; pero como su ejecución es detenida por la suspensión, el quejoso está gozando de sus garantías desde que ésta le es concedida, y la sentencia de amparo no viene a producir otro resultado práctico a su favor que el de convertir

²¹⁴ *op.cit.*; TRUEBA, ALFONSO. La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo. Editorial Jus. México 1975 41 y ss.

en definitiva la protección de que ya disfrutaba por virtud de la suspensión; en efecto, el perjuicio que un individuo recibe con motivo de un acto violatorio de la Constitución, lo recibe, no tanto por el acto mismo como por su ejecución, y si la suspensión obra sobre ésta, deteniéndola, aquél, desde ese momento, goza de los efectos protectores del amparo, precisamente en lo que tienen de reales y efectivos; la suspensión viene, pues, a equivaler a un amparo provisional.”

d) *IGNACIO SOTO GORDOA Y GILBERTO LIEVANA PALMA*: Para estos autores²¹⁵ la suspensión tiene por objeto paralizar o impedir la actividad que desarrolla o está por desarrollar la autoridad responsable, y precisamente no viene a ser sino una medida precautoria que la parte quejosa solicita, con el objeto de que el daño o los perjuicios que pudiera causarle la ejecución del acto que reclama, no se realicen.

e) *HÉCTOR FIX ZAMUDIO*: Este autor sostiene²¹⁶ que “es indudable que la suspensión de los actos reclamados constituye una providencia cautelar, por cuanto significa una apreciación preliminar de la existencia de un derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva y por este motivo, no sólo tiene eficacia puramente conservativa, sino que también puede asumir el carácter de

²¹⁵ SOTO GORDOA, IGNACIO y LIEVANA PALMA, GILBERTO. *La Suspensión del Acto Reclamado en el Juicio de Amparo*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 1977. Pág. 47

²¹⁶ op. cit.; FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *El Juicio de Amparo*. Pág. 275 y siguientes.

una providencia constitutiva, o parcial y provisionalmente restitutoria, cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio impedir perjuicios irreparables a los interesados”.

En opinión de *JUVENTINO CASTRO*²¹⁷ es *FIX ZAMUDIO* el autor que con mayor empeño intenta desentrañar la naturaleza jurídica de la suspensión; los efectos que deben derivarse de esta identificación; y finalmente los resultados prácticos que todo ello puede traer como consecuencia de la establecida substancia de esta institución del amparo.

f) *ALFONSO TUEBA*: Este autor sostiene²¹⁸ que la suspensión de los actos reclamados “es el proceso cautelar inherente al juicio de amparo creado para asegurar en forma provisoria, o sea entretanto se dicta sentencia definitiva, el goce de los derechos cuya violación se reclama, mediante la conservación o innovación del estado que guardan las cosas al ser presentada la demanda”.

g) *IGNACIO BURGOA*: Para este tratadista²¹⁹ “la suspensión en el juicio de amparo es aquel proveído judicial (auto o resolución que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creador de una

²¹⁷ CASTRO Y CASTRO, JUVENTINO VÍCTOR. *La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 41.

²¹⁸ TRUEBA, ALFONSO. *La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo*. Editorial Jus. México 1975. Pág. 19

²¹⁹ BURGOA ORIHUELA, *EL Juicio de Amparo*. Vigésimacuarta edición Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 711.

situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que invaliden los estados o hechos anteriores a éstos y que el propio acto hubiese provocado”.

Este autor agrega que: “se suele adscribir a la suspensión del acto reclamado el carácter de *providencia o medida cautelar*. Esta consideración es correcta si se toma en cuenta que dicho fenómeno o situación procesal conserva la materia del amparo, impidiendo que el acto de autoridad impugnado en la vía constitucional se ejecute o produzca sus efectos o consecuencias en detrimento del quejoso mientras se resuelve ejecutoriamente el juicio de garantías. Sin embargo, estimar a la suspensión como medida o providencia cautelar con las modalidades que a estas instituciones atribuye la doctrina de Derecho Procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica”.

“La suspensión no es una “providencia constitutiva” sino *mantenedora o conservadora de una situación ya existente*, evitando que se altere con la ejecución de los actos reclamados o por sus efectos y consecuencias. En otras palabras, la suspensión dentro del amparo *no crea derechos o intereses jurídicos sustantivos a favor del quejoso*, sino que los preserva únicamente en cuanto que no se afecten por dicha ejecución, efectiva o

consecuencias, preservación que imparte *independientemente de que los actos impugnados sean o no inconstitucionales* y mientras no se resuelva o se finalice ejecutoriamente el juicio de garantías”.

h) ALFONSO NORIEGA:ALFONSO NORIEGA²²⁰, no da un concepto de suspensión, sino una descripción de los caracteres conceptuales de esta figura y en consecuencia señala: “La suspensión del acto reclamado tiene como caracteres, o bien como notas constitutivas del concepto, las siguientes: a) La suspensión del acto reclamado, *es una providencia cautelar o precautoria*, que se tramita como un incidente en el juicio de amparo; b) En virtud de la cual al concederla las autoridades a quien la ley faculta para ello, se impone a las autoridades señaladas como responsables, la obligación de detener los efectos del acto reclamado; la obligación de abstenerse de llevarlo al cabo y, en consecuencia, la obligación de mantener las cosas en el estado en que se encuentran en el momento de dictarse la medida, absteniéndose de continuar los procedimientos que tiendan a ejecutarlo, en su inicio, desenvolvimiento o efectos; c) Entre tanto se dicte resolución definitiva en el expediente principal; d) Con el interés jurídico de conservar la materia del juicio de amparo, o bien de evitar se causen al quejoso perjuicios de difícil

²²⁰ NORIEGA CANTÚ, Alfonso. *Lecciones de Amparo*. Primera edición. Editorial Porrúa. México 1975.pag. 981

reparación, en el caso de concederse la protección constitucional solicitada”.

i) *CARLOS ARELLANO GARCÍA*: Este autor expresa ²²¹ que la suspensión se puede definir como “la institución jurídica en cuya virtud, la autoridad competente para ello, ordena detener temporalmente la realización del acto reclamado en el juicio de amparo, hasta que legalmente se pueda continuar tal acto o hasta que se decrete la inconstitucionalidad del acto reclamado en sentencia ejecutoriada”.

j) *JUVENTINO V. CASTRO*: Para el actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²²², la suspensión del acto reclamado "es una *providencia cautelar* en los procedimientos de amparo, de carácter meramente instrumental, para preservar la materia del proceso, y cuyo contenido reviste la forma de un mandato asegurador del cumplimiento y la ejecución de otra providencia principal que pudiere ordenar la anulación de la conducta prevista, positiva o negativa, de una autoridad pública, haciendo cesar temporalmente sus efectos obligatorios mientras se resuelve la controversia constitucional".

Este autor²²³, después de analizar las posturas de distintos tratadistas, concluye que “la doctrina mexicana ha intentado estructurar a la

²²¹ op cit. ARELLANO GARCÍA, CARLOS. Pág. 544

²²² op. cit. ARELLANO GARCÍA, CARLOS pág. 69

²²³ Ibidem. pág. 52.

institución de la suspensión alrededor de tres aspectos generales que ha juzgado atendibles prioritariamente: a) la naturaleza de la suspensión; b) las modalidades funcionales de ella; y c) las finalidades que persigue.

a) Respecto a la naturaleza jurídica de la suspensión del acto reclamado en el amparo, de hechos hay solamente dos tendencias perfectamente identificables: es una providencia cautelar, o no lo es respecto

a la primera tendencia tan sólo se cuestiona si es una providencia o una medida, y si ellas deben precisarse como cautelares, precautorias, constitutivas o provisionales.

b) En lo que toca a las modalidades funcionales de la suspensión, se puede ubicar a los autores bien suscritos en una posición estática, o por el contrario e una dinámica.

Las posiciones estáticas le otorgan a la suspensión características preservantes, conservatorias, reductivas o paralizantes, pero en forma totalmente excluyente de cualquiera otra.

Las posiciones dinámicas consideran, por su parte, que la naturaleza jurídica y la estructura normativa de la suspensión, permiten anticipar en ocasiones algunos efectos proteccionistas, o bien restituir al quejoso en el disfrute inmediato de las garantías que reclama como violadas en su perjuicio en forma inconstitucional. En esta postura estaría *COUTO* y *GÓNGORA PIMENTEL*.

c) En cambio, respecto a las finalidades que persigue la suspensión, si bien no existe unanimidad, sí aparece un consenso generalizado.

La finalidades más destacadas son:

1. La urgencia de detener los efectos del acto de autoridad que se impugna.
2. La necesidad procesal de salvar el juicio de su extinción antes de su evolución natural, si el acto reclamado se consuma irreparablemente;
3. Hacer una composición provisional en espera de una definitiva, como forma de negación equitativa de las partes, conscientes de la tardanza que forzosamente requiere de plazos para preparar la resolución final.

k) GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL.

Para el ex presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²²⁴ “la suspensión del acto reclamado tiene como objeto primordial mantener viva la materia del amparo. Esto se logra impidiendo que el acto se llegue a consumar irreparablemente, antes de que se haya resuelto en forma definitiva, si tal acto es o no contrario a la constitución, pues si tal consumación ocurre, no pueden volver las cosas al estado que guardaban antes de la violación, como sucede en no pocas ocasiones, en el caso de que se conceda el amparo...La suspensión no tiene como

²²⁴ GÓNGORA PIMENTEL, GENARO DAVID. *La Suspensión en Materia Administrativa*. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 1

único objeto mantener viva la materia del amparo, también se propone evitar al agraviado, durante la tramitación del juicio de amparo, los perjuicios que la ejecución del acto pudiera ocasionarle”.

Para el actual ministro de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la suspensión es una providencia cautelar, condicionada a dos presupuestos: *la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora*.

La apariencia del buen derecho se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el amparo; y éste aplicado a la figura en estudio, implica que, para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según el cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. El segundo presupuesto se refiere a la *premura* en el dictado de la medida.

La teoría de *GÓNGORA PIMENTEL*, se plasmó en la tesis jurisprudencial P./J. 15/96, que aprobó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 3/95, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo del Sexto Circuito, y que fue

publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo III, abril de 1996, página 16,²²⁵

En cuanto a la naturaleza²²⁶ de la suspensión del acto reclamado, la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales no contiene disposición

²²⁵ “Suspensión. para resolver sobre ella es factible, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la ley de amparo, hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado. La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia. En todo caso dicho análisis debe realizarse, sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquélla sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión”.

²²⁶ Encanto alanaturaleza delactoreclamadoladoctrina,engeneral,sostieneque setratadeunamedidacautelar;alrespecto,véaseFIX-ZAMUDIO,HÉCTOR,*Ensayosobre elderecho...*,cit.,nota38,p.64;CHINCHILLAMARÍN,CARMEN,“Comentarioalartículo56 de...”,cit.,nota27,pp.879-881,yGIMENOSENDRA,VICENTEYGARBERÍLLOBREGAT,JOSÉ, *Losprocesosdeamparo...*,cit.,nota38,p.220.Sinembargo,Burgoacondicionasunaturalezaj urídicaalexpresarquelaconsideracióndelasuspensióndelactoreclamadocomomedida cautelarescorrecta“sisetomaencuentaquedichofenómenoosituación

alguna que se refiera a ella; sin embargo, la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha declarado, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 626-2000, ²²⁷ que la “suspensión del acto reclamado se enmarca dentro de la categoría de las medidas cautelares”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional, al momento de determinar el catálogo de medidas cautelares susceptibles de ser decretadas, ha sido bastante progresista, pues ha sostenido que cabe la posibilidad de decretar otras medidas cautelares distintas a la suspensión del acto reclamado contenida en la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales; es decir, se ha pasado de un sistema de lista cerrada, como el contenido en todas nuestras leyes que han regulado el amparo, a uno de lista abierta en donde el criterio determinante es la idoneidad de la medida adoptada. Y es que no puede ser de otra manera, ya que si las medidas previstas en la Ley no son las idóneas para posibilitar que la sentencia de amparo sea plenamente eficaz, debido a la complejidad de las distintas situaciones que se van presentando dentro del proceso, se vuelve indispensable que el Tribunal, a través de la interpretación de la

procesalconservalamateriadelamparo,impidiendoqueelactodeautoridadimpugnado enlavíaconstitucionalseejecute...Sinembargo,estimaralassuspensióncomomedida oprovidenciacautelarconlasmodalidadesqueaestasinstitucionesatribuyeladoctrina dederechoprosesal,seantojaundespropósitoqueatentacontrasunaturalezajurídica”. Burgoa,Ignacio,*Eljuiciode...cit.*,nota38,Pág.711.

²²⁷ Interlocutoriapronunciadael14 de diciembrede 2000.En elmismoentido,entre otras,lasinterlocutoriaspronunciadasenlosamparos420-97,el18dediciembrede1997 y176-2001,el15demayode2001.

normativa procesal vigente, actualice los instrumentos procesales con los que cuenta para lograr una verdadera tutela jurisdiccional.

En esa dirección, la Sala de lo Constitucional, señaló que: existen supuestos fácticos en que la mera suspensión del acto o actos impugnados resulta insuficiente o inidónea para procurar la plena efectividad de la función cautelar, por lo que se requiere la adopción de medidas peculiares que superen lo que tradicionalmente implica la simple paralización de las actuaciones atacadas, en estos casos, este Tribunal se encuentra plenamente habilitado para decretar las providencias que estime indispensables a fin de garantizar la efectiva realización de su actividad jurisdiccional.²²⁸

Ahora bien, como puede desprenderse de la decisión antes citada, consideramos que la misma no sólo va dirigida a abrir, en forma tradicional, el catálogo de medidas cautelares susceptibles de ser decretadas, sino que se puede advertir, al menos teóricamente, un interés en superar el clásico concepto de medidas cautelares o, en términos más precisos, en modificar la tipología legal en torno a los procesos cautelares, la cual hasta ese momento era unitaria.

En ese sentido —reiteramos— la jurisprudencia citada, si bien en un primer momento, se puede aseverar que amplía el catálogo de medidas cautelares, es dable afirmar que la misma no se queda sólo en eso, sino

²²⁸Auto de admisión del amparo 626-2000,

que hay, además, una ampliación de la tipología, pues ahora el Tribunal puede adoptar medidas cautelares no sólo dirigidas a la paralización de las actuaciones atacadas”. En otras palabras, se trata de un cambio que incide en la naturaleza de las medidas cautelares que el Tribunal puede decretar para dotar de eficacia el proceso.

Se pasa, por tanto, de un sistema en el que el único tipo de medidas cautelares que podían adoptarse era conservativo, dirigido a “conservar o inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal”,²²⁹ como lo son la suspensión del acto reclamado, prevista en la ley vigente, y el resto de configuración tradicional que pudieran decretarse a partir de la ampliación efectuada por la Sala de lo Constitucional en el auto de admisión del amparo 626-2000, a otro donde el Tribunal puede mandar a innovar; es decir, ordenar la alteración del Estado de hecho o de derecho existente antes de que se pronuncie la decisión definitiva en el proceso de amparo, que, por ejemplo puede consistir en mandar a la autoridad o particular demandado, según el caso, a que retrotraigan las resultas consumadas del acto reclamado o, en términos generales, que éstos hagan o dejen de hacer algo contrario

²²⁹op cit. PEYRANO,JORGEWALTER,Pág.13.

al acto que se considera lesivo de las categorías invocadas por el impetrante.²³⁰

La interlocutoria citada fue un primer precedente, sobre todo para dictar en el caso concreto otra medida cautelar distinta a la suspensión del acto reclamado, en concreto la anotación preventiva de la demanda de amparo; sin embargo, en el auto de admisión del amparo 12-2002,58 la Sala de lo Constitucional adoptó una medida cautelar innovativa, específicamente que a un paciente que padecía SIDA, a quien se le había negado el tratamiento idóneo, se le diera, desde la admisión de la demanda, dicho tratamiento.

Del texto del último auto de admisión citado, resulta pertinente resaltar dos aspectos. En primer lugar, la justificación que hace el Tribunal, por cierto bastante genérica, de la procedencia de otras medidas cautelares, que en este caso fue innovativa, y, en segundo lugar, los efectos que produce este tipo de medidas cautelares en relación con la causal de sobreseimiento contenida en el artículo 31 núm. 5: “por haber cesado los efectos del acto reclamado”.

Así, en relación con el primer aspecto, la Sala justificó la procedencia de otras medidas cautelares en los términos siguientes:

Que si bien es cierto la Ley de Procedimientos Constitucionales únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida

²³⁰Ibidem, Págs.21-23.

cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un valladar para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dicten en esta sede. Precisamente, porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal, y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso; finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera paralización de los actos impugnados, motivo por el cual se vuelve indispensable la adopción de otras medidas aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo...

Se advierte del texto de la interlocutoria citada, que el Tribunal recurre básicamente a dos temas. Por un lado, a la necesidad de que la tutela jurisdiccional sea eficaz, a la que nos hemos referido con anterioridad y, por otro, al de las potestades jurisdiccionales implícitas, ya que expresamente la resolución precitada señala que la “potestad cautelar representa un elemento esencial”; es decir, que se trata de un componente de la actividad jurisdiccional que su existencia no depende de una previsión legislativa, sino que es un elemento necesario o indispensable para que la Sala de lo Constitucional puede ejercer de

forma natural la potestad jurisdiccional;²³¹ en otras palabras, forman parte de la propia naturaleza de la tutela reforzada que efectúa el Tribunal a través del amparo.

Y, en relación con el segundo, es decir, la incidencia de la medida cautelar en relación a la cesación de los efectos del acto reclamado, el Tribunal señaló que:

el hecho de que en este amparo se disponga una medida cautelar innovadora para posibilitar la subsistencia del actor durante el desarrollo del proceso, no debe interpretarse como una cesación de los efectos de la omisión cuestionada, en virtud de la naturaleza provisional e instrumental de aquélla, lo que permitiría revocarla o alterar su contenido en el devenir procesal si se modifican las circunstancias que han determinado su adopción, y además, dado que la misma no sustituye la respuesta que, en principio, es exigible al funcionario presuntamente responsable de las violaciones alegadas. Por estas razones, es posible sustanciar la pretensión deducida con el objeto de pronunciar una sentencia que ponga fin de manera definitiva a la controversia planteada. Como se advierte en la resolución citada, el Tribunal hace énfasis en el carácter provisional e instrumental de la medida cautelar innovativa adoptada, así como en la posibilidad de que la misma pueda ser

²³¹op cit.; PEYRANO, JORGE, Pág. 337.

revocada o alterada en el devenir del proceso, a efecto de excluir la concurrencia de la causal de sobreseimiento “cesación de los efectos del acto reclamado”, lo cual es plenamente atendible, ya que, en ese proceso en concreto, no se alegaba ausencia total de tratamiento sino que se discutía sobre la idoneidad del que le estaba suministrando la autoridad demandada.

Se trataba, por tanto, de una situación en la que los datos aportados por el demandante permitieron al Tribunal efectuar “un juicio de probabilidad positiva”, lo cual podía haber sido desvirtuado en el transcurso del proceso.²³² Y es que, de lo contrario, si el juicio de la Sala no fuera de probabilidad sino de certidumbre, o que el interés tutelable fuera cierto y manifiesto, o que en lugar de mera verosimilitud hubiera mayor grado de certeza a la luz de pruebas inequívocas, pasaríamos al campo de las medidas autosatisfactivas, las cuales, en virtud de la situación de certeza apuntada, son definitivas,²³³ y por tanto, conllevan la cesación de los efectos del acto reclamado.

En ese sentido, el juicio efectuado por el Tribunal en los supuestos en los que decreta una medida cautelar innovativa, al igual que en el caso de las medidas conservativas, es de probabilidad o simplemente conlleva la

²³²La doctrina enmarcadentro de la categoría de medidas cautelares innovativas asupuestos similares al rescatado, al respecto, véase, RAMÍREZ, JORGE ORLANDO, *Función Precautelar*, Buenos Aires, Astrea, 2005, *cit.*, Págs 340-342.

²³³Ibidem; Pág. 110-113.

formulación de una hipótesis sobre la lesión constitucional alegada por el impetrante y no implica, como se podría creer, que en los supuestos en que las adopta tenga un mayor grado de convicción; es decir, la intensidad de la convicción o el grado de certeza del Tribunal es el mismo o, en otras palabras, lo que determina que se decrete una medida cautelar innovativa no es el grado de certeza, sino la idoneidad de las mismas para dotar de eficacia al proceso de amparo. En virtud de eso, éstas se continúan caracterizando, entre otras, por ser instrumentales, provisionales y, además, por ser revocables y alterables en el transcurso del proceso y, por tanto, en los supuestos en los que se decretan, sus efectos están sujetos a los resultados del proceso; es decir, no hacen cesar de manera definitiva los efectos del acto reclamado.

3.8.3. Actos susceptibles de ser suspendidos.

La Ley de Procedimientos Constitucionales, en su artículo 19.2, establece la naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos. Señala que la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos²³⁴

La limitación establecida en cuanto a la naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos a través del amparo es congruente con

²³⁴Sobre el concepto de actos positivos, véase BURGOA, IGNACIO, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 2000, Pág. 21 y 22, o BURGOA, IGNACIO, Pág. 713.

el tipo de medida cautelar previsto en la Ley para el caso del amparo — conservativo, tal como apuntábamos anteriormente—, ya que la suspensión del acto reclamado sólo puede desplegar sus efectos respecto de un acto que sea susceptible de paralizarse, “pues lo negativo, lo que no tiene o no puede tener una existencia positiva, es imposible de suspenderse, es decir, paralizarse o hacerse cesar.”²³⁵

Ahora bien, la limitación señalada también tiene incidencia en lo relativo al ámbito temporal de los actos sobre los que la suspensión del acto reclamado puede desplegar sus efectos, idea que también es congruente con el tipo de medida conservativa prevista en la Ley, ya que este tipo de medidas sólo pueden desplegar sus efectos sobre actos de tipo futuro, que están por realizarse y, bajo ningún supuesto sobre actos consumados. En otros términos, nunca invalidan, ni anulan, no tienen efectos retroactivos, ya que dicha función se encuentra reservada a la sentencia definitiva, pues, de lo contrario, a través de un pronunciamiento distinto a ésta, sin que previo al mismo se tramite en su totalidad el proceso de amparo, se estaría otorgando una tutela anticipada o una pre-estimación de la pretensión incoada.

La jurisprudencia sobre el tema se ha limitado a sostener que la suspensión del acto reclamado procede únicamente contra actos de tipo

²³⁵Ibidem; Pág. 710

positivo, y ha excluido, por dicha razón, la posibilidad de que se decrete para actos consumados o negativos.

Por ejemplo, en el supuesto en que el acto reclamado se ha consumado ha sostenido que respecto a la procedencia de adoptar una medida cautelar en el caso en estudio, es necesario señalar que el acto reclamado se ha consumado plenamente...; situación que evidencia de forma clara la inexistencia de situaciones que puedan preservarse mediante la adopción de una medida cautelar, por lo que resulta improcedente, en este caso, ordenar la suspensión de los efectos del acto impugnado.²³⁶

Asimismo, en los casos en que el acto reclamado es una omisión, incluso sin mayor motivación, ha declarado reiteradamente sin “lugar la suspensión de los actos reclamados por tratarse de omisiones”.²³⁷

Consideramos que la postura de la Sala de lo Constitucional en este tipo de supuestos ha sido cómoda, e incluso podemos calificarla como contradictoria con sus propios pronunciamientos, pues si ya con anterioridad había considerado que la regulación vigente no prevé las medidas cautelares idóneas para asegurar la eficacia del proceso de

²³⁶ Interlocutoria pronunciada en el amparo 753-2006, el 13 de diciembre de 2006. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 436-2005 del 8 de septiembre de 2005 y 505-2005, el 13 de septiembre de 2005.

²³⁷ Interlocutoria pronunciada en el amparo 705-2006, del 9 de noviembre de 2006. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 37-2006, el 19 de enero de 2006, y 489-2005, el 26 de septiembre de 2005.

amparo y, por dicha razón, abrió la posibilidad de que se decreten otras medidas cautelares, entre ellas las de tipo innovativo, lo previsible sería que en estos casos se adoptara una postura congruente con la apertura señalada, que no necesariamente debe conllevar a que en el caso concreto se adopte una medida cautelar, pues es claro que al momento de resolver sobre su procedencia debe analizarse la concurrencia de algunos presupuestos, pero sí tener como premisa que, incluso en los supuestos en que los actos no son de carácter positivo, se pueden decretar medidas cautelares.

3.8 4. Características.

En cuanto al tema de las características de las medidas cautelares, encontramos abundantes resoluciones en las que la Sala de lo Constitucional ha hecho referencia a las mismas y, en concreto, ha señalado que éstas se caracterizan, principalmente, por ser instrumentales, provisionales, urgentes, alterables, modificables, revocables, extinguidos, no pasar en autoridad de cosa juzgada y funcionales.

3.8.4.1. Elementos característicos de la suspensión del Acto Reclamado:

Es una institución jurídica porque crea relaciones jurídicas entre la parte que solicita la suspensión, el órgano que la decreta, la autoridad

responsable que debe acatarla y el tercero perjudicado que puede oponerse a ella.

La suspensión debe ser decretada por una autoridad competente, que ordenará que se detenga la realización del acto reclamado.

La paralización de la ejecución del acto reclamado es temporal, tiene límites de duración, no puede ir más allá del momento en que causa ejecutoria la sentencia de amparo y se notifique a la responsable; pero la sentencia de amparo produce una paralización definitiva del acto reclamado cuando éste se declara inconstitucional.

La suspensión se produce durante la tramitación del juicio de amparo, nunca antes de la presentación de la demanda o después de concluido el juicio de garantías.

Para que el acto reclamado pueda suspenderse, debe ser positivo, es decir, ser un pronunciamiento, una orden o una ejecución, pues materialmente no puede paralizarse una abstención o un no hacer de la autoridad responsable; pero sí puede concederse la suspensión contra los efectos positivos de un acto negativo.

El acto reclamado se paraliza desde que se decreta la medida provisionalmente, ya sea porque no se recurrió la determinación, o por que la medida definitiva también se concedió.

El acto reclamado se puede llevar a cabo si se niega la suspensión definitiva.

Si se concede la protección constitucional en la resolución de fondo, el acto reclamado queda paralizado definitivamente hasta que se cumpla con la sentencia de amparo; y

La suspensión del acto reclamado, nunca tiene efectos restitutorios, únicamente paraliza o cesa temporalmente el comienzo, desarrollo o consecuencias del acto reclamado, pero no destruye los efectos ya producidos.

APITULO CUATRO.

AMPARO CONTRA LEY.

SUMARIO:

4.1 Introducción; 4.2 El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas; 4.3 Tipos de actos frente a los que cabe el amparo; 4.3.1 En cuanto al amparo frente a actuaciones de orden jurisdiccional; 4.3.2 Amparo frente a leyes; 4.3.3 Amparo frente a

actuaciones del ejecutivo o la Administración; 4.3.4 Amparo frente a particulares; 4.4 La jurisdicción de amparo; 4.4.1 Competencia; 4.5 La Suspensión del Acto como Medida Cautelar en el Proceso de Amparo Contra Ley; 4.6 Medidas cautelares innovadoras; 4.7 Unidad o pluralidad de Órganos; 4.7.1 Vía directa o subsidiaria.

4.1. Introducción.

Conforme a la técnica del juicio de garantías, para analizar el aspecto sustantivo de una norma, con motivo de su primer acto de aplicación, debe existir como presupuesto que la misma haya irrumpido en la individualidad de un gobernado, al grado de ocasionarle un agravio en su esfera jurídica, ya sea que se le aplique formal o materialmente, de manera escrita o de hecho, pues basta que dicho ordenamiento materialice sus efectos en el mundo fáctico y altere el ámbito jurídico de la persona, para que se estime aplicada. De no ser así, la Ley reclamada no causa perjuicio y el amparo resulta improcedente.

Como es sabido y como reiteradamente ha sido establecido en diversa jurisprudencia, el amparo tiene por finalidad la defensa de la vigencia efectiva de la Constitución y en particular de las garantías y de los derechos constitucionales. Por ende, cuando el gobernado que considera que una decisión judicial, administrativa o legislativa viola un derecho o garantía constitucional, puede impugnar esa decisión ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; la cual, al decidir, debe

confrontar la decisión impugnada con el principio constitucional correspondiente, a efecto de establecer si existe o no contradicción.

La Sala ha indicado la improcedencia de tramitar procesos de amparo contra ley con causas excluyentes, en que se atribuye a una misma disposición carácter *autoplicativoyheteroaplicativo*: “En efecto, la formulación de distintas pretensiones de amparo contra una ley, alegando que ésta posee una doble naturaleza, obliga a este Tribunal ha definir objetivamente el carácter de la disposición, para dar un tratamiento uniforme a los casos que se le plantean, evitando de tal forma el pronunciamiento de decisiones contradictorias en relación a una materia común. Desde la perspectiva trazada, se impone puntualizar que si bien el reconocimiento del carácter *autoaplicativo* de una ley impide atribuirle una condición contrapuesta, esto no excluye el dictado de actos concretos por parte de las autoridades encargadas de su aplicación con el fin de particularizar sus efectos jurídicos, sino más bien la posibilidad de hacer descansar el perjuicio en la esfera jurídica del particular en dichos actos de aplicación o ejecución, pues éste deriva de forma exclusiva, cierta y directa de los mandatos normativos de la ley. Resulta entonces concluyente que existe imposibilidad jurídica y material de aceptar la incoación de procesos de amparo en los que se asigna distinto carácter a una misma disposición, pues ello se traduciría en la coexistencia de objetos procesales con causas incompatibles, ante la

imprecisión de la fuente generadora del agravio de relevancia constitucional. Por lo que una vez fijada la verdadera naturaleza de la disposición impugnada por medio del amparo procede el rechazo sin trámite completo de las pretensiones cuyos objetos resulten manifiestamente contradictorios.”²³⁸

Es un mecanismo protector de los derechos constitucionales cuando, debido a la aplicación de dicha norma a un caso específico, el gobernado estima que se le han lesionado categorías jurídicas consignadas a su favor.²³⁹

Entre las actuaciones públicas sujetas a control constitucional por la vía del amparo se hallan aquellas de carácter normativo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional: “(...) siendola Sala de lo Constitucional la encargada de vigilar y potenciar la supremacía de la Constitución, cuidando que los actos de autoridad se ajusten al orden normativo fundamental, es menester que la actividad de los encargados de producir leyes- entendida en su sentido material, es decir, normas de carácter general, abstracto, impersonal y obligatorio- no quede excluida del control constitucional. Y es que resultaría irrazonable aceptar la tesis contraria, es decir, aceptar que los gobernados queden a merced de estos, al no brindarles un medio Jurídico Procesal para impugnar las

²³⁸ Imprudencia del 13-IX-2000, Amparo 196-2000, Considerando II 4.

²³⁹ Sentencia del 17-05-2002, Amparo 190-2001, Considerando II.

disposiciones emitidas, cuando las mismas violen flagrantemente el ordenamiento fundamental. En ese sentido, los encargados de producir normas jurídicas no pueden hacerlo a su arbitrio, pues su actuación debe ceñirse a la Constitución. Tomando como premisa lo anterior, resulta absolutamente procedente la institución del *Amparo Contra Ley*, ya que este se configura como instrumento procesal a través del cual se “atacan” frontalmente todas aquellas disposiciones o actos aplicativos de las mismas que contradigan preceptos contenidos en la Constitución, y que, como consecuencia, vulneren derechos reconocidos en la misma. Esto se debe a que la supremacía constitucional, *per se*, es uno de los principios fundamentales que ha encarnado nuestro sistema constitucional, por lo que no puede existir acto de autoridad que contravenga el texto constitucional y los valores y principios que constituyen un trasfondo, pues tanto los encargados de la creación de normas como los aplicadores de las mismas, no pueden legislar y actuar sin limitación alguna, desconociendo su freno natural y objetivo: la Constitución. Ahora bien, dentro del mencionado amparo contra ley (...) se distingue entre el amparo contra leyes *heteroaplicativas* y *autoaplicativas*”²⁴⁰

Sobre la trascendencia del amparo contra leyes, el profesor *HORACIO AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALBA*, en su obra *El Amparo contra leyes*,

²⁴⁰ Sentencia del 7-1-2004, Amparo 1263-2002, Considerando II 1.

expresa: "hemos dicho que la supremacía de la constitucionalidad per se es uno de los principios fundamentales que ha entronizado nuestro sistema constitucional. Este principio implica que no puede existir acto de autoridad que contravenga las disposiciones de la Constitución, incluyendo al Órgano Legislativo. El legislador no puede actuar y legislar sin límite alguno - *adlibitum* -, tiene un freno: la Constitución, obra del constituyente, depositario de la soberanía del pueblo para expedir la Ley Suprema".

El amparo contra ley es un instrumento procesal a través del cual se atacan todas aquellas disposiciones legales –entendida esta expresión en su acepción material- emanada tanto del Órgano Legislativo como del Ejecutivo, las cuales contradicen los preceptos contenidos en la Constitución. Al respecto, el jurista mexicano *JUVENTINO V. CASTRO*, en su obra *Hacia el Amparo Evolucionado*, señala un aspecto que es aplicable plenamente en el sistema que nos rige: "cuando pensamos que en nuestro país existe un proceso constitucional, una de cuyas aplicaciones es denominada amparo contra leyes, por considerarse a éstas contrarias a la Norma Fundamental, fácilmente concluiríamos en considerar que se está haciendo referencia a un medio de defensa destacadísimo, de la más alta calidad, que permite atacar de frente y destruir –cuando la acción correspondiente es fundada-, a esa ley que rompe con el sistema constitucional".

Ahora bien, dentro del mencionado amparo contra ley, la jurisprudencia nacional ha distinguido entre el amparo contra *leyes autoaplicativas* y *heteroaplicativas*. El primero procede contra una ley o norma general que es directamente operativa, en el sentido que no precisa de ningún acto posterior de ejecución o aplicación, sino que produce, desde su sólo promulgación, efectos jurídicos; y si una ley de esta naturaleza causa un daño e importa un acto lesivo desde su entrada en vigencia, es susceptible de ser impugnada por la vía del amparo.

El segundo - el amparo contra leyes *heteroaplicativas* - procede contra aquellas normas generales que, siendo lesivas de derechos fundamentales, requieren necesariamente - para que ésta pueda efectivizarse - de un acto de aplicación posterior por parte de alguna autoridad para producir sus consecuencias jurídicas; es decir, para que una ley *heteroaplicativa* pueda ser impugnada por la vía del amparo, es menester que se realice el acto posterior de ejecución, pues de lo contrario habrá ausencia de agravio, requisito sine qua non para la procedencia del mismo. Al respecto, resulta plenamente aplicable lo expuesto por el doctor *IGNACIO BURGOA* en su obra *El Juicio de Amparo*, sobre el punto en comento: "Dicho acto no está constituido por la ley en sí misma considerada, como un ordenamiento creador, modificativo o extintivo de situaciones jurídicas abstractas e impersonales, sino por un hecho concreto de autoridad que afecta una

esfera jurídica particular determinada mediante la aplicación individual de un precepto legal".

En relación con la procedencia del juicio de amparo contra ley heteroaplicativa, que ha existido en el sistema jurídico salvadoreño, desde inicios del presente siglo, podemos citar como precedentes más recientes los amparos números 24-S-97, 3-S-90 y 3-S-92.²⁴¹

4.2. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas.

Este supone un elemento fundamental de garantía de los derechos de los ciudadanos. La eliminación y expulsión del ordenamiento de las normas generales que atenten contra esos derechos impide su aplicación futura, y priva de habilitación jurídica a conductas -de la Administración, de los jueces o de los particulares- contrarias a los derechos constitucionalmente reconocidos. Pero este control no es suficiente para garantizar esos derechos. Aún en ausencia de leyes o reglamentos inconstitucionales, los poderes sociales, públicos o privados, pueden atentar frente a las libertades públicas, mediante actuaciones singulares, que ignoren los mandatos legales y constitucionales, o, simplemente, lleven a cabo una defectuosa interpretación de los mismos. Se hace así necesaria la presencia de técnicas de reacción efectivas, que permitan a los ciudadanos defenderse inmediatamente frente a las

²⁴¹ 10-F-93. Sánchez y Parada vrs. Asamblea Legislativa

vulneraciones de sus derechos fundamentales. Tales técnicas se han configurado sobre todo como procedimientos ante órganos jurisdiccionales que provoquen una actuación rápida de éstos frente a actuaciones, públicas o privadas, lesivas de los derechos constitucionalmente garantizados. Entre ellos figuran, en forma relevante, dos procedimientos (a veces no claramente diferenciados) el amparo y el habeas corpus o exhibición personal, y que ya cuentan con una amplia tradición.

4.3. Tipos de actos frente a los que cabe el amparo.

Una tendencia a maximizar el ámbito de los derechos protegidos²⁴² también lo es una tendencia complementaria a restringir la protección del amparo, de forma que éste sea disponible únicamente frente a las vulneraciones de derechos causadas por algunos poderes del Estado (usualmente el poder ejecutivo) mientras que las vulneraciones originadas por la acción de otros poderes serían remediables mediante los procedimientos judiciales ordinarios.

El amparo tiende a convertirse en efecto, en un remedio frente a actuaciones, sobre todo, del poder ejecutivo.

4.3.1 En cuanto al amparo frente a actuaciones de orden jurisdiccional.

²⁴²En términos de la Constitución de Guatemala «no hay ámbito que no sea susceptible de amparo» art. 265 CG.

Se ve totalmente excluido en la normativa de Costa Rica (art. 30 LJC: «No procede el amparo: (...) b) contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del poder judicial»), y Nicaragua (art. 51 LA: «No procede el recurso de amparo: (1) Contra las resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia»), y se ve severamente limitado en El Salvador y Honduras. Así, la LPC de El Salvador (*art. 13 prevé que «El juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de materias ejecutoriadas en materia penal»*). Por su parte, la Ley de Amparo de Honduras establece en su art. 36 (reformada en 1967) que «Es improcedente el recurso de amparo, 1) En los asuntos judiciales puramente civiles con respecto de las partes que intervengan o hubiesen intervenido en ellos, y los terceros que tuviesen expeditos recursos o acciones legales en el mismo juicio, y contra las Sentencias definitivas, ejecutoriadas, en causa criminal». Finalmente, en Panamá se excluye el amparo frente a las decisiones de la Corte Suprema en Pleno. Posiblemente todas estas restricciones obedecen a la voluntad de evitar que se añadan aún más instancias a los ya largos procedimientos judiciales.

Ahora bien la sala manifiesta: El Art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, hace referencia a la improcedencia del amparo en los asuntos puramente civiles, comerciales o laborales, y ya reiterada

jurisprudencia ha precisado que por tal clase de asuntos deben entenderse aquéllos en los que se plantea una situación exclusivamente regulada por el derecho civil, mercantil o laboral sin mezcla de cuestiones regidas por el derecho constitucional, de modo que cuando una cuestión encuentra fundamento en la Constitución, aun cuando desde la perspectiva del sector material a que se refiera el asunto, pueda éste calificarse de civil, mercantil o laboral, deja de ser asunto de mera legalidad. Así, por ejemplo, se dice que la inconformidad con una resolución judicial o con un acto administrativo es un asunto de mera legalidad, pues el acto fue pronunciado con base en una ley que se supone adecuada a la Constitución, pero ello es así mientras que la inconformidad del particular radica únicamente en que la decisión tomada por la autoridad perjudica su situación jurídica; sin embargo, si el actor no plantea una mera inconformidad con el acto que impugna, sino que se exponen las razones por las cuales el acto se estima contrario a Constitución, y de la pretensión misma se deduce que se reclama contra un acto basado en una disposición legal que se cree que no está apegada a la normativa constitucional, aquello que parecía un asunto de mera legalidad trasciende al ámbito constitucional, pues se vuelve indispensable determinar si la disposición y el acto pronunciado con base en ella, son conformes o no con la Constitución.

4.3.2. Amparo frente a leyes.

En cuanto al *amparo frente a leyes* es evidente la tendencia a su sustitución por los procedimientos usuales de control de normas (concentrados o difusos). La introducción del recurso en vía directa, y de la cuestión (y acción) de inconstitucionalidad ha reducido notablemente la utilidad del amparo en este aspecto. De nuevo, Costa Rica excluye la posibilidad del amparo frente a leyes (LJC, art. 30). Tal es asimismo el caso de Panamá, y, en la Ley de Amparo de Honduras viene a identificarlo con el procedimiento de control normativo (art. 1.2, y art.5.1.LA). Tampoco aparece prevista expresamente la posibilidad del Amparo frente a leyes en la normativa nicaragüense. En cuanto a El Salvador y Guatemala, la existencia de un control normativo difuso (inaplicabilidad) hace cuestionable la autonomía de un «amparo contra leyes».

No obstante, la Ley de Amparo guatemalteca prevé la posibilidad del amparo contra leyes: «procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan» (art. 8). Igualmente prevé que «Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos, (b) para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquier

otra ley» (art. 10 L:A. de Guatemala). Aparte de otros interrogantes (por ejemplo, ¿se puede pedir amparo contra una ley porque restrinja derechos concedidos por otra ley?), se plantea el de si hay alguna diferencia entre el amparo contra leyes en casos concretos (art. 10 L.A.) y la inconstitucionalidad, en casos concretos prevista en el art. 116 de la Ley de Amparo (control difuso) y que puede plantearse por vía de acción. En efecto, ambos supuestos parecen referirse a *leyes autoaplicativas*. En realidad, parece que lógicamente, el amparo podrá dirigirse contra el acto de aplicación de una ley por una autoridad que vulnere derechos constitucionales, y en consecuencia, en el curso del procedimiento, podría pedirse la inaplicación de esa ley. En el supuesto de *leyes autoaplicativas* (que no necesitan actos de aplicación) sería donde cabría la posibilidad real de estas figuras, de amparo contra leyes, o de acción de inconstitucionalidad «en casos concretos», como se vio más arriba.

Ahora bien, dentro del mencionado amparo contra ley, la jurisprudencia nacional ha distinguido entre el amparo contra *leyes autoaplicativas* y *heteroaplicativas*. El primero procede contra una ley o norma general que es directamente operativa, en el sentido que no precisa de ningún acto posterior de ejecución o aplicación, sino que produce, desde su sólo promulgación, efectos jurídicos; y si una ley de esta naturaleza causa un daño e importa un acto lesivo desde su entrada en vigencia, es susceptible de ser impugnada por la vía del amparo. El segundo, procede

contra aquellas normas generales que, siendo lesivas de derechos fundamentales, requieren necesariamente –para que ésta pueda efectivizarse- de un acto de aplicación posterior por parte de alguna autoridad para producir sus consecuencias jurídicas; es decir, para que *una ley heteroaplicativa* pueda ser impugnada por la vía del amparo, es menester que se realice el acto posterior de ejecución, pues de lo contrario habrá ausencia de agravio; requisito sine qua non para la procedencia del mismo, Resulta plenamente aplicable lo expuesto por el doctor *IGNACIO BURGOA* en su obra *El Juicio de Amparo*, sobre el punto en comento: "Dicho acto no está constituido por la ley en sí misma considerada, como un ordenamiento creador, modificativo o extintivo de situaciones jurídicas abstractas e impersonales, sino por un hecho concreto de autoridad que afecta una esfera jurídica particular determinada mediante la aplicación individual de un precepto legal."

En relación con la procedencia del juicio de amparo contra *ley heteroaplicativa*, que ha existido en el sistema jurídico salvadoreño, desde inicios del presente siglo, podemos citar como precedentes más recientes los amparos números 24-S-87 y 3-S-90. La jurisprudencia nacional al respecto establece que: "el amparo contra leyes es prácticamente un medio de desaplicación de un precepto reputado como inconstitucional –según lo señala el profesor *HORACIO AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALBA* en su obra *El Amparo contra Leyes*- pues, al

limitarse a hacer una declaración particular (la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de modo general y obligatorio es objeto del proceso de inconstitucionalidad), ordena la desaplicación en los casos de *leyes heteroaplicativas* o no aplicación en caso de *leyes autoaplicativas*.

Sobre la trascendencia del amparo contra leyes, el citado profesor *AGUILAR ÁLVAREZ* y de Alba, expresa: "hemos dicho que la supremacía de la constitucionalidad per se es uno de los principio fundamentales que ha entronizado nuestro sistema constitucional. Este principio implica que no puede existir acto de autoridad que contravenga las disposiciones de la Constitución, incluyendo al Órgano Legislativo (...). El legislador no puede actuar y legislar sin límite alguno –*ad limitum*–, tiene un freno: la Constitución, obra del constituyente, depositario de la soberanía del pueblo para expedir la Ley Suprema."."

4.3.3. Amparo frente a actuaciones del ejecutivo o la Administración.

Es en este campo donde el amparo muestra una mayor aplicabilidad, por cuanto que, históricamente, son las actuaciones del Ejecutivo y sus agentes los que se han mostrado como una mayor amenaza potencial frente a las libertades de los ciudadanos (sanciones administrativas, limitaciones a la libertad de expresión, etc.). Por otra parte, son precisamente las actuaciones administrativas las que requieren de un remedio rápido, dada la usual ejecutoriedad de los actos

administrativos, y la capacidad de autotutela de la Administración. Ahora bien, debe tenerse en cuenta el desarrollo cada vez mayor de la jurisdicción contencioso-administrativa (reconocida en algunas Constitucionales) como vía de protección frente a los abusos de la Administración, y la vulneración de derechos ciudadanos. Así, y sólo a título de ejemplo, la Constitución de Guatemala prevé la existencia de un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (art. 221) y en la Constitución de Honduras se lleva a cabo una previsión similar (art. 318: «Créase la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Ley establecerá la competencia de los tribunales de la materia, así como su organización y funcionamiento»). Una disposición de este tenor se encuentra en el art. 203 de la Constitución panameña, así como el art. 49 de la Constitución de Costa Rica. Este desarrollo hace posible que pueden duplicarse las vías de protección, al coexistir, como alternativas, la vía contencioso administrativa ordinaria y la vía de amparo. Dado el carácter normalmente más expeditivo de esta última, no puede excluirse que, de existir esa alternativa, se prefiera recurrir al amparo, en perjuicio de la vía contencioso-administrativa, buscando incluso motivos artificiosos, o aduciendo vulneraciones de derechos constitucionales de dudosa existencia. Ello puede resolverse mediante la concepción del amparo como vía subsidiaria, esto es, sólo procedente cuando se haya agotado la vía contencioso-administrativa: pero tal solución implica, obviamente,

en alargamiento de los procesos, al añadir nuevas instancias a los mismos.

4.3.4. Amparo frente a particulares.

El amparo se ha configurado tradicionalmente como protección frente a vulneraciones de derechos causadas por los poderes públicos. Ahora bien, el surgimiento de poderosas organizaciones de carácter privado (económicas, sociales, políticas, etc.) ha venido a aumentar el peligro de que los derechos de los ciudadanos se vean también amenazados gravemente por terceros particulares. Así frente a la expresada tendencia a la reducción del objeto del amparo, ha de señalarse la aparición de una línea de ampliación del mismo, extendiéndolo a actos de particulares, si bien con cierta timidez hasta el momento. Por ejemplo, el artículo 57 de la LJC de Costa Rica admite el amparo contra sujetos de derecho privado «cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos». También la ley guatemalteca prevé, en su artículo 9 la procedencia del amparo «contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otros reconocidos por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes». Ello deja, en todo caso, sin resolver los supuestos en los

que sujetos particulares, actuando en la esfera privada, puedan vulnerar derechos fundamentales: piénsese, por ejemplo, en los casos en que una empresa pueda restringir el derecho de asociación sindical, o el derecho de huelga. La vía seguida en otros ordenamientos (España, República Federal de Alemania) ha consistido en admitir el amparo, no frente al acto de los particulares en forma directa, sino frente a la resolución judicial que confirma ese acto (caso de *DRTTWIRKUNG*Go eficacia indirecta frente a terceros de los derechos fundamentales). Este sistema, no obstante, plantea la necesidad de que exista un amparo frente a sentencias judiciales que, como se vio, no es la tónica general.

4.4. La jurisdicción de amparo.

El legislador al configurar el procedimiento cautelar especial cuestionado, ha actuado limitadamente, respetando los derechos fundamentales como el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; así como la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía, el Tribunal Constitucional considera que es deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca. Sin embargo, estos deberes

impuestos al juez constitucional se corresponden con la valoración de la actividad procesal de los actores en procesos de tutela de amparo.

Es decir, los ciudadanos que recurren a la jurisdicción constitucional pretendiendo la defensa de sus derechos subjetivos fundamentales, podrían obtener tutela cautelar si tales derechos son protegidos por el proceso de amparo.²⁴³

4.4.1. Competencia.

La evolución del amparo se refleja también en otro aspecto: el referente a la jurisdicción competente. Las cuestiones que aquí se plantean, tal como resultan del análisis de los diversos países, son fundamentalmente de dos tipos:

1. ¿Debe tratarse de una jurisdicción difusa, de forma que sean competentes para la concesión del amparo diversos tipos de Tribunales, o debe tratarse de una jurisdicción concentrada, competencia de un sólo Tribunal?.
2. ¿Se trata de una jurisdicción de acceso directo a la que se acude inmediatamente para remediar la vulneración de que se trate, o más bien, procesalmente hablando, un recurso de tipo subsidiario cuyo empleo supone haber agotado todas las instancias y medios jurisdiccionales ordinarios?.

²⁴³Op. CitMAGNO, CARLO,Pág 176, s.s.

También en este aspecto nos encontramos ante una clara diferencia entre el modelo costarricense (instancia única y de acceso inmediato), en el que se incluirán, en este aspecto, El Salvador y Nicaragua y el modelo guatemalteco (varias instancias, necesidad de agotamiento de vías previas para acceder al amparo).

4.5. La Suspensión del Acto como Medida Cautelar en el Proceso de Amparo Contra Ley.

Como ya se expuso en el capítulo anterior la suspensión del acto, es la medida cautelar regulada en el artículo 12 de la Ley de Procedimientos constitucionales , y por tanto se considera como la medida cautelar por excelencia en este proceso la sala de lo constitucional señala que : Básicamente esta medida cautelar se halla condicionada a la concurrencia simultánea de dos presupuestos, como lo reconoce la Sala: "(...) la suspensión del acto reclamado en el amparo se enmarca dentro de la categoría de las medidas cautelares, y por su carácter extraordinario, su adopción se apoya sobre dos presupuestos básicos, que deben ser examinados minuciosamente por el ente jurisdiccional en el caso concreto, a saber: la probable existencia de un derecho amenazado *-fumusbonis iuris -* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso *-periculum in mora-*" ²⁴⁴

²⁴⁴Interlocutoria del 20-III-2001, Amparo 681-2000,

Sobre la idoneidad de la medida cautelar decretada en un amparo contra ley, la Sala manifiesta: “Justamente, la suspensión acordada evita la consolidación de los efectos de la normativa cuestionada en la esfera jurídica de la parte actora, mientras se resuelve de manera definitiva el presente proceso. Así, se previene que una futura sentencia favorable posea efectos meramente declarativos o bien se convierta en una pura declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica. Tales razonamientos confirman que la medida decretada resulta, sin duda, funcional y necesaria para preservar la eficacia de un posible pronunciamiento estimatorio, frente al tiempo necesario para la tramitación de este proceso (...). Finalmente, cabe aclarar que la característica de las medidas cautelares que ha sido objeto de comentario no resulta novedosa para esta Sala, pues se ha reconocido en anteriores ocasiones que las mismas deben adaptarse al tipo de pretensión que se ejercita o, en otros términos, que han de ser funcionales; de manera que resulten congruentes con las resoluciones a las que sirven como instrumento de aseguramiento” ²⁴⁵.

4.6. Medidas cautelares innovadoras.

Para justificar la adopción de medidas cautelares que superan la clásica suspensión del acto reclamado, la Sala ha expresado: “Conviene ilustrar que si bien es cierto la Ley de Procedimientos Constitucionales

²⁴⁵Interlocutoria del 3-III-2004, Amparo 545-2003, Considerando IV 3.

únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un valladar para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dicten en esta sede. Precisamente, porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso; finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera paralización de los actos impugnados, motivo por el cual se vuelve indispensable la adopción de otras medidas aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo (...)”²⁴⁶

4. 7. Unidad o pluralidad de Órganos.

En el Sistema Costarricense, en Nicaragua y en El Salvador hay un sólo órgano jurisdiccional competente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (Costa Rica y El Salvador) y la Corte Suprema en Pleno (Nicaragua). Ello no impide que algunas fases del procedimiento puedan llevarse a cabo ante instancias inferiores (así, ante los Tribunales de Apelación en Nicaragua, o ante los jueces de Primera Instancia en El

²⁴⁶Auto de admisión del 14-I-2002, Amparo 12-2002.

Salvador). Pero la decisión le corresponde a un órgano único, la Corte Suprema; en el caso de Costa Rica y El Salvador, a la correspondiente Sala de Constitucionalidad (Sala Constitucional en Costa Rica).

Por el contrario, en Panamá, Guatemala y Honduras, hay varias instancias ante las que cabe el amparo. En el sistema guatemalteco, en los casos en que la Corte de Constitucionalidad no es instancia única se prevé un recurso de apelación ante la Corte frente a las sentencias dictadas en amparo por órganos inferiores.

Ambos sistemas ofrecen razones en favor o en contra: el sistema centralizado puede suponer una mayor autoridad del órgano decisor, y por tanto, una mayor capacidad de disuasión frente a los que puedan vulnerar derechos constitucionales; a cambio, el sistema difuso ofrece una mayor inmediación, y, posiblemente una mayor agilidad en la intervención de los órganos jurisdiccionales, así como una menor dilatación, al ser menor la carga. Por otra parte, el sistema difuso, al introducir una apelación dentro del procedimiento de amparo, alarga la solución de las vulneraciones causadas a los derechos fundamentales.

4.7.1. Vía directa o subsidiaria.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Ricas establece una vía de acceso inmediato y directo a la jurisdicción de amparo, sin

exigir que se agote recurso previo alguno: «no será necesaria la reposición, ni ningún otro recurso administrativo para interponer el recurso de amparo» (art. 31). Por el contrario, la regla general es la subsidiaridad del amparo: éste sólo procederá agotados los recursos ordinarios para remediar la vulneración del derecho fundamental de que se trate. La Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador (art. 12), la L.A. de Guatemala (Arts. 10. h y 19) la L.A. de Nicaragua (art. 27.6) establecen la necesidad de haber agotado «los recursos ordinarios establecidos por la ley». Evidentemente, este segundo sistema puede contribuir a alargar notablemente el procedimiento, si se tiene en cuenta que es, en principio posible, que haya que agotar las vía ordinarias, y, después, que haya una primera instancia en amparo, y una apelación en amparo: ello puede llevar, por ejemplo, a cuatro instancias (dos en la vía ordinaria, y dos en apelación) en el mismo procedimiento.

Es un reto hablar del catálogo de medidas cautelares existentes para el proceso de amparo, sobre todo cuando nuestra ley de procedimientos constitucionales no desarrolla dicho catálogo, pero es transcendental examinar que la suspensión del acto, en el proceso de amparo contra ley es la que asegura que se evite la consolidación de los efectos de aquella normativa que está causando un peligro.

Es de suma importancia reconocer que las medidas cautelares en el proceso de amparo no constituye una justicia de fondo, si no únicamente

su eficacia radica en evitar que se dé un perjuicio de difícil reparación, contribuyendo con ello hacer eficaz la sentencia definitiva.

CAPITULO CINCO
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. Conclusiones.

1. Podemos entender las Medidas Cautelares como la adopción de disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo requieren.
2. La historia de las Medidas Cautelares, se desarrolla en búsqueda de Mecanismos Jurídicos para evitar medidas indeseables y permitir la adopción del resto, teniendo en cuenta efectos económicos y sociales.
3. Nuestro derecho privado recoge instituciones que verdaderamente pertenecen al derecho civil y modernamente también al derecho mercantil, tal es el caso del embargo, el secuestro preventivo o la anotación preventiva de la demanda. En un sentido específico no se ha regulado una rama especializada del derecho cautelar.
4. El contenido teleológico de la Tutela Cautelar, es el de garantizar los derechos de los sujetos que se involucran en el proceso, por medio de una modalidad accesorio que se constituye en el soporte del derecho principal.
5. En la doctrina, no existe un parámetro uniforme en cuanto a la denominación de las Medidas Cautelares, existen diversidad de denominaciones, como lo son (Medidas precautorias, medidas de seguridad, medidas urgentes, medidas provisionales, etc.) tales expresiones se consideran equivalentes, cuando se utilizan para

indicar todo procedimiento que tienda a garantizar todos los resultados de la sentencia definitiva.

6. Las Medidas Cautelares se constituyen un medio para asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando durante el desarrollo del proceso, una de las partes demuestra la verisimilitud de su derecho, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.
7. La única Medida Cautelar que podemos mencionar es la suspensión del Acto reclamado que surge con el Amparo.
8. La Suspensión Provisional e inmediata del acto será procedente cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación, de lo anterior podemos deducir que este tipo de medida no procede cuando el acto reclamado es de carácter negativo.
9. Las Medidas Cautelares, exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho a partir de un grado aceptable de verosimilitud, como una posibilidad de que exista un daño y no como una realidad definitiva, que solo se hará efectiva al agotarse el trámite.
10. Al estudiar el tema de las Medidas Cautelares no podemos hacerlo al margen del derecho a la Protección Jurisdiccional, pues estas constituyen un instrumento previsto en la ley para potenciar

uno de los derechos que integran ese contenido complejo del derecho a la protección, específicamente en la medida que intentan que las resoluciones judiciales definitivas que se pronuncien en un proceso sean ejecutables, susceptibles de ser llevadas a la realidad y no queden en una mera declaración, en pocas palabras, que sean eficaces.

11. El tiempo de adopción está condicionado a la duración del proceso principal, y las circunstancias que le dieron origen; una vez pronunciada la sentencia estimatoria la medida adquiere efectos definitivos, o bien ante una sentencia desestimatoria deben cesar sus efectos de restricción temporal, existiendo por tanto una dependencia directa del proceso principal.
12. La Tutela Judicial Efectiva no se puede otorgar de manera inmediata, sino que, debe partir de la concurrencia de una apariencia de buen derecho y del peligro por la mora procesal para la aplicación de medidas aseguradoras, conservadoras, suspensivas, y cualquier otra según el caso lo amerite.
13. De acuerdo a nuestra investigación y a través del conocimiento de la historia de los diferentes sistemas procesales a nivel internacional se puede deducir, que el papel de las medidas cautelares en el proceso de amparo ha cobrado una vital

importancia de manera paulatina, fortaleciendo con ello el Estado de Derecho de cada sistema jurídico.

14. Las medidas cautelares, pueden ser modificadas, también suprimidas según el principio, *Rebus sic stantibus*, lo que ocurre cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su obtención.
15. En conclusión, las medidas cautelares son actos procesales orientados a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso, pierda su eficacia durante el tiempo que dure dicho proceso hasta que sea dictada la sentencia, asegurando de esta manera bienes o manteniendo situaciones de hecho existentes al tiempo de deducida la demanda con el objetivo de preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso.
16. La Tutela Cautelar cumple un rol importante, cual es garantizar la realización material de la solución que pone fin al proceso. De lo que podemos concluir constituye su eficacia dentro del Proceso Principal.
17. Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional.

18.El objetivo general de las medidas cautelares es mejorar la administración de justicia, en términos de eficacia y celeridad, y fortalecer la seguridad jurídica. A través de un carácter puntual, dirigido a lograr la plena eficacia de la decisión.

19.La suspensión del acto reclamado en el proceso de amparo contra ley evita la consolidación de los efectos de la normativa cuestionada en la esfera jurídica de la parte actora, mientras se resuelve de manera definitiva el presente proceso. Así, se previene que una futura sentencia favorable posea efectos meramente declarativos o bien se convierta en una pura declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica. Tales razonamientos confirman que la medida cautelar decretada resulta, sin duda, funcional y necesaria para preservar la eficacia de un posible pronunciamiento estimatorio, frente al tiempo necesario para la tramitación de este proceso.

5.2. Recomendaciones.

1. En nuestro sistema no contamos con un catálogo de medidas cautelares claramente definidas, lo cual limita a la adopción precisa de cada una de ellas, esto se convierte en una desventaja para la

aplicación de las mismas. Por lo que se recomienda a los entes encargados la creación de una reforma especial en el sentido que dentro del contexto del proceso de amparo se haga referencia a las Medidas Cautelares, que desarrolle las Medidas a aplicar cuando la naturaleza del acto reclamado amerita algo más que una suspensión todo para un mejor aseguramiento de la tutela judicial efectiva y la adopción de medidas cautelares en el proceso que facilite el trabajo del juzgador y mejore la situación de justicia para el afectado. A través de una debida precisión y regulación, en la norma procesal.

2. Debido al vacío procesal salvadoreño respecto al punto de las medidas cautelares en el proceso de Amparo Contra Ley, se recomienda hacer uso del derecho Comparado para una mejor comprensión de las mismas, con el objetivo de posibilitar que quienes las aplican en un esfuerzo riguroso de desempeño de su deber cuente con instrumentos de sistematización en su trabajo.
3. A la Asamblea Legislativa se le recomienda tomar como base fundamental la referencia del derecho comparado para la implementación de dicha reforma, ya que a lo largo de la investigación se ha expuesto que en otros países el tema de las Medidas Cautelares poseen una especialidad en sus sistemas jurídicos.

4. Deben establecerse cuantificaciones con las cuales podamos identificar el sentido de aplicación de la suspensión del acto reclamado.
5. Para la adopción de una medida cautelar es necesario acreditar el peligro que causa la espera hasta la sentencia definitiva, dicha acreditación debe ser realizada sin necesidad de forzar el proceso de prueba pertinente.
6. Se debe evitar el *Periculum in mora* y agilizar el proceso para conseguir con ello una Pronta y cumplida tutela judicial efectiva.
7. A partir de un profundo estudio de la realidad de nuestra legislación sobre la materia y cumpliendo por consiguiente con esa característica y requisito del análisis de lo nacional se vuelve necesaria la profusión, de textos, leyes e instrumentos internacionales con relación a nuestro tema de investigación.
8. Interesa que los instrumentos internos de protección puedan dirigirse a considerar el debido cumplimiento, al nivel de analizar la eficacia de las medidas adoptadas, de las resoluciones internacionales, como criterio calificador para la adopción de las mismas.
9. Cualquier Medida Cautelar aplicada en el ejercicio de las distintas garantías constitucionales, como lo es el Proceso de Amparo contra Ley, dentro de las que se encuentra la acción de protección de derechos fundamentales del individuo, debería asumir los costos de

esa elección, y si ésta no es la más adecuada para los intereses comunes, de los intervinientes cuando esta hubo de no ser aplicada.

10. En el papel del juez constitucional, debe crearse derecho apegado a nuevas técnicas de interpretación constitucional como la ponderación, racionalidad, proporcionalidad, etc.,.
11. El uso de técnicas legislativas adecuadas, deben procurar la regulación o desarrollo de los derechos y garantías constitucionales previstos en la Carta Fundamental, y no su restricción o limitación.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

- ALVARENGA CLAROS KRISLIA EUNICE, y otros, Tesis: “**Análisis Crítico de la Tutela Cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño**” Trabajo de Investigación para obtener el grado y título de: Licenciada en Ciencias Jurídicas Ciudad Universitaria, San Salvador, Febrero 2008.
- BERTRÁN GALINDO, FRANCISCO “**Manual de Derecho Constitucional**”, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Centro De Información Jurídica Ministerio De Justicia, El Salvador.
- BURGOA,IGNACIO, “**Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y amparo**”, Porrúa,México, 2000, O Burgoa, Ignacio, El Juicio De..., Cit., Nota 38.
- BURGOA, ORIHUELA “**El Juicio de Amparo**”, Vigésimocuarta Edición Editorial Porrúa. México 1997.
- CALAMANDREI,PIERO,“**Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Traducción de Santiago Sentís Melendo, Prologo de COUTURE, EDUARDO J. 1945.

- CASTRO, JUVENTINO VÍCTOR. “**La Suspensión del Acto Reclamado en el amparo**”, Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1997.
- Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña: “**La Justicia Constitucional**”, Volumen I.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, “**Las Medidas Cautelares**”, Et al Derecho Procesal Civil, Madrid, Colex, 1997.
- COUTURE, EDUARDO “**Enciclopedia Jurídica Omega**”. Tomo II, Editorial Diskill. Buenos Aires 1992.
- COUTURE, EDUARDO. “**Fundamentos del derecho procesal civil**”, reimp. de la 3.ª edic., Buenos Aires 1990.
- DÍAZ, CLEMENTE, “**Instituciones de Derecho Procesal**”, T II, Jurisdicción y Competencia. Vol A Teoría De La Jurisdicción. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1972.
- DIEZ-PICAZO, LUIS MARIA, “**La Potestad Jurisdiccional: Características Constitucionales**”. *Texto base para conferencia pronunciada el 23 de junio de 1998 en la Escuela Judicial (Barcelona), dentro del “Aula Hispanoamericana”.*
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=197128.
- “**El Proceso Administrativo en la República de Argentina**”, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2004.

- FIX-ZAMUDIO, HECTOR, FERRER MAC-GREGOR; EDUARDO
“El Derecho de amparo en el Mundo”, Ed Porrúa, Avenida
República Argentina.15, México 2006.
- GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, **“La Batalla por las Medidas
Cautelares”**, Derecho Comunitario Europeo y Proceso
Contencioso Administrativo Español, Tercera Edición, Editorial
ThomsonCivitas, 2004.
- GÓNGORA PIMENTEL, GENARO DAVID, **“La Suspensión en
Materia Administrativa”**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México
1998.
- GONZÁLEZ LLANES, MARIO ALBERTO. **“Manual Sobre el
Juicio de Amparo”**. 2004: Principales elementos a Considerar.
- GUAITA MARTORELL, AURELIO, El Recurso de Amparo contra
Tribunales, Revista de Derecho Político, Madrid, Núm. 13, Invierno
De 1982-1983.
- HERNÁNDEZ VALIENTE, RENE, **“Líneas y Criterios
Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional”**, Año 2004,
Primera Edición, Sección de Publicaciones De La Corte Suprema
De Justicia, San Salvador, 2006.
- JUVENTINO V. CASTRO, **“La Suspensión del Acto
Reclamado”**, Editorial Porrúa, México. 1991.

- KERN Y WOLF, Cit. Por GIMENO, “**El Proceso De Habeas Corpus**”, En Su 2.^aEdic., Actualizada Por. VecinaJ, Madrid 1996.
- LINARES BENZO, GUSTAVO, “**Proceso de Amparo en Venezuela**”, Segunda Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.
- LIRA GONZÁLEZ, ANDRÉS, “**El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo Mexicano**”. Pág. 35; Transcrito por Castro, Juventino Garantía y Amparo, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- LIRA GONZALEZ, ANDRES, “**El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo Mexicano**”. Fondo de Cultura Económica. México 1972.
- MARTINEZ BOTOS, RAUL, “**Medidas Cautelares**”, Ed. Universidad Buenos Aires, 1990.
- MONTESINOS GIRALT, MANUEL ARTURO, “**Las Medidas Cautelares en el Amparo Salvadoreño**”.
- NORIEGA CANTÚ, ALFONSO. “**Lecciones de Amparo**”. Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1975.
- NORIEGA, ALFONSO. “**Lecciones de Amparo**”, Quinta Edición. Editorial Porrúa. México 1997.
- OLCHEA V., NATASCHA, “**Las Medidas Cautelares**”. Puede ser Consultada En CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO, Derecho Procesal Civil Salvadoreño, San Salvador, 2001.

- PASTOR DE PEIROTTI, IRMA y otros, **“Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa: Fundamentos y Alcances”**. Estudios de Derecho Administrativo.
- PEYRANO, JORGE WALTER, **“Medida Cautelar,”** y ARAZI, ROLAND, **Medidas Cautelares**, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- PICÓ JUNOY, JOAN, **“Las Garantías Constitucionales del Proceso”**, José María Editor, Barcelona, Bosch, 1997.
- RAMÍREZ, JORGE ORLANDO, **“Función Precautelar”**, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.
- TRUEBA, ALFONSO, **“La Suspensión del Acto Reclamado o la Providencia Cautelar en el Derecho de Amparo”**, Editorial Jus. México 1975.
- VESCOVI, ENRIQUE. Citado Por BERTRAND GALINDO, FRANCISCO y otros en el **“Manual de Derecho Constitucional”** Tomo I, Primera Edición Editorial Talleres Gráficos Uca, 1992.

DICCIONARIOS:

- **“Diccionario de la Lengua Española”**, 21 Edición T I, Real Academia Española, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992.
- **“Diccionario Enciclopédico Nauta Tres”** en su Edición de 1994
- Cabanellas, Guillermo **“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”**, T V 16 Editorial Heliasta, Buenos Aires.

TESIS

- ABARCA, LUÍS AMPARO y otros, **“Eficacia de las Medidas Cautelares de Carácter Patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia”**, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2000.
- AYALA URRUTIA, EDWIN ERNESTO, **“Las Limitaciones Legales, Doctrinarias y Administrativas que afectan la Aplicación de las Medidas Cautelares en las Diligencias y Procesos de Familia”**, Trabajo de graduación para obtener el título de licenciado en Ciencias Jurídicas 1999 Universidad De El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador.
- BAIRES FLORES HÉCTOR TULIO, Tesis Sobre: **“La Tutela Anticipada en el Derecho Administrativo Salvadoreño, Especial Referencia A Las Medidas Innovativas”**, Trabajo de Investigación para obtener el grado y título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de El Salvador, en el Año 2008.

- MILAGRO GÓMEZ, ÉVORA y otros, Monográfica **“Las Medidas Cautelares en El Proceso de amparo en El Salvador”**, Julio 2003.
- MONTERO AROCA, JUAN y otros, **“El Nuevo Proceso Civil, Ley”** 1/2000, segunda edición, tirant lo blanch; valencia, 2001.

PAGINAS WEB CONSULTADAS:

- //Www.U-Cursos.CI/Derecho/2011/1/.../Previsualizar.
- IHttp://Www.Monografias.Com/Trabajos40/Medidas-Cautelares/Medidas-Cautelares.Shtml.
- www.justidiano.com.

JURISPRUDENCIA:

- Auto de admisión del 14-I-2002, amparo 12-2002, Considerando II.
- Auto de admisión del 18-Vi-2001, amparo 240-2001, Considerando II
- Interlocutoria del 20-lii-2001, amparo 681-2000, Considerando III.
- Interlocutoria Pronunciada en el amparo 131-97, El 23 de Julio de 1997.
- Las Sentencias Definitivas Proveídas en los amparos 580-98, El 29 de febrero de 2001 Y 47-2001, El 19 de marzo de 2002.

- Sentencia 84-2001 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las quince horas con seis minutos del día quince de abril de dos mil dos.
- Sentencia de 17-Xi-1994, Hc 9-V-94.
- Sentencia de 19-lii-2001, amparo. 305-99, Considerando II2. sentencia de 17-xii 99, amparo 48-98, considerando iii.
- Sentencia de 21-Vii-1998, amparo. 148-97, Considerando Iv 1.
- Sentencia Definitiva con referencia 257-2005.
- Sentencia Definitiva Pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el amparo 255-99, el 31 de mayo de 2000.
- Sentencia del 20-I-2003, Hc 168-2002, Considerando III.
- Sentencia en el Proceso de Habeas Corpus del 14/Xii/1998. Ref. 442-98/52798ac.
- Interlocutoria Proveída en el amparo 84-2001, El 15 de abril de 2002. las interlocutorias pronunciadas en los amparos 176-2001 El 15 de mayo de 2001, y 94-2003, el 18 de marzo de 2003.
- Las Interlocutorias Pronunciadas en los amparos 420-97, el 18 de diciembre de 1997 y 176-2001, el 15 de mayo de 2001.
- Auto de Admisión del amparo 626-2000.
- Interlocutoria pronunciada en el amparo 753-2006, el 13 de diciembre de 2006.

- Interlocutoria Pronunciada en el amparo 705-2006, del 9 de noviembre de 2006. Improcedencia del 13-Ix-2000, amparo 196-2000, Considerando II
- Sentencia del 17-05-2002, amparo 190-2001, Considerando II
- Sentencia del 7-1-2004, amparo 1263-2002, Considerando II
- 10-F-93. Sánchez Y Parada Vrs. Asamblea Legislativa.
- Interlocutoria del 20-liv-2001, amparo 681-2000.
- Interlocutoria del 3-liv-2004, amparo 545-2003, Considerando Iv 3.
- Auto de Admisión del 14-I-2002, amparo 12-2002.

LEYES Y DECRETOS.

- Constitución de la Republica de El Salvador.
- Ley de Amparo de El Salvador de 1886
- Ley de Amparo de El Salvador de 1939.
- Ley de Amparo de El Salvador de 1950.
- Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador.
- Ley de Enjuiciamiento Civil (Brasil).
- La Ley de Amparo de 1921, Vigente en la Federación de Centro América, también previó la posibilidad de decretar la Suspensión del acto contra el que se reclama en sus artículos 19 a 22.

- Decreto Legislativo Núm. 2996, del 14 de enero de 1960, Publicado en el Diario Oficial, Núm. 15, T. 186, del 22 de enero de 1960.