

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



**LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA
EJECUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL
PROCESO MERCANTIL EN EL SALVADOR**

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

PRESENTADO POR:

**CHIQUILLO BERRIOS, ERIKA PATRICIA
GUARDADO IGLESIAS, KATHERYNE ESTEFANY
MENJIVAR ORELLANA, SULMA BEATRIZ**

DOCENTE ASESOR.

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL 2018.

TRIBUNAL CALIFICADOR

Lic. FRANCISCO OPORTO

(PRESIDENTE)

Dra. SANDRA CALONIA RENDON RIVERA

(SECRETARIO)

MSc. JUAN JOSE CASTRO GALDÁMEZ

(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín.

FISCAL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Licda. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS
AGRADECIMIENTOS

A Dios por mantenerme en el buen camino y porque a pesar de cada adversidad ha permitido que culmine mi carrera. A mis padres Mario Enrique Chiquillo Benítez y Blanca Estela Berríos de Chiquillo, por ser mi ejemplo a seguir, mi más grande orgullo, por el amor de siempre y el apoyo brindado a lo largo de todos estos años.

A mi hermana Karen Lizzette Chiquillo Berríos, por el cariño y apoyo que me ha brindado siempre cada día, en cada logro realizado y especialmente a mi hermano Mario Enrique Chiquillo Berríos, quien ya no se encuentra conmigo físicamente, pero estoy segura que espiritualmente somos uno, quien además ha sido parte de la fuente de inspiración en todas las circunstancias de mi vida.

Con cariño a todos mis tíos y especialmente a mí tío Jorge Alexis Mejía Benítez y su familia, con quienes he compartido momentos alegres en mi vida y he comprobado su honestidad y sinceridad que los caracteriza.

A mi novio y mejor amigo Diego Ernesto Olmedo Zelaya, por estar en cada etapa de mi carrera, apoyarme en todo momento e impulsarme a lograr mis sueños cada día.

ERIKA PATRICIA CHIQUILLO BERRIÒS

AGRADECIMIENTO

A Dios, por regalarme vida y permitirme llegar hasta este momento brindándome sabiduría, paciencia y fuerzas para poder concluir un proyecto más en mi vida, sobre todo por la bendición más grande que me ha dado mis padres.

A mi madre y padre por apoyarme en todo momento e incondicionalmente durante mis años de vida y estudio, por procurar siempre mi bienestar, por sus esfuerzos y sacrificios ya que sin estos no hubiese sido posible concluir mis estudios universitarios, por su dedicación, comprensión y paciencia para tratar de hacer de mí una mujer de bien con valores y principios, por ser esos ejemplos a seguir y pilares fundamentales en mi vida y por siempre brindarme ánimos a seguir adelante sin importar las adversidades que se presenten en el camino.

A mis hermanas por acompañarme y apoyarme a lo largo de mi vida y en el proceso de culminación de mi carrera.

KATHERINE ESTEFANY GUARDADO IGLESIAS

AGRADECIMIENTOS

A la fe depositada en Dios a cada instante de mi vida.

A todos mis seres queridos, amados, en vida y en muerte, porque de diferentes maneras han sido la luz en mi vida, mis logros son de ellos.

SULMA BEATRÍZ MENJÍVAR ORELLANA

ÍNDICE

RESUMEN	i
INTRODUCCIÓN	ii
SIGLAS Y ABREVIATURAS	1
CAPÍTULO I DERECHOS FUNDAMENTALES REGULADOS EN LA CONSTITUCIÓN.....	2
1.1 Derechos fundamentales	2
1.1.1 Modelos históricos de fundamentación de los derechos.....	2
1.1.2 Modelo de fundamentación historicista	3
1.1.3 Modelo de fundamentación ius-racionalista	4
1.1.4 Modelo de fundamentación positivista	5
1.2 Definición de derechos fundamentales	6
1.2.1 Características	11
1.2.2 Aparición de los derechos fundamentales en la constitución de El Salvador.....	12
1.2.3 Regulación de los derechos fundamentales en la Constitución de El Salvador	14
1.2.4 Derechos fundamentales en la constitución limitados por la entrada en vigencia del código procesal civil y mercantil.....	15

1.2.5. Precedentes de las medidas cautelares en el proceso mercantil	18
1.2.6 Situación actual de los derechos fundamentales en la Constitución de la República	20
1.2.7 Límites a los derechos fundamentales regulados en la Constitución de la República	22
1.3 Límites a los derechos fundamentales	25
1.3.1 Concepto de limitación a los derechos fundamentales	25
1.3.2 Clasificación de las limitaciones a los derechos fundamentales	28
1.3.2.1 Según las circunstancias en las que operan	28
1.3.2.2 Según el origen de la limitación	29
1.3.2.3 Según su previsión en el ordenamiento jurídico	32
1.3.2.4 Según la norma en la que consta la limitación.....	32
1.3.3 Condiciones para limitar a los derechos fundamentales.....	34
1.4 La limitación en el proceso mercantil	35
CAPITULO II EXIGIBILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONCRETAMENTE LIMITADOS.....	38
2.1 Los principios	38
2.1.1 Caracteres aplicables a ambos principios.....	41
2.2 Principio de proporcionalidad	42

2.2.1 Definición	43
2.2.2 Aplicación del principio de proporcionalidad	46
2.2.3 Presupuesto para realizar el test de proporcionalidad	46
2.2.3.1 Principio de legalidad.....	47
2.2.3.2 Justificación teleológica	47
2.2.4 Reglas del principio de proporcionalidad	48
2.2.4.1 Regla de la idoneidad	48
2.2.4.1.1 Procedimiento para su aplicación.....	52
2.2.4.2 Regla de la Necesidad.....	54
2.2.4.2.1 Procedimiento para su aplicación.....	56
2.2.4.3 Regla de la Ponderación	58
2.2.4.3.1 Procedimiento para su aplicación.....	62
2.2.5 Proporcionalidad, conflictos o colisiones de derechos y ponderación	65
2.2.6 La importancia del principio de proporcionalidad	67
2.2.7 Relación de las aplicaciones de las medidas con lo específico y lo necesario	68
2.2.8 Fundamentos Intrínsecos y extrínsecos	69
2.2.8.1 La Judicialidad.....	69

2.2.8.2 Motivación	69
2.3 Principio de razonabilidad	71
2.3.1 Finalidad	73
2.3.2 Adecuación	74
2.3.3 Necesidad	75
2.3.4 Definición	75
2.3.4.1 Exigencia de la Razonabilidad en la Ponderación	76
2.3.5 Aplicación del principio de razonabilidad	77
2.3.5.1 Razonabilidad cuantitativa	77
2.3.5.2 La razonabilidad cualitativa	78
2.3.6 La importancia del principio de razonabilidad	78
2.3.7 Los límites de razonabilidad de la ponderación	79
2.3.8 Relación de las aplicaciones de las medidas con lo específico y lo necesario	81
2.3.9 Fundamentos Intrínsecos y extrínsecos	81
2.3.9.1 Fundamento intrínseco	81
2.3.9.2 Fundamento extrínseco	82
 CAPÍTULO III LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MERCANTIL Y SU ALCANCE AL LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN SU APLICACIÓN	 83

3.1 Medidas cautelares	83
3.1.1 Definición	83
3.1.2 Naturaleza.....	84
3.1.3 Finalidad	86
3.1.4 Características de las medidas cautelares.....	86
3.1.5 Requisitos de las medidas cautelares.....	88
3.1.5.1 <i>Periculum in mora</i>	89
3.1.5.2 <i>Fumusboni iuris</i>	90
3.1.5.3 Prestación de Caución.....	91
3.1.6 Fundamento normativo de las medidas cautelares.....	92
3.1.6.1 Constitución de la República	92
3.1.6.2 Regulación en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	96
3.1.6.2.1 Clasificación de las medidas cautelares.....	96
3.1.6.2.2 Procedimiento para su aplicación.....	111
CAPITULO IV CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	
EN EL PROCESO MERCANTIL	116
4.1 Legitimidad Constitucional	116
4.2 Actividades jurídicas razonables	118

4.3 Papel del juez en la ejecución de las medidas cautelares en materia mercantil	119
4.4 Motivación	120
4.4.1 Motivación de la resolución judicial limita derechos fundamentales	120
4.4.2 El fundamento del deber de motivación	121
4.4.3 Exigencias del requisito de motivación	121
4.4.4 Ejemplificación de la problemática	122
4.4.5 Consecuencia jurídica de la infracción del deber de motivar	125
4.5 Aplicación del principio de proporcionalidad a la medida cautelar	126
4.6 Proporcionalidad constitucional	132
4.6.1 Consecuencias de las formas en las que se aplica el principio	134
4.6.1.1 Punto de vista estructuralista	134
4.6.1.2 Punto de vista desde la Finalidad	136
4.6.1.3 Punto de vista desde el Contexto histórico	137
4.6.1.4 Lo positivo del principio	138
4.6.2 Una medida proporcionada puede limitar los derechos fundamentales	141
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	144
RECOMENDACIONES	145

BIBLIOGRAFÍA..... 146

RESUMEN

El presente trabajo plantea una serie de puntos de vista en cuanto a las medidas cautelares, criterios tomados en cuenta desde un ámbito general en cuanto a la ejecución de estas en un proceso mercantil donde se llega a limitar derechos fundamentales establecidos por nuestra constitución. Por lo remonta a recordar un poco de la importancia de los derechos fundamentales, en cuanto a sus generalidades.

Asimismo, se estudia lo que son los dos principios que resuelven la limitación a los derechos fundamentales los cuales son: la proporcionalidad y el de razonabilidad, los cuales están compuestos por diferentes sub-principios, y se aplican de diferentes maneras.

Se enfatiza, un poco más a fondo en el principio de la proporcionalidad ya que es una estructura argumentativa que permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. El primero sirve para determinar si el fin de una intervención estatal en los derechos fundamentales tiene fundamento constitucional; el segundo ayuda a saber si la alternativa de intervención estatal en los derechos fundamentales es la menos gravosa; mientras que el tercero permite escoger el principio constitucional que debe prevalecer en el caso concreto.

Y se termina haciendo un consolidado desde un criterio Constitucional, agrupando todos los puntos anteriores para verificar si en realidad se da la limitación a los derechos fundamentales por la ejecución de las medidas cautelares.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye la investigación sobre Limitaciones a los derechos fundamentales por la ejecución de las medidas cautelares establecidas en el proceso mercantil y se presenta como requisito previo a obtener el título académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, donde se expone un estudio de carácter técnico-jurídico referente a la vulneración de determinados derechos fundamentales enfocados a la protección de bienes jurídicos ante actos de aseguramiento o de actos procesales precautorios en el proceso mercantil.

El Propósito de la investigación es determinar en qué medida se llega a limitar los derechos fundamentales con la implementación y ejecución de las medidas cautelares en el proceso mercantil, una vez hayan sido decretadas por el Juez de lo Civil y Mercantil del Departamento de San Salvador.

Es así que se ha diseñado un planteamiento del problema, donde resulta indiscutible plasmar la situación problemática a investigar donde se recalca la faltavidente de criterios para que las medidas cautelares operen cuando el juez de lo mercantil lo decreta y estas no limiten derechos fundamentales en su ejecución.

Resulta necesario acompañar este proyecto de investigación con una justificación de la investigación, donde se establezca de manera clara la importancia y utilidad de esta investigación; que se concrete con la determinación de las carencias que contienen las resoluciones judiciales al decretar medidas cautelares en los procesos mercantiles, y así establecer la desproporcionalidad que existen en los actos procesales precautorios en el proceso mercantil.

Es de recalcar que la investigación que se realizará es de tipo dogmática jurídica, no obstante la misma no se limitará a la realización de análisis jurídico-dogmático formalista, ya que no sólo se interpretarán las normas de derecho positivo que regulan todo lo relativo a la limitación de los derechos fundamentales y las medidas cautelares en los procesos mercantiles.

El trabajo ha sido estructurado en cuatro capítulos. Derechos Fundamentales Regulados en la Constitución como Parámetro a los Límites Generados por las Medidas Cautelares a través del Devenir Histórico Salvadoreño, detallando los límites a los derechos fundamentales regulados en la constitución y los precedentes de las medidas cautelares en el proceso mercantil.

En el segundo capítulo se señala la exigibilidad de los principios desde los derechos fundamentales concretamente limitados, esto es aplicable a los límites implícitos que se exponen en cuanto a la proporcionalidad y razonabilidad, debido a que establecen parámetros de control constitucional de forma tácita, ya que no hay una regulación exacta que imponga estos principios, como objetos rectores de control sobre la limitaciones de los derechos fundamentales.

En el Tercer Capítulo se establece las medidas cautelares en el proceso mercantil y su alcance al limitar derechos fundamentales en su aplicación, estableciendo los alcances de las medidas cautelares al limitar derechos fundamentales.

En el cuarto capítulo se determina la constitucionalización de las medidas cautelares en el proceso mercantil, en cuanto a la existencia de la proporcional siempre y cuando se cumplan los criterios en los que la medida

no deba de alterar el contenido esencial del derecho afectado y que la medida no alteradora introduzca precisiones tolerables de la norma iusfundamental teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido.

SIGLAS

DL.....Decreto Legislativo
CC.....Código Civil
C.Com.....Código de Comercio
CPCM.....Código Procesal Civil y Mercantil

ABREVIATURAS

Art.....Artículos
Cn.....Constitución de la República de El Salvador
Inc.....Inciso
Mc.....Medida Cautelar

CAPÍTULO I DERECHOS FUNDAMENTALES REGULADOS EN LA CONSTITUCIÓN

El presente capítulo tiene como propósito establecer los ámbitos generales de los derechos fundamentales regulados en la Constitución, comenzando desde una pequeña reseña histórica, con la finalidad de esclarecer la situación de tales derechos en la actualidad, todo esto debido a que la presente investigación es vista desde un punto constitucionalista.

1.1 Derechos fundamentales

Las generalidades de los derechos fundamentales se pueden abordar desde muchos puntos de vista,¹ ya que son tan extensos y diversos, pero al concentrarse en lo que concierne al tema de investigación en cuestión se considera tan esencial un poco de historia, definición, características, así mismo el cómo están plasmados estos en la actualidad por la legislación salvadoreña, y la manera en que se llevan a cabo al momento de ejecutarse.

Para que haya una consideración de los derechos fundamentales se debe de tener en cuenta que estos deben de encontrarse establecidos en la normativa constitucional para lo cual se tiene que haber seguido una fundamentación que determine los límites de los derechos subjetivos.

1.1.1 Modelos históricos de fundamentación de los derechos

Existen modelos históricos que permiten dilucidar el desarrollo de los derechos a lo largo de la historia y el cual han sido fundamentales para el

¹Francisco J. Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978* (España, Tecnos, 2004), 18.

resultado de ahora. Lejos de proporcionar una única respuesta a estas cuestiones, tres son las teorías que van a sustentarse:² la historicista, la iusracionalista y la positivista. El análisis que cada una de ellas realiza de los derechos subjetivos es el resultado de su particular forma de entender el Derecho y de explicar el origen del Estado y la Sociedad.

1.1.2 Modelo de fundamentación historicista

Gran parte del movimiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII perteneció a una corriente historicista, caracterizada por buscar una reforma de las instituciones del Antiguo Régimen que no supusiese, al mismo tiempo, una quiebra radical con ellas. El movimiento historicista, por tanto, combinaba pretensiones y elementos propios del nuevo pensamiento liberal-ilustrado emergente, de este modo, según esta corriente los elementos sustanciales del Estado y de la Sociedad se habían ido formando con el devenir del tiempo, hasta petrificarse y resultar imposible cualquier cambio.³

El origen de los derechos se hallaba en costumbres concretas de una comunidad, y en las Leyes Fundamentales, los derechos no pertenecerían a todo hombre, en cuanto tal, sino sólo a los miembros concretos de esa comunidad a la que se aplicaban las costumbres y las Leyes Fundamentales. Así, en Inglaterra, donde la concepción historicista alcanzó su máximo desarrollo, se teorizaba sobre los “derechos de los ingleses”, y no sobre los “derechos del hombre”. Por otra parte, puesto que la corriente historicista mantenía la vigencia de la historia, también era frecuente que tomase en consideración características sociales arraigadas de esa comunidad.

²Bastida, Teoría general de los derechos fundamentales, 20.

³ Ibíd., 22.

La historia no sólo fundamentaba la titularidad y el contenido de los derechos, sino también el propio sistema de garantías de éstos, que se buscaba en instituciones antiguas.⁴ Este modelo de fundamentación histórica de los derechos, surgido, como se ha dicho, de la ilustración historicista.

1.1.3 Modelo de fundamentación ius-racionalista

Si para el historicismo el Derecho era válido por su antigüedad, para el ius-racionalismo es el Derecho natural, aprehensible a través de la razón humana, el que confiere validez a las normas. A pesar de que el ius-racionalismo promueve un mayor dinamismo al ordenamiento jurídico, al introducir también la decisión como criterio de validez, lo cierto es que esa decisión se reputa válida sólo en cuanto sea congruente con el Derecho natural, con lo que se pone freno a esa incipiente mutabilidad del ordenamiento.

Haber renunciado a la historia, el fundamento de los derechos no puede hallarse en ésta, sino, por el contrario, en el mismo Derecho natural; un Derecho supra positivo, reconducible a la esencia misma de la naturaleza humana. En este derecho hallarían su origen todas las libertades del hombre que, por tanto, serían inherentes a su persona, y que cualquier individuo podría llegar a conocer a través de una reflexión sobre su propio ser (concepción cartesiana).⁵

Conviene señalar que para el ius-racionalismo es la ley, y sólo la ley, la que puede establecer el límite que corresponde a cada derecho, puesto que la ley emana de la voluntad general, por lo que, teóricamente, es el conjunto de la Sociedad la que estipula el alcance de los derechos de sus miembros. En

⁴ Bastida, Teoría general de los derechos, 15.

⁵ *Ibíd.*, 16.

este sentido, la ley concreta la renuncia de derechos que realiza, en abstracto, el pacto social.

Aunque hoy la concepción ius-racionalista deba considerarse descartada, puesto que sólo cabe hablar de Derecho positivo, y nunca de Derecho natural, lo cierto es que todavía esta concepción ha dejado ciertas reminiscencias en los ordenamientos jurídicos. El hecho de que hoy se hable de “derechos humanos” sobre todo, de una “Declaración Universal de Derechos Humanos”, de 1948, que, como parece indicar su título “declara” (y, por tanto, no “estatuye” o “crea”) los derechos, parece ser herencia de las teorías ius-racionalistas de fundamentación de los derechos.

1.1.4 Modelo de fundamentación positivista

Según se ha estudiado en las páginas precedentes, el modelo historicista fundamentaba los derechos en la antigüedad, en tanto que el ius-racionalista lo hacía en el Derecho natural. Para el modelo positivista, sin embargo, los derechos traen causa en la decisión adoptada por el órgano estatal competente. No existen derechos previos al Estado (ni previos en cuanto a anteriores en la historia, ni previos en cuanto fundamentados en un “supra-derecho” como sería el Derecho natural, que precedería al Derecho positivo); sólo existe el Derecho positivo, producido por los órganos estatales, que son los que crean (no declaran) los derechos.

En realidad, el modelo positivista⁶ puede partir incluso de algunas premisas idénticas al ius-racionalismo, pero interpretadas en una clave distinta. En concreto, dos fueron las maneras de reinterpretar las premisas ius-racionalistas: la primera utiliza una idea de estado de naturaleza idéntica a la

⁶Bastida, Teoría general de los derechos, 19.

del ius-racionalismo, pero difiere en el contenido y resultado del pacto social; la segunda disiente en la valoración misma de los individuos en el estado de naturaleza.

Ahora bien, al convertirse la decisión en el único criterio de validez, los derechos individuales pierden la condición de “indisponibilidad por el poder público” que tenían en los anteriores modelos. Bajo el modelo historicista, las libertades poseían una indisponibilidad derivada de la historia que, según se ha visto, no podía alterarse; en la concepción ius-racionalista, era el Derecho natural racionalista y supra positivo el que concedía a las libertades su indisponibilidad: un vaciamiento del contenido de las libertades naturales suponía una violación del pacto social y una vuelta al estado de naturaleza.

Sin embargo, si el Estado es plenamente competente para decidir el contenido que han de tener los derechos, sin límite, éstos pueden cambiar constantemente, y el contenido de las libertades acaba quedando a disposición de los poderes constituidos. Esta es la razón por la que trataron de introducirse factores que dotaran a los derechos de cierta indisponibilidad.

1.2 Definición de derechos fundamentales

Los derechos fundamentales constituyen uno de los pilares del Estado Constitucional de Derecho y del propio orden internacional, su contenido irradia todas las áreas del Derecho, que sufren un proceso de constitucionalización y de ius-fundamentalización. El sistema jurídico deviene a la medida de los derechos fundamentales.⁷ Por ello se vuelve importante el establecer los parámetros de estos.

⁷ Carlos Bernal Pulido, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 2^o ed., (México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009), 74.

El concepto de derechos fundamentales es una especie del género derechos jurídicos subjetivos. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos jurídicos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental. La formulación de un concepto de derechos fundamentales debe pasar, por tanto, en primer lugar, por una comprensión del concepto de derechos jurídicos subjetivos y, en segundo lugar, de la fundamentalidad, es decir, de aquellas propiedades específicas del carácter de derecho fundamental.⁸

La inclusión del derecho en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, en relación con esta propiedad surgen tres posibilidades: ella puede considerarse como una propiedad suficiente y necesaria, como una propiedad necesaria o sólo como una propiedad suficiente. Si se considera como una propiedad suficiente y necesaria, un derecho jurídico subjetivo será un derecho fundamental si y sólo si la disposición que lo establece está incluida dentro del capítulo de la Constitución que establece el catálogo de los derechos fundamentales.⁹

En otras palabras, los derechos fundamentales serán aquellos y sólo aquellos que aparecen en el capítulo de la Constitución que establece el catálogo de los derechos fundamentales. Asimismo, todos los derechos incluidos en tal catálogo tendrán el carácter de derechos fundamentales. A favor de esta interpretación, basada en el criterio de interpretación *ad rubricam* o *sedes materiae*, juega, por una parte, que ella produce certeza absoluta acerca de cuáles son los derechos fundamentales de la Constitución, y, por otra, que reconoce la autoridad del poder.

⁸Bernal, Los derechos fundamentales, 74.

⁹ *Ibíd.*

Al estudiar los derechos fundamentales según la doctrina, existe una amplia gama de denominaciones para referirse a este concepto derechos naturales, derechos humanos, derechos del hombre, derechos públicos subjetivos, libertades individuales, etc., pero la que se acaba por imponer es la de derechos fundamentales.¹⁰

Este término *droitsfondamentaux* aparece en Francia hacia 1770, en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación Grundrechte se ha articulado, de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Ahora bien, si la expresión “derechos fundamentales” y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales son un fenómeno relativamente reciente, sus raíces filosóficas se remontan y se hallan íntimamente ligadas, a los avatares históricos del pensamiento humanista.¹¹

La doctrina más representativa señala que este calificativo es una mejor forma lingüística por las razones siguientes: a) es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la antigüedad que ésta supone; b) puede abarcar las dos dimensiones en la que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en reduccionismos iusnaturalistas y positivistas; c) es más adecuado que los términos “derechos naturales” o “derechos morales” que mutilan a los derechos humanos de su faceta jurídico positiva o, dicho en otra forma, que formulen su concepto sin tener

¹⁰ José Carlos Molina Méndez y Jaime Alberto López Nuila, “Los derechos humanos y la garantía del amparo: análisis histórico, doctrinal y jurisprudencial” (Tesis de Licenciatura, Universidad Tecnológica, 2013), 73.

¹¹ Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 9º ed. (España, Tecnos, 2007), 29.

en cuenta su dimensión jurídico positiva. La tradición lingüística de los juristas atribuye al término “derechos fundamentales” otra dimensión, vinculándola a su reconocimiento constitucional o legal; d) es más adecuado que los términos “derechos públicos subjetivos” o “libertades públicas”, que pueden perder de vista la dimensión moral, y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al ordenamiento;¹² e) por que aluden a la importancia esencial que representan en la vida de cada persona, en su desarrollo y dignidad; y f) por que acabarán alcanzando el máximo reconocimiento, además de los consiguientes efectos de naturaleza jurídica.¹³

Los derechos fundamentales técnicamente tienden a reservarse para referirse a aquellos derechos constitucionalizados por un ordenamiento jurídico estatal concreto y específico; pudiendo afirmarse que se trata de derechos humanos constitucionalizados, debiendo localizarse en el terreno de los valores y principios éticos cuyo fundamento de los derechos humanos lo recoge la Constitución Salvadoreña en el Art. 1 al señalar que: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...”, esos valores y principios adquieren una verdadera y plena dimensión jurídica en la medida en que los ordenamientos internos, regionales y estatales los hacen suyos, convirtiéndolos en auténticos derechos e incorporándolos como tales. Dicho de otra manera, los derechos fundamentales no son sino la traducción jurídica de los elementos básicos del sustrato ético de la sociedad.¹⁴

¹² Gregorio Peces Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General* (España: Universidad Carlos III de Madrid, 1995), 32-33.

¹³ Jorge de Esteban y José González Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional Español*, (España, Universidad Computense, 1994), 260.

¹⁴ Pablo Pérez Tremps y Juan Francisco Sánchez Barrilao, “*Los Derechos Fundamentales en la Constitución Salvadoreña*”, 16º ed., (España, Justicia de Paz, 1995), 179-180.

Para la Sala de lo Constitucional el concepto derechos fundamentales 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.¹⁵

Los derechos fundamentales son categorías jurídicas que constituyen el núcleo central de la esfera jurídica del individuo, exigibles frente a otros sujetos de derecho Estado y particulares, que engendran en estos últimos deberes y obligaciones; es decir, se trata de verdaderos derechos generadores de una situación activa de poder concreto, que se traduce en exigencias deducibles al Estado y a los otros particulares.¹⁶

Para el referido Tribunal, los derechos fundamentales forman parte del núcleo esencial de la Constitución al afirmar que esta 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

¹⁵Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-97* (El Salvador, Corte suprema de Justicia, 2001).

¹⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-95* (El Salvador, Corte suprema de Justicia, 2001).

que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona.¹⁷

Es importante también destacar que dicho Tribunal ha sido enfático en afirmar que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución no son taxativos sino que son un catálogo de derechos abiertos y no cerrado, fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas.¹⁸

Según Ferrajoli los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.¹⁹

1.2.1 Características

Los derechos fundamentales, por tanto, constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del status jurídico del individuo dimensión subjetiva y además disponen de la dimensión objetiva que constituyen elementos esenciales del ordenamiento jurídico político general porque son una condición misma de la democracia que, como sistema político, no pueden existir sin el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales y porque son normas competenciales del ordenamiento jurídico, dependiendo del alcance configurador o meramente ordenador de la actuación del legislador a quien se le impone un comportamiento no

¹⁷Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-95, 2001.

¹⁸Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo*, Referencia: 23 (El Salvador, Corte suprema de Justicia, 2003).

¹⁹Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, (España, Trotta, 1997), 37.

desfigurador del derecho fundamental cuyo régimen detalla al establecer la indisponibilidad para el mismo del contenido esencial del derecho constitucional de que se trate.²⁰

Finalmente, los derechos fundamentales no forman un sistema cerrado, trasunto de su existencia en un orden meta-positivo que el derecho constitucional se limitaría a reconocer o sancionar. Existen en el ordenamiento con independencia de su base filosófica o ideológica. Asimismo, son verdaderos derechos jurídicos, esto es, pretensiones concretas, dotadas de protección jurídica, alegables ante el Juez, y esto en virtud del reconocimiento y amparo que les otorga el Estado y además son positivos y no naturales, lo que quiere decir que se disfrutan en los términos del ordenamiento en lo referente a su limitación, protección y alcance.²¹

1.2.2 Aparición de los derechos fundamentales en la constitución de El Salvador

La validez universal de los derechos fundamentales promovida por organismos internacionales ha obligado a que muchos Estados firmen Pactos y Convenciones sobre derechos humanos y como consecuencia se reconocen como leyes vigentes en los países que suscriben y ratifican estos Tratados. No obstante, la moderna tendencia constituyente reconoce los derechos fundamentales en la Constitución Política, Pérez Luño asegura que este fenómeno es uno de los legados de la Revolución Francesa: “a partir del siglo XVIII se considera que las Constituciones deben contener, por una parte, una serie de reglas relativas a la organización de los poderes públicos

²⁰Juan José Solozábal Echavarría, “*Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales*”, 3º ed.,(España, Estudios Políticos, 1991), 87-88.

²¹ Solozábal, *Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos*, 97.

y, de otra, unas disposiciones que proclamen los Principios fundamentales que deben inspirar el funcionamiento de todos los órganos del Estado”.²²

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución salvadoreña son universales, limitados y regulables; el informe de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, argumentó que esta relatividad de los derechos es la base de la convivencia social: “a la libertad de uno, enfrenta la libertad de otros, de manera que las relaciones de sociedad puedan conducirse dentro de parámetros de igualdad que permitan un desarrollo armónico de fraternidad y solidaridad de los componentes del grupo social.”

La regulación constitucional ha generado una importante jurisprudencia salvadoreña en materia de derechos fundamentales. Las diferentes resoluciones pronunciadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, confirman que la Constitución de la República vigente desde el 20 de diciembre de 1983, se acoge a la tesis limitativa de los derechos fundamentales.

En el proceso de inconstitucionalidad 4-94/III, promovido en contra de la "Ordenanza Reguladora de marchas y manifestaciones celebradas en calles, avenidas y aceras de la ciudad de San Salvador ", la Sala de lo Constitucional señala en su análisis:²³ “Las garantías individuales establecidas en la Constitución deben ejercerse dentro de los límites legales, esto significa que no son absolutos porque se pueden regular con el objeto de garantizar a los habitantes, tranquilidad, bienestar, respeto a la moral, al

²² Blanca Ofelia Amaya Benavides y otros, *“El conflicto entre presunción de inocencia y libertad de expresión en la fase de instrucción del proceso penal con tendencia acusatoria”*(Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 1996), 56.

²³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 4-94* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1995).

patrimonio, etc.” Recientemente, la Sala de lo Constitucional, en el proceso de exhibición personal No. 2-B/96, al pronunciar sentencia el 23 de enero de 1996, razonó: “los derechos fundamentales son susceptibles de privación en el caso de imposición de penas: en supuestos predeterminados por la ley, por la autoridad competente predeterminada, y previo cumplimiento de la garantía de audiencia, defensa y formalidades establecidas previamente por la ley”, y para despejar cualquier duda, la resolución puntualiza: “tanto el Ministerio Público a través de la Fiscalía General de la República, como la Policía Nacional Civil, están facultados para realizar actos de limitación a derechos fundamentales, con el objeto de garantizar la eficacia de un futuro proceso penal”.

En El Salvador, desde la Constitución Republicana de 1841 hasta la Constitución de 1945, hay una influencia del iusnaturalismo, sin embargo, en la Constitución de 1950 queda erradicada la concepción de los derechos naturales y se adopta la concepción de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, agregando, como punto medular y novedoso en la Constitución, lo concerniente a los derechos sociales y económicos, situación que continúa en la Constitución de 1962 y la vigente de 1983.²⁴

1.2.3 Regulación de los derechos fundamentales en la Constitución de El Salvador

Sobre el carácter básico de los derechos fundamentales: “...los derechos humanos fundamentales 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

²⁴Molina, “Los derechos humanos y la garantía del amparo”, 13.

infra constitucionales -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 artículo 1 de la misma”.²⁵

Pero expresamente la Constitución ha hecho alusión a los derechos fundamentales en el título II denominado los derechos y garantías fundamentales de la persona.²⁶ Siendo gran parte del contenido constitucional lo relacionado con los derechos fundamentales.

1.2.4 Derechos fundamentales en la constitución limitados por la entrada en vigencia del código procesal civil y mercantil

En la actualidad con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, se limitan derechos fundamentales, específicamente en la puesta en marcha de las medidas cautelares que en él se regulan. Por la forma de llevarse a cabo estas, ya que consideramos que se regulan prioritariamente por el principio de escritura cuando tenemos en la actualidad la novedad del CPCM bajo el Principio de Oralidad,²⁷ esta tendencia de incorporar la oralidad en el proceso civil y mercantil se debe a que la experiencia de la historia ha demostrado que el proceso oral es el mejor y más conforme con la

²⁵Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 17-95* (El Salvador, Corte suprema de Justicia, 1995).

²⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 22-A-94* (El Salvador, Corte suprema de Justicia, 1996). “...tradicionalmente, el término „derecho” se ha entendido comprensivo de la noción de los llamados derechos subjetivos (...), se conceptualizan como facultades concedidas por el orden jurídico en favor de un sujeto para imponerse coercitivamente a otro u otros, quienes a su vez se encuentran obligados correlativamente a satisfacer sus pretensiones (...). Si es claro que los derechos subjetivos son facultades de obrar que autorizan a sus titulares para ejercitar y hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales les reconocen, no todas las realidades jurídicas que nuestra Constitución denomina „derechos” constituyen facultades de querer y pretender (...).”

²⁷Francesco Carnelutti, *Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo I, Derecho Civil* (Colombia, Harla, 1971), 171.

naturaleza y las exigencias de la vida moderna,²⁸ porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente quedando esta figura de las medidas cautelares no actualizada.²⁹

Además, al momento de ejecutarse las medidas cautelares por la persona designada por el juez las realiza de manera extensiva. Por lo que, esta limitación no es la prevista por la CN, por el contrario, es una limitación contraproducente a la establecida en la Carta Magna. Donde a simple vista se genera una limitación a los derechos fundamentales al entrar en conflicto los principios de proporcionalidad y racionalidad en cuanto a la manera de ejecutarse las MC.

Por lo que genera un inconveniente, pues las medidas cautelares no dan el espacio de anticiparse a la ejecución de esta con la intervención del demandado en el proceso mercantil. Si bien la misma naturaleza de las medidas cautelares es proteger el derecho del demandante en cuanto a que el demandado no se deshaga de los bienes,³⁰ pero es necesario también atender el derecho del demandado a oponerse con anticipación a la ejecución de estas, pues tiene que establecerse la manera clara de

²⁸ “El medio de la interpretación es la palabra. Manifiesta que el hombre habla para comunicarse con otro, la forma natural de expresión es mediante la palabra hablada.”

²⁹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Apelación, Referencia: C215 – 03* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004). Con la oralidad se pretendió darle trascendencia, sentido, dinamismo y practicidad en el manejo de los actos procesales; así como darle la verdadera dimensión a la relación jurídica procesal.

³⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 590-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007). La adopción de medidas cautelares en un proceso o procedimiento es meramente instrumental, es decir, su fundamento radica en mantener viva y resguardada la materia del mismo y sus inciertas resultas mientras se dicta la resolución definitiva, así como evitar que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia y de las consecuencias derivadas del procesamiento que se realiza.

realizarse esta;³¹ siendo más específico las cosas o objetos a aplicarle la medida cautelar, ya la ejecución no debe limitar derechos fundamentales de terceras personas relacionadas con el demandado ni limitar derechos fundamentales del demandado sin una necesidad justificada.³² Es por ello que establecemos que las medidas cautelares al momento de ejecutarse son extensivas por las personas que las realiza.

La Asamblea Legislativa decretó el Código Procesal Civil y Mercantil el dieciocho de septiembre de dos mil ocho y entró en vigencia hasta julio de dos mil diez constituido por cuatro libros.³³ Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el segundo libro título cuarto de dicho Código.

Asimismo, se comprenden distintos capítulos los cuales se desarrollan de la siguiente forma: capítulo primero (art. 431-444), se reglamenta la universalidad de aplicación de las medidas cautelares, como lo son el sujeto facultado para solicitarlas y la finalidad que se pretende al ser aplicadas, la petición de las medidas, los presupuestos que antesala la aplicación de las medidas, los momentos en los cuales pueden ser solicitadas y aplicables dichas medidas, el catálogo de medidas que está regulado en nuestro ordenamiento y la forma de aplicación de cada una de ellas; y capítulo segundo (art. 445-457), se sistematiza las reglas de aplicación de las medidas, la prestación, forma, cuantía, exención de la caución, el examen de admisión de la solicitud de las

³¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus*, Referencia: 160-2004AC (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006). Los actos procesales de comunicación constituyen la herramienta de la que se vale el juzgador para hacer saber a las partes lo que está ocurriendo al interior de un proceso, permitiendo así su intervención y el ejercicio de sus derechos constitucionales.

³² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 320-97 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997). El legislador da la posibilidad de decretar medidas cautelares como instrumentos para garantizar la eficacia de una posterior decisión judicial, sin que esto signifique una privación de derechos previa al juzgamiento.

³³ Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008).

medidas, la sustanciación de las medidas, la eficacia de dichas medidas, la aprobación, aplicación modificación y levantamiento de las medidas cautelares.

1.2.5 Precedentes de las medidas cautelares en el proceso mercantil

El Código de Procedimientos Civiles³⁴ de El Salvador se desprendía de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, con el transcurso de los años ya no satisfacía los derechos de una pronta y cumplida justicia que señala el artículo 182 de la Constitución de la República en su ordinal 5to. Es así que el Código de Procedimientos Civiles sufrió reformas parciales a lo largo de su centenaria existencia, los cuales a la larga no lograron acelerar sensiblemente los procedimientos y generar un cambio de actitud de los operadores de justicia; debido a las condiciones mismas de evolución demandaron una completa transformación procesal, coherente con el derecho a la protección jurisdiccional, en virtud de que el código de procedimientos nació en un contexto social y jurídico muy diferente al del siglo XXI, por ende, se muestra inadecuado para una satisfactoria solución a los conflictos propios de una sociedad moderna y globalizada con los avances en todo tipo de materias y ciencias del conocimiento.³⁵

Tanto el Código Civil (23 de Agosto de 1859 por decreto del Poder Ejecutivo); como el Código de Procedimientos Civiles (31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial del 1ro de Enero 1882) han sufrido reformas, producto de ello es que el catálogo de medidas cautelares han aumentado como el secuestro de bienes, la anotación

³⁴Código De Procedimientos Civiles (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1982).

³⁵Ever UlisesMartínez Pérez y otros, “Las ventajas de las medidas cautelares en el Código Procesal y Mercantil”(Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 2011), 7.

preventiva, anotación preventiva de la demanda, embargo de bienes, depósito judicial o secuestro judicial, formación de inventario de bienes.³⁶

Como se ha hecho mención el derecho evoluciona conforme a la misma sociedad y tal es el caso que el Código de Procedimientos Civiles ya no se adaptaba a las exigencias actuales por lo cual nace el Código Procesal Civil y Mercantil.³⁷ Esta evolución tiene su punto en el Código Procesal Civil Modelo³⁸ el cual tiene sus inicios en 1970, el cual fue la base para la aprobación en 1981 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina; hasta las nuevas Reglas de Procedimiento Civil del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en septiembre de 2009. Un mayor aporte se encuentra en el Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000; a ellos hay que sumar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema en relación con la normativa procesal, y la Ley Procesal de Familia de octubre de 1994, primer paso hacia un moderno proceso salvadoreño.³⁹

Este Código Procesal Civil y Mercantil cuyo funcionamiento está dado desde el 1 de julio de 2010 por Decreto Legislativo 702, de 18/09/2008, contempla en el Libro Segundo, bajo el Título Cuarto, Las Medidas Cautelares, en sus artículos 431 y siguientes, los cuales tiene el objetivo que la sentencia que se dicte en el proceso pueda ser cumplida efectivamente. Ahí se incluyen algunas medidas cautelares ya conocidas, como el embargo, la anotación preventiva, el secuestro de bienes, etc. pero a su vez incluye nuevas como la orden de cesar provisionalmente una actividad o de abstenerse de una conducta o la suspensión de acuerdos sociales impugnados. A su vez ofrece

³⁶ Martínez, "Las ventajas de las medidas cautelares," 10.

³⁷ Código Procesal Civil Y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2010).

³⁸ Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica (Uruguay, Secretaria General, 1988).

³⁹ Martínez, "Las ventajas de las medidas cautelares", 11.

la no taxatividad del catálogo de medidas cautelares, por lo que abre la posibilidad de solicitar cualquier medida no señalada en la ley siempre que se estime necesaria y conveniente para asegurar la efectividad de la sentencia.⁴⁰

1.2.6 Situación actual de los derechos fundamentales en la Constitución de la República

Se tiene claro que la Constitución de la República de El Salvador establece claramente cuáles son los derechos fundamentales,⁴¹ y estos pueden ser regulados por los órganos del Estado y entes públicos con potestades normativas reconocidas por la Constitución; existe una particularidad en la cual dicha regulación puede asumir dos formas: configuración o limitación.⁴²

La configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales -a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga-, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establecen sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, la organización y procedimientos necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías.⁴³ La limitación de los derechos fundamentales implica la modificación del objeto o sujetos del derecho -sus elementos esenciales, de forma que conlleva una obstaculización o impedimento para el ejercicio del mismo, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional.

⁴⁰ Martínez, "Las ventajas de las medidas cautelares", 12.

⁴¹ Sentencia de inconstitucionalidad, *Referencia: 15-95, 2001*. Los derechos fundamentales son categorías jurídicas que constituyen el núcleo central de la esfera jurídica del individuo, exigibles frente a otros sujetos de derecho -Estado y particulares-, que engendran en estos últimos deberes y obligaciones; es decir, se trata de verdaderos derechos generadores de una situación activa de poder concreto, que se traduce en exigencias deducibles al Estado y a los otros particulares.

⁴² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

⁴³ Sentencia de Inconstitucionalidad, *Referencia: 84-2006, 2009*.

Se vuelve necesario determinar la diferencia entre regulación y limitación normativa⁴⁴ radica en que la limitación de un derecho fundamental es un caso específico de regulación que se caracteriza por las siguientes propiedades: es directa, porque instituye una disciplina general del derecho, aun siendo parcial, afecta alguno de sus elementos sustanciales o de sus aspectos esenciales.

A diferencia de la regulación, la limitación sólo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa. La simple regulación por el contrario afecta elementos no necesarios al derecho y no incide directamente sobre su ámbito y límites, o se refiere sólo a algunas de sus modalidades de ejercicio.

La simple regulación se presenta en aquellos casos que resulta palmario que el legislador ha disciplinado sólo algunos aspectos parciales del derecho, de manera poco intensa o ha afectado sólo algunas acciones habilitadas por el derecho poco fundamentales.

En atención a ello es de recalcar que al ser la normativa constitucional de suprema jerarquía, debe respetarse, todo aquello que de ella emana, es decir la configuración que se llegue a regular, así como también cualquier limitación siempre y cuando sean constitucionales respecto con los derechos fundamentales, por lo que es evidente que la limitación a los derechos fundamentales no es inconstitucional.

⁴⁴Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 17-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

1.2.7 Límites a los derechos fundamentales regulados en la Constitución de la República

En cuanto a las limitaciones de los derechos fundamentales ha dicho Cota de Durig que implican restricciones a su núcleo fundamental aquellas que: “afecten el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando el administrado queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el uso de un derecho fundamental a la existencia de ciertos presupuestos cuyo cumplimiento no puede lograrse a pesar de poner su titular su mayor empeño en ello”.⁴⁵

Es este punto en el cual se inicia un arduo debate; al considerar que las limitaciones que derivan de la misma Constitución para un derecho fundamental deben hacerse de acorde a dos principios: el de proporcionalidad⁴⁶ y razonabilidad.⁴⁷ Existen preceptos constitucionales en los que la racionalidad o razonabilidad se convierten en el parámetro para el examen de disposiciones inferiores, sobre todo en aquellos casos donde la Constitución es sumamente abstracta, poco precisa, siendo la única forma posible de hacerlos operativos, es decir, de llevarlos a la aplicación cotidiana por medio del examen de racionalidad o razonabilidad. Un ejemplo claro es la ejecución de las medidas cautelares.

⁴⁵Rubén Hernández Valle, *El Derecho de la Constitución*, Vol. II (Costa Rica, Edit. Juricentro, 1994), 347-348.

⁴⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 7-2008/25-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009). El principio esencial en la aplicación de las medidas cautelares es el de proporcionalidad que significa que la medida adoptada debe permitir alcanzar el objetivo por ella pretendido, que en todo caso, debe ser legítimo, adecuarse al logro del fin perseguido, respetando en lo posible la libertad del individuo y garantizando una relación razonable entre el resultado buscado y los límites a la libertad necesarios para obtener ese resultado.

⁴⁷Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007). La opción a favor de uno u otro principio, o la misma idea de compaginar los extremos del conflicto, con base en un equilibrio, implica la idea de razonabilidad; es decir, en la resolución de la antinomia, se deben proporcionar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia; esto es algo que hace, primero el Legislativo, y luego los tribunales, incluida la Sala de lo Constitucional.

Para que el juicio de proporcionalidad responda a criterios objetivos, la decisión que determine el legislador debe ser conforme no solamente a la normativa constitucional, sino a las necesidades de la realidad, tomando una cuota significativa del principio de razonabilidad.⁴⁸

Se aplica el principio de proporcionalidad;⁴⁹ ya que cumple la función de estructurar el procedimiento para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. No existe en el texto constitucional declaración previa sobre la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo legislativo. Sin embargo, ello no implica que se trate de un concepto vacío u oscuro, por el contrario, el principio de proporcionalidad está dotado de una racionalidad lógico-operacional.

A tales efectos, el artículo 246 Cn. establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales: no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales que se realicen.

Y es que, la disposición constitucional en comento, si bien habilita el desarrollo legislativo regular el ejercicio de los derechos, principios y obligaciones constitucionales, también tiene el cuidado de prohibir su alteración, es decir, la perturbación o trastorno de la esencia de un concepto

⁴⁸Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia -2002/32 - 2002/33 – 2002* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004).

⁴⁹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 17-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

jurídico, en tanto que su desarrollo no desnaturalice la disposición constitucional que lo contiene.

La limitación de derechos fundamentales no puede quedar sin control, puesto que tal actividad debe respetar, a su vez, que le impone, que es la sumisión al principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe existir una relación medio-fin en la que el primero cumpla con las características de idoneidad y necesidad, sin causar, a la vez, más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.⁵⁰

El legislador, en su tarea de limitar los derechos fundamentales, debe remitirse al conjunto de normas constitucionales, pues la Constitución, como una unidad normativa, debe ser interpretada en forma armónica; es decir, no se puede articular la limitación de un derecho constitucional sin antes tomar en cuenta la existencia de otros valores, principios, derechos, deberes, etc. que reconoce la Ley Suprema; para la solución de estas colisiones normativas los tribunales constitucionales utilizan el juicio de proporcionalidad.⁵¹

Los valores del ordenamiento prescritos en el Preámbulo y en el artículo uno de la Constitución de la República -la dignidad humana, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común- son criterios válidos para limitar los derechos fundamentales.

Además, estas limitaciones deben responder a los considerandos de la misma Constitución, entendiendo que cuando no se encaje en está la

⁵⁰Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 22-97 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001).

⁵¹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 84-2066 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

limitación viene hacer esta contra producido frente al derecho fundamental en el caso específico las que se realizan en las medidas cautelares. La Constitución de la República no indica expresamente cuáles son los criterios legítimos para restringir los derechos fundamentales, pero tiene un sustrato ético-ideológico que le da unidad y sentido al ordenamiento jurídico incluido las propias normas constitucionales.⁵²

1.3 Límites a los derechos fundamentales

1.3.1 Concepto de limitación a los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no. La definición que brinda José Luis Cea, dice que se consideran "atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos".⁵³

Se trata de un conjunto de atributos, cuyo respeto y protección son una de las claves más importantes para evaluar la verdadera legitimidad de un modelo político y social. Y ello, finalmente, por cuanto son derechos que cuentan no sólo con una naturaleza subjetiva, sino que también con una dimensión objetiva que excede a la mera titularidad radicada en una persona determinada y, especialmente, por su íntima ligazón con la más noble esencia del ser humano, como es su dignidad. Con esa misma carga valorativa, Jorge M. Quinzio dice que: "Los Derechos Humanos no son para aprenderlos de memoria. Todo el catálogo de los Derechos Humanos es para mejorarlos y sacar conclusiones de cuando ellos fueron vulnerados, para nunca más vivirlo ni negarlos, para que todos tengan conocimiento de

⁵²Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2066, 2009.

⁵³José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Chile, Universidad Católica de Chile, 2002), 58.

ellos, para hacerlos valer, respetarlos y exigir su respeto, vigencia y garantía y hacerlos aplicables".⁵⁴

No obstante lo anterior, y como se ha dicho, los Derechos Fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de regulaciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias.

La regulación normativa⁵⁵ o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales –a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infra-constitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello.

El establecimiento de condiciones para el ejercicio de un derecho forma parte de la libertad de configuración del legislador, y no crea derechos, así como tampoco es el cumplimiento de tales condiciones en un caso concreto lo que hace surgir el derecho en la práctica. El derecho existe independientemente de tales condiciones ya que éstas lo único que hacen es regular las formas para su ejercicio.

⁵⁴Jorge Mario Quinzio Figueiredo, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2° ed. (Chile, LexisNexis, 2008), 44.

⁵⁵Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 864-2002 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

La limitación de un derecho fundamental es un caso específico de regulación que se caracteriza por las siguientes propiedades: es directa, instituye una disciplina general del derecho o, aun siendo parcial, afecta alguno de sus elementos sustanciales o de sus aspectos esenciales. La limitación o restricción de un derecho,⁵⁶ supone una regulación, e implica la modificación de su objeto o sujetos (elementos esenciales del derecho fundamental de forma que implica una obstaculización o impedimento para su ejercicio, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional).

Jaime Guzmán, lo explicaba en sus cátedras.⁵⁷ "Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos forzosa e inevitablemente a ciertos límites. Más allá de los límites que impone la moral en aquellos ámbitos que corresponden exclusivamente al juicio de Dios y de la propia conciencia, la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común".

En virtud de lo anterior, queda de manifiesto que efectivamente deben existir restricciones al ejercicio de los derechos, limitaciones que deben ser definidas correctamente para su adecuada comprensión.

En conclusión, se puede decir que la limitación o restricción de un derecho que supone siempre una regulación, aunque de un grado diferente, implica necesariamente la modificación de su objeto o sujetos -elementos esenciales del derecho fundamental-, de forma que implica una obstaculización o

⁵⁶Sala de lo Inconstitucionalidad, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-97* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001).

⁵⁷Hugo Tórtora Aravena, *Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales*, 2º ed., (Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2010), 168.

impedimento en el ejercicio efectivo del mismo, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional y sin alterar su núcleo esencial.⁵⁸

1.3.2 Clasificación de las limitaciones a los derechos fundamentales

Las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales pueden ser clasificadas según diferentes criterios, a saber:

1.3.2.1 Según las circunstancias en las que operan

Ordinarias,⁵⁹ son aquellas que operan siempre, y que afectan el ejercicio de un derecho tanto bajo condiciones de normalidad constitucional, como bajo situaciones de excepción constitucional. Representan la regla general y se aplican en todo momento.

En la Constitución, se encuentra diferentes limitaciones ordinarias a derechos, en el artículo 25, el ejercicio libre de todas las religiones reconoce como límite el respeto por la moral, las buenas costumbres y el orden público; el derecho a reunirse sólo es válido si se ejerce pacíficamente, sin armas y en el caso de reuniones en lugares de uso público; etc. En todos estos casos, las restricciones operan indistintamente en períodos de regularidad institucional, como también en estados de excepción constitucional.

Extraordinarias (también llamadas "excepcionales"),⁶⁰ son aquellas que se producen sólo durante circunstancias de emergencia social o institucional, y que han dado curso a la declaración de estados de excepción constitucional.

⁵⁸Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 22-97 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001).

⁵⁹Tórtora, *Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales*, 180.

⁶⁰*Ibíd.*, 181.

En este sentido, el art. 29CN., fija con absoluta claridad las garantías que el órgano legislativo o ejecutivo puede suspender o restringir en virtud de la declaración de cada estado de excepción constitucional.

Por su parte, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶¹ regula también esta materia. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la afectación de derechos fundamentales durante períodos de excepción constitucional, debe cumplir con dos requisitos formales esenciales, a saber, el cumplimiento de los principios de proclamación y de notificación. La proclamación "implica una serie de actos de publicación y publicidad indispensables en la determinación de responsabilidades sobre la adopción y ejecución de medidas excepcionales, así como para que los ciudadanos puedan conocer exactamente la extensión de las limitaciones a sus derechos impuestas por el Estado".

La notificación, por su parte, consagrada en el art. 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "requiere de los Estados parte informar de manera inmediata a los demás Estados Parte de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".⁶²

1.3.2.2 Según el origen de la limitación

Se refiere a las limitaciones que nacen del respeto por los derechos de las demás personas, a las limitaciones de origen material y a las limitaciones de

⁶¹Convención Americana sobre Derechos Humanos, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1991).

⁶²Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998).

origen positivo. Mientras las dos primeras se entienden implícitamente insertas en cada derecho, las últimas son las que están expresamente consideradas por el ordenamiento jurídico.

De origen material,⁶³ se refiere a aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, vale decir, de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro. También involucra el cumplimiento del bien común. Al respecto, no se debe olvidar lo dispuesto en el art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Al ser cada derecho un reflejo de la dignidad intrínseca de cada ser, no es posible pensar en que una de estas prerrogativas esenciales pueda verse afectada por el ejercicio de otro derecho esencial. Preferir los derechos de uno en desmedro de los del otro, va a significar que se privilegia la dignidad de una persona en perjuicio de la dignidad de otro ser humano, lo que atenta, en definitiva, no sólo en contra de la razón sino que sobre todo, en contra de las bases mismas de la teoría de los derechos humanos.

Por lo mismo, ya sea en uno o en otro caso, el ejercicio de un derecho, aun siendo éste un derecho fundamental, debe ser racional y sin dañar los legítimos intereses de otras personas. En caso contrario, su titular transgrede los contornos o fronteras que delimitan al derecho y, por lo mismo, su conducta deja de ser amparada por el ordenamiento jurídico.

⁶³Tórtora, Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales, 182.

De origen positivista,⁶⁴ son aquellas de carácter u origen material o físico, y que tienen que ver con las reales posibilidades del Estado, directamente o a través de las instituciones privadas que en virtud del principio de subsidiariedad colaboran con el mismo fin (AFP, ISSS, etc.), para responder a determinados derechos llamados "prestacionales" o de la "segunda generación".

Estas limitaciones se encuentran referidas exclusivamente a los derechos económicos y sociales, los cuales exigen condiciones suficientes que permitan satisfacerlos razonablemente, de tal modo que la ausencia del referido contexto real significa, en la práctica, una verdadera limitación al ejercicio del derecho en cuestión.

Es relevante destacar que esta clase de restricciones sólo pueden ser toleradas respecto de los mencionados derechos económicos y sociales, entendidos éstos como "derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado",⁶⁵ toda vez que son los únicos dentro del esquema general de derechos fundamentales que dependen exclusivamente de las posibilidades reales de acción del aparato estatal.

Pero aun así, cabe indicar que no todos los derechos sociales se identifican como "derechos prestacionales" que requieran de un esfuerzo presupuestario estatal, ni todos pueden quedar expuestos en su protección a las posibilidades económicas del Fisco. Por lo mismo, es necesario analizar en cada caso, si en verdad se puede considerar legítima o no, la restricción a un derecho económico o social, basada en este tipo de consideraciones.

⁶⁴Tórtora, *Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales*, 183.

⁶⁵Rodolfo Arango Rivadeneira, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Colombia, Legis Editores, 2005), 37.

1.3.2.3 Según su previsión en el ordenamiento jurídico

A diferencia de las dos anteriores, estas limitaciones no se entienden "implícitamente incorporadas en cada derecho", sino que su origen se encuentra en el ordenamiento jurídico mismo, el cual de forma explícita las nombra y reconoce; y es por este motivo que las insertamos en este criterio taxonómico. Esto no quiere decir que carezcan de fundamento o justificación en valores o principios de gran importancia, sino sólo que, para invocarlas, basta citar algún precepto constitucional o legal para poder recurrir a ellas.

Para ello, tanto los instrumentos internacionales como las constituciones políticas de los diferentes Estados establecen directamente restricciones al ejercicio de determinados derechos, o bien, autorizan o delegan a determinadas autoridades, normalmente en el legislador, para fijarlas.

1.3.2.4 Según la norma en la que consta la limitación

Naturalmente, esta clasificación sólo se refiere a aquellas limitaciones establecidas expresamente en el ordenamiento jurídico. Al respecto, Robert Alexy⁶⁶ indica que el individuo tiene derecho a que su libertad general de acción no sea "restringida por normas que no son elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no son formal y materialmente acordes con la Constitución".

En ese sentido, agrega más adelante el mismo autor, una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las

⁶⁶Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º ed. (España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 270.

normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales.⁶⁷

Bajo esta perspectiva, consistente en que, en el plano interno, sólo la Constitución puede permitir la imposición de limitaciones a los derechos, es que Alexy distingue dos clases de restricciones de los derechos fundamentales:⁶⁸

Restricciones directamente constitucionales:⁶⁹ Se trata de restricciones de rango constitucional. En este caso, la cláusula restrictiva consta en la propia Carta Fundamental, sin existir delegación a otra autoridad o persona para imponer tales limitaciones.

En algunos casos, las restricciones directamente constitucionales son bastante evidentes. Por ejemplo, la libertad de culto reconoce como limitación el respeto a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Por su parte, el derecho de petición tiene como única limitación la de proceder en términos respetuosos y convenientes; mientras que la libertad de asociación se ve restringida, al prohibirse las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional; por nombrar algunos casos. Todas estas restricciones tienen un reconocimiento constitucional directo.

En otros casos, en cambio, la calidad de ser limitaciones directamente constitucionales, es menos nítido, como cuando en algunas Constituciones se hace referencia a los "derechos de terceros" como restricción al ejercicio de un determinado derecho. En tal caso, la limitación será directamente

⁶⁷Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 272.

⁶⁸Ibíd., 272-276.

⁶⁹Tórtora, Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales, 186.

constitucional cuando los derechos que generan una restricción respecto de otro, tienen consagración constitucional, en caso contrario, serán limitaciones sólo indirectamente constitucionales.

Restricciones indirectamente constitucionales:⁷⁰ Son aquellas cuya imposición está autorizada por la Constitución. Vale decir, no se trata de restricciones expresamente establecidas en la Norma Fundamental, sino que es ésta la que genera competencia en favor de la ley u otro tipo de norma, para que sean ellas las que impongan la limitación respectiva.

Según Alexy, "la competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera clarísima en las cláusulas de reserva explícitas", siendo estas últimas "aquellas disposiciones ius-fundamentales o partes de disposiciones ius-fundamentales que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones".⁷¹

1.3.3 Condiciones para limitar a los derechos fundamentales

La Constitución de la República no indica expresamente cuáles son los criterios legítimos para restringir los derechos fundamentales, pero tiene un sustrato ético-ideológico que le da unidad y sentido al ordenamiento jurídico - incluidas las propias normas constitucionales.⁷²

La limitación de derechos fundamentales no puede quedar sin control, puesto que tal actividad debe respetar, a su vez, un tope que le impone, que es la sumisión al principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe existir una relación medio-fin en la que el primero cumpla con las características de

⁷⁰Tórtora, *Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales*, 186.

⁷¹ *Ibíd.*, 282.

⁷²Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

idoneidad y necesidad, sin causar, a la vez, más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.⁷³

Los valores del ordenamiento prescritos en el Preámbulo y en el artículo uno de la Constitución de la República -la dignidad humana, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común- son criterios válidos para limitar los derechos fundamentales.⁷⁴

Las disposiciones que limitan derechos fundamentales deben, además, cumplir las siguientes condiciones: atender a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales, superar el juicio de proporcionalidad, y respetar el contenido esencial del derecho.⁷⁵

1.4 La limitación en el proceso mercantil

La limitación de los derechos fundamentales en los procesos mercantiles a través de las medidas cautelares está basada en que éstas deben de tener un fin debido a que en un proceso o procedimiento estas no cumplen otra función más que instrumental, es decir, su fundamento radica en mantener viva y resguardada la materia del mismo y sus inciertas resultas mientras se dicta la resolución definitiva, así como evitar que el demandado pueda sustraerse de la acción de la justicia y de las consecuencias derivadas del procesamiento que se realiza.

Pero esto no quiere decir que las medidas cautelares puedan restringir derechos fundamentales si no que tratándose de medidas cautelares y el fin que estas deben de perseguir no es aceptable afirmar que no sean privativas

⁷³Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 22-97 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001).

⁷⁴Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2006, 2009.

⁷⁵Ibíd.

de derechos per se, cuando sus efectos privan del uso de un derecho y cuya controversia motiva el litigio principal ya que el legislador da la posibilidad de decretarlas pero como instrumentos para garantizar la eficacia de una posterior decisión judicial, sin que esto signifique una privación de derechos previa al juzgamiento.⁷⁶

Hay un principio básico para la aplicación de las medidas cautelares que debe de ser proyectado para poder aplicar dichas medidas y no causar ningún daño o riesgo los derechos fundamentales del afectado de las medidas y es el principio de proporcionalidad; el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer sub-principio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.⁷⁷

El principio de proporcionalidad exige que las medidas limitativas que limiten derechos fundamentales deban de tener dos presupuestos como mínimo. El presupuesto formal exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentra prevista por la ley, puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la

⁷⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucional*, Referencia: 320-97 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

⁷⁷Nicolás González Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (España, Colex, 1990), 69.

medida, pero si es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos.

El segundo presupuesto de justificación teleológica, se define como material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado, en la esfera de los derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar, la actuación de los poderes públicos. Puesto que el principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos.⁷⁸

⁷⁸González, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, 69.

CAPITULO II EXIGIBILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONCRETAMENTE LIMITADOS

El propósito de este capítulo es determinar la exigibilidad de los principios desde los derechos fundamentales concretamente limitados; siendo concretamente dos principios que protegen a los derechos fundamentales, el de proporcionalidad y razonabilidad, todo esto con la finalidad de estudiarlos y comprender cuál es la problemática que se presenta en la legislación salvadoreña.

2.1 Los principios

La estructuración de los principios no es una cuestión exclusiva del orden jurídico,⁷⁹ ello es común en todos los ámbitos del conocimiento, por cuanto las cuestiones de índole epistemológica están gobernadas sobre la base de enunciados fundamentales o rectores, con signos de veracidad y certeza.

Cuando aludimos a la categoría de principios, la formulación que se adopta es la de unas reglas supremas en el sentido de una estructura normativa sistemática, de máxima jerarquía, que por su prelación le da sentido de ordenación a todo el corpus normativo.

De ahí que su reconocimiento no admite sometimiento a otros ámbitos normativos, por cuanto se legitiman desde lo interno acordado desde la Constitución en cuanto a la tutela de los derechos del hombre, aspecto que desde una visión valorativa de la fundamentación del derecho significa la

⁷⁹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 25-103* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

determinación de un mínimo ético que es irreductible por cuanto para su reconocimiento no está supeditado al orden positivo.

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar, que el aspecto medular de los principios en la regulación es constituir una estructura sistemática de limitación. A partir de la regulación de los principios, es posible sostener en los ámbitos externos la tutela de los derechos y libertades de los gobernados, así como, los mecanismos que garantizan la efectividad de los mismos.

La función limitadora del poder estatal en general, mediante la supremacía de los principios que emanan de la Constitución de la República, ya ha sido reconocida por la Sala de lo Constitucional, al advertirse sobre la preeminencia en el orden Jurídico de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado. De acuerdo con lo anterior, es plausible sostener que toda la actividad estatal, tendiente a la aplicación de las medidas cautelares, se debe respetar el marco de los principios que emanan de la Constitución, acrisolados ya como derechos y garantías primarias.⁸⁰

Se ha expresado, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vertebra como cuerpo normativo a través de los principios rectores que informan al constitucionalismo, teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal, con lo cual, todo poder del Estado debe entenderse que no es absolutamente autárquico, y aun tratándose del poder legislativo, éste se encuentra sometido al imperio de la Constitución, por cuanto ésta limita a todo el poder estatal.

⁸⁰Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 15-96 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

La Sala de lo Constitucional en este punto expresamente afirmó: “Aunado a lo anterior, es imperativo reconocer que la Constitución no es una mera ley fundamental o ley superior, sino que además se trata de un conjunto normativo que ha optado por una serie de principios propios de las tradiciones del constitucionalismo; constituyendo, en consecuencia, un orden normativo que, si bien es ideológicamente neutral, no es neutral ante tales principios”. Ello significa que 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 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.⁸¹

En los derechos fundamentales existen límites externos, los cuales son impuestos por el ordenamiento jurídico frente al ejercicio legítimo y ordinario de éstos; dichos límites a su vez se dividen en explícitos e implícitos.⁸²

Esto es aplicable a los límites implícitos que se exponen en cuanto a la proporcionalidad y razonabilidad, debido a que establecen parámetros de control constitucional de forma tácita, ya que no hay una regulación exacta que imponga estos principios, como objetos rectores de control sobre la limitaciones de los derechos fundamentales, siempre que se cumpla con las

⁸¹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 15-96 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

⁸²Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

siguientes condiciones: que sean establecidos atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; que no altere el contenido esencial del derecho; y que respete el principio de proporcionalidad⁸³. Y se auxilie de otro principio básico, el de la razonabilidad, principios que por su relevancia constitucional son legítimos y necesarios para regular dicha limitación.

2.1.1 Caracteres aplicables a ambos principios

Se debe antes de comenzar el desarrollo pormenorizado, del contenido de cada principio, señalar puntos esenciales, aplicables a ambos principios, respecto a su razón de ser y a sus alcances. En este sentido podemos decir que ambos principios:

Están integrados por un conjunto de criterios y herramientas que permiten “medir” y “sopesar” la constitucionalidad o licitud, en su caso, de todo género de límites normativos o decisiones sobre las libertades o derechos fundamentales.

Constituyen principios de carácter relativo, de los que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, si no solo por estricta referencia a un caso concreto, según la relación y análisis sobre medios y fines, frente al ejercicio o límite de una libertad. No prohíben para siempre o de forma absoluta un medio o instrumento cualquiera, como tampoco la persecución de un determinado objetivo validado por el ordenamiento jurídico, se concentran en la validación de medios y fines desde la Constitución.⁸⁴

⁸³ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006, 2007.

⁸⁴ Consejo Nacional de la Judicatura, *Límites Constitucionales al Derecho Penal* (El Salvador, Edit, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ – ECJ, 2004), 45.

Tienen a invocar en el fondo la idea de moderación en el ejercicio del poder del Estado sobre la intervención o limitación de las libertades de los individuos. Importan para el análisis de gravámenes o limitaciones, pero no para goce de beneficios otorgados.

2.2 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un regulador de toda la actividad estatal y límite del poder del estado, así como fundamento de los desarrollos político-criminales que el estado desarrolle en relación con los derechos y libertades fundamentales de los habitantes.

Pero su carácter axiomático, es de mayor entidad en el sentido de estar fundamentado en la filosofía por lo que el principio de proporcionalidad (en sentido amplio) se entiende como el parámetro de necesidad para ponderar los intereses humanos y sociales en una situación de conflicto.

La estructuración más usual del principio de proporcionalidad se corresponde con la formulación y magistral síntesis que se hace en cuanto a sus derivaciones o consecuencias de: a) principio de idoneidad o de adecuación al fin; b) principio de necesidad o de intervención mínima; c) principio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de intereses.⁸⁵

Por el principio de idoneidad se ha entendido la obligatoriedad del poder estatal de realizar sus actos de acuerdo a los fines propuestos fines que se vinculan primero a los fines de la Constitución de ahí que los actos de los funcionarios del Estado que se traducen en las medidas que en concreto se adopten, deben respetar la finalidad que les da fundamento, es porque ello

⁸⁵ Consejo Nacional de la Judicatura, *Debido Proceso sustantivo* (El Salvador, Edit, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ – ECJ, 2004), 35.

queen tratándose de materia de producción normativa y de su aplicación, las autoridades deben respetar el principio de idoneidad, en el sentido que las medidas adoptadas, deben ser adecuadas a los fines propuestos, que como se dijo están orientados por la vigencia de los fines de la Constitución.⁸⁶

En relación al principio de necesidad, debe indicarse que su significación precisa que en las actividades que se desarrolla por los funcionarios de gobierno, los mecanismos utilizados deben ser los que causen un menor efecto lesivo respecto de la funcionalidad de los derechos fundamentales, de ahí que las medidas por las que se debe optar deben ser siempre las menos lesivas, es decir, las que menos afecten a los derechos fundamentales, de ahí que en la intervención respecto de los mismos sólo debe ocurrir cuando sea absolutamente necesario.

Por último, el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, denominación en el sentido de que determinado un acto como idóneo y necesario en los términos aludidos es decir que la limitación del derecho o libertad guarda razonabilidad con el interés estatal que se trata de amparar otro interés jurídico, si la privación del derecho o libertad no resulta excesivo, procede su limitación, pero si la afectación es excesiva conforme al juicio de ponderación, la limitación es inadmisibile.

2.2.1 Definición

Una definición de ponderar es aquella que dice, que se realiza buscando la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas y del mismo valor. Por lo que la ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al

⁸⁶Miguel Carbonell, *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (Perú, Palestra Editores, 2010), 142.

caso concreto; por lo consiguiente, se considera un auxiliar para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva se formula así: “cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que sea la importancia de la satisfacción del otro”.⁸⁷

En realidad, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, no se obtiene, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.⁸⁸

Lo que ocurre es que la ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir las respectivas leyes que constituyen una especificación o concreción de tales principios.

En definitiva, lo que pretende el juicio de ponderación es concretar o hacer explícita una de las excepciones implícitas que caracterizan a los principios

⁸⁷Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 161.

⁸⁸José María Rodríguez de Santiago, *La Ponderación de Bienes e Intereses en El Derecho Administrativo* (España, Marcal Pons, 2000), 28.

como normas abiertas, y esto es algo que también puede hacer y de hecho hace la ley.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad es una herramienta argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales de poca densidad normativa y las concreciones sobre las mismas. Dicho principio irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos el Legislativo, principalmente que exige que la limitación de derechos no sea desproporcionada, de lo contrario se debe declarar su inconstitucionalidad.⁸⁹

En efecto, a este principio se alude, sobre todo, en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. Y aparece como un conjunto articulado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

El principio de proporcionalidad⁹⁰ no tiene la capacidad de operar sin una disposición constitucional que le sirva de base; en consecuencia, no parece plausible sostener que este principio impone al Legislador un límite adicional a aquel que dimana de las propias cláusulas constitucionales. Más bien, el principio en comento debe ser considerado como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones

⁸⁹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucional, Referencia 17-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

⁹⁰Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucional, Referencia: 11-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006).

imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado.

2.2.2 Aplicación del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad según su aplicación jurídica es aquel que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. Sin embargo, en el mundo del Derecho el equilibrio implica un sacrificio parcial y compartido, es decir, que se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.⁹¹

Señala de forma bastante sistemática Tinneti siguiendo a González-Cuellar Serrano que el principio por proporcionalidad se ha ido procurando descomponerse en sus aspectos principales, a fin de lograr su análisis pormenorizado, y para llegar así a formular un test de proporcionalidad.⁹²

2.2.3 Presupuesto para realizar el test de proporcionalidad

Estos básicamente son dos: Formales; Principio de legalidad. Materiales; su justificación teleológica. A continuación se desarrollará cada uno de los presupuestos de forma doctrinaria, ya que se debe tomar en cuenta que en la Constitución de la República no existe regulación alguna, debido a que son presupuesto materiales mas no bien formales.

⁹¹ Carbonell, El Principio de Proporcionalidad, 190.

⁹² Consejo Nacional de la Judicatura, *Escuela de Capacitación Judicial, Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal* (El Salvador, 1999), 155-162 y 323-330.

2.2.3.1 Principio de legalidad

Señala Tinetti, que el principio de legalidad debe tipificarse tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos.⁹³

En principio podría pensarse que el principio de legalidad es ajeno al examen de proporcionalidad, pero debe de considerarse que es su primer presupuesto, porque carece de sentido enjuiciar la constitucionalidad de una medida, desde la perspectiva de la proporcionalidad si su inconstitucionalidad resulta ya de la transgresión del principio de legalidad.

La inobservancia del principio de legalidad evita toda discusión posterior sobre el principio de proporcionalidad, ya que de lo contrario, el principio de proporcionalidad asumiría una función pervertida, al servicio una como excusa para la adopción de medidas restrictivas de derechos desprovistos de cobertura legal.⁹⁴

2.2.3.2 Justificación teleológica

Toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos para ser constitucionalmente admisibles tiene que responder a una finalidad legítima. Su fin ha de ser el de tutelar bien constitucionalmente protegible.⁹⁵

Es decir, simplemente que el campo propio y específico de la aplicación del principio de proporcionalidad sería el del enjuiciamiento de la constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar si

⁹³ José Albino Tinetti, "Comentario de la Sentencia que declara institucionales artículos de la Ley del Impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicio (IVA)", *Ciencias Jurídicas*, año 2, nº 5(1993), 216.

⁹⁴ Nicolás Gonzales Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (España, Colex 1990), 69.

⁹⁵ *Ibid.*, 96.

el fin perseguido por la norma a el acto es ilegítimo o irrelevante. En este caso, la medida habría de reputarse inadmisibile por ser ilegal o arbitrariamente, sin la necesidad de examinar la idoneidad de los medios, sus posibles alternativas ni efectuar la ponderación alguna de intereses.⁹⁶

2.2.4 Reglas del principio de proporcionalidad

2.2.4.1 Regla de la idoneidad

La regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas,⁹⁷ lo que aquí se denominará idoneidad teleológica. Por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad,⁹⁸ lo que aquí se llamará idoneidad técnica.⁹⁹ Sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que ha superado el estándar exigido por esta primera regla.¹⁰⁰

Ahora bien, la medida evaluada es teleológicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos. El problema implícito en esta definición consiste en dilucidar qué significa afirmar la legitimidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales o de los fines de la misma. Pues bien, una medida o su finalidad son legítimas si no están constitucionalmente prohibidas y, además, si la medida cuenta con justificación constitucional.

⁹⁶González, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, 69.

⁹⁷Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed. (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 689.

⁹⁸Bernal, *El principio*, 24, 689, explica que la regla de idoneidad exige, en segundo lugar, que la medida evaluada sea idónea para favorecer la obtención de la finalidad perseguida.

⁹⁹Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 267.

¹⁰⁰Manuel Carrasco Durán y otros, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol. II, (España: Aranzadi, 2006), 14.

Una medida restrictiva de derechos fundamentales o su finalidad pueden estar prohibidas constitucionalmente de manera definitiva o *prima facie*. La prohibición es absoluta si no admite excepción alguna, porque el medio o la finalidad pugnan con normas constitucionales que así lo establecen, como sería el caso del favorecimiento de la esclavitud o la admisión de la tortura. La prohibición es *prima facie* si es de carácter general, de modo que admite excepciones, porque el medio o la finalidad pugnan con normas constitucionales que bajo ciertas condiciones pueden ser contravenidas.

Una medida restrictiva de derechos fundamentales está constitucionalmente justificada si tiene respaldo en normas constitucionales. En efecto, el principio de supremacía constitucional exige que las restricciones a los derechos fundamentales sólo provengan de otras normas constitucionales, es decir, de normas que tengan su misma jerarquía.¹⁰¹ Que las restricciones provengan de otras normas constitucionales significa que han sido estatuidas en normas constitucionales o que han sido estatuidas en normas infra constitucionales autorizadas por normas constitucionales. Robert Alexy denomina a las primeras restricciones directamente constitucionales y a las segundas, restricciones indirectamente constitucionales.¹⁰² Las restricciones directamente constitucionales son los derechos fundamentales y los bienes constitucionales, pues unos y otros son conferidos por normas de la

¹⁰¹Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007), 41-42.

¹⁰²Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 277, expone que "Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional". Sobre estas categorías, Alexy precisa que "las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales; las restricciones de rango inferior a la Constitución, indirectamente constitucionales" (las cursivas son del original).

Constitución.¹⁰³ Las restricciones indirectamente constitucionales son todas aquellas limitaciones estatuidas por el legislador, en ejercicio de una autorización concedida por una norma constitucional.¹⁰⁴

De acuerdo con lo expresado, una medida restrictiva de derechos fundamentales sólo puede considerarse teleológicamente idónea, es decir, legítima, si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional.

Por el contrario, la medida será teleológicamente inidónea, es decir, ilegítima, si la restricción de derechos fundamentales que pretende está constitucionalmente prohibida, o si no favorece el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses estatuidos por el legislador autorizado por una norma constitucional.¹⁰⁵

¹⁰³Humberto Nogueira Alcalá, *Dogmática constitucional*, Vol. I (Chile, Universidad de Talca, 1997), 282. Afirma: "El ejercicio de los derechos fundamentales se concreta en la convivencia societaria, por lo cual los derechos constituyen un asunto de interés individual y, a la vez, comunitario. Los derechos que ejerce cada individuo tienen como límite el respeto al ejercicio de los derechos de los demás miembros de la sociedad, como asimismo los bienes jurídicos que establece el orden constitucional en la perspectiva del bien común"

¹⁰⁴Gregorio PecesBarba, *Derechos fundamentales*, 3ª ed. (España, Latina Universitaria, 1980), 113-124.

¹⁰⁵Luis Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación constitucional*, en Alexy, R., y otros, *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional* (Chile, Librotécnia, 2010), 133, discrepa parcialmente del concepto de legitimidad que aquí se ha sugerido.. Por tanto, no requiere favorecer derechos fundamentales o bienes constitucionales. Al respecto expresa lo siguiente: "En línea de principio, pudiera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respeto hacia su autonomía política -que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional- de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico".

Por otra parte, la medida evaluada puede considerarse técnicamente idónea si es efectivamente adecuada para promover los fines pretendidos con la aplicación de la misma. Estos fines deben consistir, según se explicó recién, en la protección o promoción de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionales, o de fines establecidos por el legislador previa autorización constitucional.¹⁰⁶

En consecuencia, la exigencia de idoneidad instrumental se justifica en que la restricción a derechos fundamentales debe ser realmente útil para favorecer tales finalidades.

Y es precisamente esa utilidad la que debe ser evaluada por el órgano jurisdiccional, a partir de la información con que cuenta. Por cierto, no es necesario que la medida que se evalúa sea la que mejor permite fomentar la finalidad perseguida, sino que basta que permita fomentarla.

Si, por el contrario, la medida restrictiva de derechos fundamentales no favorece algún derecho fundamental, algún bien constitucional o alguna finalidad establecida por el legislador constitucionalmente delegado, es técnicamente inidónea. Ello se debe a que resulta indiferente para el interés que supuestamente desea favorecer, pero perjudica el disfrute de derechos fundamentales. En consecuencia, se trata de una medida que implica una pérdida en el orden constitucional, sin ofrecer una ganancia en este mismo orden.

¹⁰⁶Markus González Beilfuss, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, en Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Vol. II* (España, Aranzadi, 2006), 16.

2.2.4.1.1 Procedimiento para su aplicación

En la práctica, la aplicación de la regla de idoneidad exige realizar cuatro operaciones sucesivas.¹⁰⁷ La primera de ellas, consiste en identificar la medida por evaluar, en términos muy concretos, se trata de determinar en qué consiste el mandato, prohibición o permisión expresado en aquella. Si se trata de varias medidas, se las deberá identificar y distinguir claramente, pues el examen de idoneidad se debe realizar respecto de cada una de ellas.

En segundo lugar, se debe identificar la finalidad de dicha medida. Al respecto conviene tener presente que la finalidad puede haber sido declarada al fundamentar la medida o encontrarse implícita o incluso oculta. Por otra parte, puede tratarse de una o de varias finalidades. En este último caso deben ser claramente distinguidas, pues el examen de idoneidad también se realiza respecto de cada una de ellas.¹⁰⁸

La tercera operación, es propiamente una evaluación de idoneidad teleológica. Consiste en analizar si la medida restrictiva de derechos fundamentales y su finalidad, si es una, o cualquiera de las finalidades, si son varias, efectivamente promueven un derecho fundamental, un bien constitucional o un interés establecido por el legislador constitucionalmente autorizado.¹⁰⁹ En este tercer paso es necesario distinguir dos posibilidades.

Por una parte, la medida es teleológicamente inidónea si se encuentra constitucionalmente prohibida o si no favorece derechos fundamentales, bienes constitucionales o intereses del legislador constitucionalmente delegado. Y será igualmente inidónea si su finalidad, si es única, o todas sus

¹⁰⁷Bernal, "El principio de proporcionalidad", 690.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 620.

¹⁰⁹Mariano Sapag, *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado* (Colombia, Dikaion, 2008), 189.

finalidades, si son varias, son constitucionalmente prohibidas. Frente a esta primera clase de situaciones, no será necesario continuar adelante con el examen de proporcionalidad, pues la medida es inconstitucional.

Por el contrario, la medida es teleológicamente idónea si ni ella ni alguna de sus finalidades se encuentran constitucionalmente prohibidas o si dicha medida promueve un derecho fundamental, un bien constitucional o un interés establecido por el legislador constitucionalmente delegado. En tales casos se debe continuar con el análisis de la idoneidad técnica respecto de la medida teleológicamente idónea. Por cierto las demás finalidades, las que no cumplen este requisito, son teleológicamente inidóneas y, en consecuencia, a su respecto no procede continuar con el examen de proporcionalidad.

Si la medida se considera teleológicamente idónea, se inicia la cuarta tarea. En este caso se trata de una evaluación de idoneidad técnica, en virtud de la cual se determina la coherencia entre medios y fines. En particular se debe analizar si la finalidad se puede alcanzar a través de la medida identificada. Si la medida identificada no es apta para favorecer el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses establecidos por el legislador constitucionalmente autorizado, entonces es técnicamente inidónea.¹¹⁰

Y, como adicionalmente su imposición afecta el disfrute de un derecho fundamental, deberá ser declarada inconstitucional.¹¹¹ En caso contrario, habrá superado el examen realizado a la luz de la regla de idoneidad y deberá continuar su análisis bajo las demás reglas. Conviene reiterar que el

¹¹⁰Sapag, El principio de proporcionalidad y de razonabilidad, 189.

¹¹¹Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 114.

tribunal que evalúa la idoneidad instrumental de la medida no requiere confirmar que se trata de la medida más eficaz, sino que basta que advierta que la medida permite promover el objetivo perseguido.¹¹²

2.2.4.2 Regla de la Necesidad

La regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación, lo que aquí se denominará necesidad teleológica. En segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales, lo que aquí se denominará necesidad técnica. Si la medida es la única idónea se habrá superado el estándar establecido por esta segunda regla, y lo mismo ocurrirá si es la que menos afecta los derechos fundamentales¹¹³.

De acuerdo con lo recién explicado, la medida sometida a control es teleológicamente necesaria si es la única idónea. Esto significa que no existen alternativas al menos igualmente eficaces para favorecer los fines perseguidos con su imposición.¹¹⁴ Para arribar a una tal conclusión es necesario preguntarse si existen medios alternativos que revistan igual

¹¹² Sánchez, El principio de proporcionalidad, 44.

¹¹³ Bernal, "El principio de proporcionalidad", 737 y 738. Al efecto expresa que la regla de necesidad implica la comparación entre la medida evaluada y otros medios alternativos. "En esta comparación, añade el autor, se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida [evaluada para] (...) alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor".

¹¹⁴ Markus González Beilfuss, Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 18, afirma que la necesidad de la medida significa, en este primer nivel, la ausencia de alternativas para la consecución, con igual eficacia, de la medida perseguida.

idoneidad y responder a este problema de manera negativa.¹¹⁵ De este modo, y como se puede advertir, la evaluación de necesidad teleológica de la medida tiene carácter comparativo.

Lo que aquí se compara es el grado de idoneidad de la medida sometida a control y medidas alternativas,¹¹⁶ pues estas últimas deben presentar al menos la misma capacidad que la primera para promover el fin buscado.¹¹⁷

Por otra parte, la medida sometida a control es técnicamente necesaria si es la que importa una menor injerencia en el disfrute de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, debe tratarse de la más suave o moderada de entre las que permiten alcanzar la finalidad pretendida.¹¹⁸

Para llegar a una tal conclusión es necesario preguntarse si la medida controlada es la que menos afecta derechos fundamentales y responder a este problema de manera positiva.¹¹⁹ Adviértase que este nivel de análisis tiende a optimizar el disfrute de los derechos fundamentales, pues rechaza aquellas medidas que pueden ser reemplazadas por otras igualmente eficaces, pero menos lesivas.

¹¹⁵ Bernal, "El principio de proporcionalidad", 737 y 738, cuando explica que en este primer nivel se examina si alguno de los medios alternativos reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida evaluada para alcanzar el objetivo inmediato de esta última.

¹¹⁶ Ivonne Yenissey Rojas, *El principio de proporcionalidad de las penas* (México, Biblioteca Jurídica Virtual de las Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016), 8.

¹¹⁷ Sánchez, *El principio de proporcionalidad*, 45, explica que la comparación debe hacerse "entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado".

¹¹⁸ Isabel PerelloDomenech, *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, en Jueces para la democracia, 2º ed.*, (España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 70, sostiene que la medida sometida a control "debe ser la más moderada entre todos los medios útiles", esto es, "no hay otra más suave o moderada".

¹¹⁹ Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional* (Argentina, Eudeba, 2009), 101. Formula esta misma pregunta en los siguientes términos: "¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación?" Y añade: "La respuesta a este segundo interrogante presupone una comparación entre medios. Esta comparación constituye el núcleo del examen del medio alternativo menos gravoso".

En consecuencia, la evaluación de necesidad técnica también tiene carácter comparativo entre la medida sometida a control y medios igualmente idóneos,¹²⁰ pero ahora respecto del grado en que afectan derechos fundamentales.¹²¹

2.2.4.2.1 Procedimiento para su aplicación

No es lógicamente posible aplicar la regla de necesidad sin haber realizado, previamente, las mismas operaciones exigidas por la regla de adecuación. Ello se debe a que la identificación de la medida y de su finalidad, así como la evaluación de idoneidad teleológica y técnica de la medida sometida a control son condición de posibilidad de la aplicación de la regla de necesidad. Sobre tales identificaciones y evaluaciones, la aplicación de la medida bajo la regla de necesidad exige cumplir cuatro exámenes en forma sucesiva.

El primer examen, consiste en esclarecer si existen otros medios idóneos para favorecer la finalidad perseguida con la medida limitativa de derechos fundamentales. Este es un verdadero juicio de idoneidad teleológica respecto de cada uno de los medios alternativos identificados. Si no existen otros medios, se trata de una medida necesaria, pues no existe otra que pueda reemplazarla. En consecuencia, con esta verificación ha cesado la evaluación a la luz de la regla de necesidad y deberá continuar su análisis

¹²⁰Rojas, El principio de proporcionalidad de las penas, 8, expresa esta idea respecto de la regla de necesidad en general, cuando afirma que "es un principio que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas, mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión en la esfera de derechos y libertades del individuo". Sin embargo, esta optimización sólo puede predicarse del juicio de necesidad técnica.

¹²¹Prieto, El juicio de ponderación constitucional, 135: "Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna".

bajo la regla de ponderación.¹²² Si, por el contrario, existen medidas alternativas que permiten fomentar el fin pretendido, se debe continuar el análisis con el segundo examen.

En virtud de él se debe determinar si los medios alternativos idóneos son al menos igualmente eficaces que la medida sometida a control para promover la finalidad perseguida. Se trata de un juicio de comparación entre la oportunidad e intensidad con que permiten alcanzar la finalidad tanto la medida sometida a control como los medios alternativos que se han considerado idóneos. Pues bien, si los medios alternativos permiten alcanzar la finalidad, pero en forma tardía o en menor grado que la medida evaluada, esta última es necesaria porque no hay otra que pueda reemplazarla con igual eficacia.¹²³ En otras palabras, la medida enjuiciada es teleológicamente necesaria. Con esta constatación ha cesado la evaluación a la luz de la regla de necesidad y deberá continuar su análisis bajo la regla de ponderación. Si, por el contrario, uno o más de los medios alternativos es tanto o más adecuado para lograr la finalidad perseguida con la medida, entonces la medida sometida a control no es teleológicamente necesaria. En consecuencia, se debe proceder a realizar el tercer examen.

El tercer examen, consiste en identificar la intensidad en que limitan los derechos fundamentales tanto la medida sometida a control, como las demás que se consideran al menos igualmente eficaces. En este caso se mide por separado el grado de afectación de derechos fundamentales que genera

¹²² Sánchez, El principio de proporcionalidad, 45. Sostiene que uno de los casos en que la medida sometida a control cumple con la regla de necesidad consiste en que aquella es indispensable porque "no existen opciones para satisfacer el fin perseguido".

¹²³ Clérico, El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional, 104. "Cuando el medio alternativo no fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces el medio establecido queda como necesario (es decir, como el menos gravoso). Cuando el medio alternativo no fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces el medio establecido queda como necesario (es decir, como el menos gravoso)".

cada una de las alternativas. Como se puede advertir, este paso no permite tomar decisiones respecto de la medida evaluada, sino sólo preparar el siguiente examen en la aplicación de la regla de necesidad.

En virtud del cuarto examen, se deben comparar los grados de afectación de derechos fundamentales que generan las diversas medidas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad perseguida. Si la medida sometida a control es la menos lesiva, entonces es necesaria, pues no existe otra más favorable que pueda reemplazarla.¹²⁴ Dicho con mayor precisión, es técnicamente necesaria. En este punto concluye la evaluación de la medida sometida a control a la luz de la regla de necesidad y deberá continuar su análisis bajo la regla de ponderación. Si, por el contrario, alguno de los medios alternativos implica menor limitación a los derechos fundamentales que la medida evaluada, entonces esta última es innecesaria.¹²⁵ Ello se debe a que se puede lograr la misma finalidad constitucionalmente legítima con un menor costo para tales derechos. Y, como consecuencia, es una medida inconstitucional.¹²⁶

2.2.4.3 Regla de la Ponderación

La regla de ponderación enjuicia la constitucionalidad de la medida sometida a control, mediante una decisión respecto de los intereses constitucionales que colisionan en el caso debe preceder al otro. Decidir que la medida es

¹²⁴Clérico, El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional, 114. "Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los principios ius-fundamentales u otros constitucionales que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva".

¹²⁵Ibíd.

¹²⁶Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 113-114, explica esta conclusión bajo lo que denomina "la constelación más simple de un examen de necesidad". Y añade: "La constelación más simple está caracterizada porque en ella están en juego sólo dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ciudadano)".

constitucional significa preferir los derechos fundamentales o los bienes constitucionales favorecidos por la medida. Decidir que la medida es inconstitucional, por el contrario, implica preferir los derechos fundamentales afectados por la misma.¹²⁷

El problema se solucionaría fácilmente si existiera una precedencia absoluta entre los derechos fundamentales o entre estos y los bienes constitucionales. Sin embargo, no existe tal precedencia, es decir, derechos fundamentales o bienes constitucionales que tengan preeminencia bajo cualquier circunstancia respecto de otros derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales.¹²⁸Y ello porque no existen derechos absolutos, ni bienes constitucionales absolutos.

Lo anterior significa que la colisión entre los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por la medida evaluada debe ser resuelta bajo un criterio distinto de la precedencia absoluta. Siguiendo a Alexy, ese criterio es el de la precedencia condicionada. La relación de precedencia condicionada "consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente".

¹²⁷Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 45.

¹²⁸Ibíd.,106, justifica el rechazo a la existencia de derechos fundamentales o bienes constitucionales absolutos del siguiente modo: "Es fácil argumentar en contra de la validez de principios absolutos en un ordenamiento jurídico que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, hasta donde llegue el principio absoluto, no pueden haber derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos de todos los individuos fundamentados por el principio tienen que ceder frente al derecho de cada individuo fundamentado por el principio, lo que es contradictorio.

Para aplicar el criterio de la precedencia condicionada es necesario realizar una ponderación.¹²⁹ Realizar una ponderación significa evaluar, a partir de las circunstancias del caso concreto, el peso de cada uno de los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por la medida. Al efecto es necesario determinar el peso de cada uno de esos intereses constitucionales en el caso concreto, es decir, precisar qué se gana y qué se pierde con la aplicación de la medida sometida a control. Y ello con la finalidad de comparar aquello que se obtiene desde el punto de vista de los derechos fundamentales o de los bienes constitucionales favorecidos con la medida sometida a control y aquello que se sacrifica desde el punto de vista de los derechos fundamentales perjudicados con la misma bajo las condiciones del caso a resolver.¹³⁰ Al efecto es necesario tener presente que "cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna".¹³¹

El objetivo de la ponderación es determinar si los beneficios que reporta la medida son mayores o menores que los perjuicios que genera sobre los intereses constitucionales involucrados en la colisión. En ese entendido, se puede afirmar que la medida sometida a evaluación es constitucional cuando el beneficio que aquella reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger o promover es superior al costo que la misma significa para el derecho fundamental afectado. Si, por el contrario, "el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse

¹²⁹Sapag, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad", 187, expresa que en la regla de ponderación, "de acuerdo con una concepción bastante extendida, se trata de una ponderación entre los principios en juego".

¹³⁰ Sánchez, El principio de proporcionalidad, 48-49, cuando, de modo algo impreciso, afirma que la regla de proporcionalidad supone una ponderación, es decir, "una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente".

¹³¹Prieto, El juicio de ponderación constitucional, 136.

inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad".

Ahora bien, la forma de determinar qué gana y qué pierde cada uno de los derechos fundamentales o bienes constitucionales involucrados en el caso es la argumentación jurídica. Dicho de otro modo, las razones que se aduzcan a favor o en contra de la prevalencia de unos u otros intereses determinarán cuánto ganan y cuánto pierden bajo las circunstancias dadas. En consecuencia, uno de los intereses constitucionales tiene mayor peso que el otro en el caso concreto si existen buenas razones para que ese interés preceda al otro bajo las condiciones del caso concreto.¹³²

En síntesis, la regla de ponderación evalúa la constitucionalidad de la medida sometida a control mediante una ponderación que permita determinar qué interés constitucional debe ser preferido y cuál debe ceder, a partir de las condiciones del caso concreto (criterio de la precedencia condicionada).¹³³

Esto muestra que, mientras las reglas de idoneidad y necesidad enjuician directamente la medida sometida a control, la regla de ponderación la enjuicia de modo indirecto. En efecto, los dos primeros evalúan la eficacia y eficiencia de la medida, mientras que el último pondera los derechos fundamentales e intereses constitucionales que colisionan en el caso como consecuencia de la aplicación de la medida sometida a control.¹³⁴

¹³²Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 93, explica que para determinar cuál de los intereses constitucionales debe ser preferido y cuál debe ceder en el caso de la medida evaluada, es necesario atender a las razones que se ofrezcan a favor de uno y de otro, bajo las específicas condiciones del caso concreto.

¹³³Sánchez, El principio de proporcionalidad, 49-50, es que puede dar lugar a la subjetividad del juzgador.

¹³⁴Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 760 y 761. "Los objetos normativos que se ponderan son, el derecho fundamental afectado y, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta".

2.2.4.3.1 Procedimiento para su aplicación

Las operaciones exigidas para la aplicación de la regla de ponderación son cuatro.

La primera, consiste en determinar el peso de los derechos fundamentales y los bienes constitucionales favorecidos con la medida sometida a control en el caso concreto.¹³⁵ El peso de estos intereses constitucionales se determina atendiendo a la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con la que se protegerán o promoverán esos mismos intereses, de acuerdo con las condiciones dadas en el caso. Estos serán aquí denominados criterios del peso.

En segundo lugar, se debe determinar el peso del derecho fundamental afectado por la medida sometida a control en el caso concreto. Para determinar el peso de este derecho fundamental es necesario atender a los aquí denominados criterios del peso, esto es, la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con que se intervendrá el mismo, de acuerdo con las condiciones dadas en el caso.

La centralidad de los criterios del peso exige explicar, del modo más conciso posible, en qué consiste cada uno de ellos.¹³⁶ El criterio de la probabilidad alude a la certidumbre de los efectos sobre los derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales involucrados en la colisión, es decir, si se

¹³⁵Alexy explica que uno de los pasos de la ponderación consiste en determinar "la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario" a aquél que se está restringiendo. Alexy, R., La fórmula del peso (traducción castellana de Carlos Bernal Pulido), en Robert Alexy, y otros, *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (Chile, Librotécnia, enero de 2010), 20.

¹³⁶Alexy, *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, 20.

trata de una posibilidad poco probable, de una posibilidad muy probable o de una consecuencia cierta.¹³⁷

El criterio de la eficacia se refiere al grado en que se favorecerá el interés constitucional protegido o promovido o en que se perjudicará el derecho fundamental afectado. El criterio de la rapidez dice relación con la prontitud con que se favorecerá o perjudicará el interés constitucional en colisión, es decir, si ocurrirá de inmediato, en breve plazo o en el largo plazo.

El criterio del alcance alude al haz de facultades o posibilidades incluidas en los derechos fundamentales o en los bienes constitucionales involucrados en la colisión que resultan favorecidos o perjudicados. Por último, el criterio de la duración atiende a la cantidad de tiempo durante el cual se verá perjudicado o favorecido el interés constitucional de que se trate. Por cierto no siempre será posible aplicar todos estos criterios, pues ello depende de las condiciones del caso concreto.¹³⁸

En tercer lugar, la aplicación de la regla de ponderación consiste en determinar cuál de los intereses constitucionales en colisión presenta un mayor peso, a partir de las condiciones del caso concreto. Para estos efectos es necesario transformar la evaluación del peso de cada uno de esos intereses en razones para la decisión. Esto permitirá determinar si existen razones suficientes para que los derechos fundamentales afectados cedan a favor de los derechos fundamentales e intereses constitucionales favorecidos, o si estos últimos deben ceder a favor de los primeros.

¹³⁷Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 257.

¹³⁸Ibid., 175.

Por último, se debe explicitar la relación de precedencia condicionada entre los intereses constitucionales en colisión, bajo las condiciones del caso concreto. En otras palabras, se debe indicar qué interés debe prevalecer y, en consecuencia, cuál debe ceder. Esto se traduce en formular una regla en la que se indiquen las condiciones del caso concreto que conducen a preferir los derechos fundamentales o bienes constitucionales favorecidos por la medida por sobre el derecho fundamental afectado, o que conducen al resultado contrario.¹³⁹

Ahora bien, la aplicación de la regla de ponderación no es lógicamente posible si no se han realizado, previamente, las tareas exigidas por la regla de adecuación. Ello se debe a que si no se identifican la medida y su finalidad, así como la idoneidad teleológica e instrumental de la medida sometida a control, no es posible saber si la medida efectivamente favorece el disfrute de algún derecho fundamental o de algún bien jurídico constitucional. Y sólo si se ha verificado que la medida favorece alguno de estos intereses constitucionales, resulta posible determinar si lo que ellos ganan es más de lo que pierde el derecho fundamental afectado por la aplicación de aquella medida.

Por otra parte, no es metodológicamente conveniente aplicar la regla de ponderación si previamente no se ha evaluado si la medida supera la regla de necesidad. Esto se debe a que, si no supera el juicio de necesidad, significa que puede ser reemplazada por otra medida que permite alcanzar el mismo beneficio para los derechos fundamentales o para los bienes constitucionales favorecidos, con un menor costo (o sin costo) para los

¹³⁹Clérico, El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional, 180: "El resultado de una ponderación entre principios debe poder ser reformulado como una regla: cuando la condición C se cumple, entonces vale la consecuencia jurídica del principio que logró primacía".

derechos fundamentales afectados. Y si puede ser reemplazada por una opción de menor costo o sin costo para los derechos fundamentales, significa que no es indispensable. De este modo, se hace evidente la inconveniencia de evaluar la constitucionalidad de una medida que no es indispensable.

2.2.5 Proporcionalidad, conflictos o colisiones de derechos y ponderación

Se habla de los conflictos o colisión entre derechos fundamentales, según la doctrina dice que son posibles, sin embargo, no se puede referir a ellos como colisión entre los derechos sino más bien en los límites establecidos constitucionalmente a cada derecho fundamental. Es decir, que los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses.

Pero ¿Cómo se solucionan estos conflictos? Según Ignacio Villaverde Menéndez “las técnicas de resolución de estos conflictos (ponderación, concordancia práctica, razonabilidad, cláusula de comunidad, proporcionalidad) pueden reconducirse fácilmente a dos.¹⁴⁰

Primero, la ponderación de bienes, que consiste en que tales conflictos existen y que el aludido solapamiento de expectativas de conducta sólo puede resolverse sopesando unas y otras, indagando que valor o interés último persiguen y dando valor preferente en el caso concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante.

Segundo, la delimitación de los derechos, antes al contrario, mantiene en rigor no hay conflicto entre derechos, sino con sus límites, en el sentido de

¹⁴⁰Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 46.

que en el caso concreto debe confrontarse cada derecho fundamental en presencia con sus límites constitucionales y solventar así su supuesta colisión. Para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección.”

A pesar que a través de los años se han aplicado ambas técnicas para solución de los conflictos de los derechos fundamentales, cabe decir que existen desventajas de dichas técnicas, como por ejemplo, con la técnica de la ponderación de bienes estriba en que resuelve los conflictos entre derechos no a partir de los límites de la Constitución impone a los derechos fundamentales, sino de los datos del caso concreto que son los que determinan cuál de los derechos, bienes o intereses en conflicto debe prevalecer, a consecuencia de que la conducta protegida por el derecho fundamental ya no depende del examen de sus límites, sino de la circunstancia del caso concreto que a juicio del llamado a resolver el conflicto provoca que prevalezca uno de los términos en conflicto en conflicto al margen de sus límites.¹⁴¹

Por lo que, el conflicto para la ponderación de bienes se produce entre los valores o intereses que según quien pondera se encarnan en aquellos derechos, y se afirma que el conflicto se resuelve decidiendo en cada caso cuál de esos valores o interese debe prevalecer, en fin, jerarquizando los valores o intereses en presencia. Otra desventaja, consiste en que la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, y los conflictos se solventarán postergando la aplicación de

¹⁴¹ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 46.

uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen. Ya no se aplican ambos derechos fundamentales al caso, sino que se acuerda suspender la vigencia de uno de los derechos en ese caso concreto para aplicar en plenitud el elegido en la ponderación.

Esta acción es criticada, primero, porque relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales, segundo, porque se jerarquizan los derechos y tercero, porque plantea los conflictos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos encarnados en aquellos derechos fundamentales o no, bienes e intereses constitucionales e infra constitucionales, cuando ni se ha originado una colisión propiamente dicha.¹⁴²

2.2.6 La importancia del principio de proporcionalidad

La importancia del principio de proporcionalidad radica en el papel que desempeña éste en la manera en la que cumple con su función de poder regular la actividad del Estado con respecto a la limitación de los derechos fundamentales en un proceso judicial.

El establecimiento de una técnica que permita al juez definir en un caso concreto cual es la alternativa menos gravosa en un fallo judicial es bastante polémica. No solo por la dificultad de precisar elementos objetivos de valoración, sino que también porque está en juego el concepto de función judicial y sistema democrático. En todo caso es posible precisar, que puede mantenerse la posibilidad de sostener que las medidas excesivamente gravosas pueden ser declaradas inconstitucionales, por violentar algún precepto de la norma fundamental, como trataremos de ver, sobre todo a partir de la idea de proporcionalidad.

¹⁴² Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 49.

Generalmente, se considera como una técnica de análisis de cosas que puede o no ser incluidas dentro del test de razonabilidad y racionalidad (si se quieren ver como diferentes). En este caso lo que se encuentra no es con un supuesto donde exista una razón insuficiente para amparar un acto o una norma a partir de valores constitucionales, sino simplemente con una medida que resulta desproporcionada.

Los medios para la valoración de la alternativa menos gravosa que incorpora esta técnica sería: el de la idoneidad del medio y de su proporcionalidad. Pero como hemos visto ya la idoneidad se ha desarrollado.

2.2.7 Relación de las aplicaciones de las medidas con lo específico y lo necesario

La relación de la aplicación del Derecho en una medida cautelar debe radicar en que esta sea la más necesaria o específica para que haya un grado de afectación menor, tal como lo establece Bielsa¹⁴³ en que lo justo es el fundamento intrínseco del derecho; lo razonable es el módulo, la medida dosificación del ejercicio de un derecho frente a otro cuya extensión no aparece siempre definida. Así, el poder legislativo puede establecer impuestos, sanciones pecuniarias contra las transgresiones de las leyes impositivas, es decir, multas, etc.

Cada uno de los términos o elementos que la integran requiere un juicio o análisis distinto en su aplicación: el medio ha de ser adecuado con relación al fin; debe de ser el medio necesario, entendido como el más moderado, respeto de todos los medios igualmente eficaces, y proporcionando en la

¹⁴³Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 51.

ecuación coste-beneficio, y en el respeto del contenido de los derechos involucrados.

2.2.8 Fundamentos Intrínsecos y extrínsecos¹⁴⁴

Los primeros son relativos al sujeto actuante: la judicialidad; y a la forma de resolución: motivación.

2.2.8.1 La Judicialidad

Es referido a que para que la limitación de ciertos derechos fundamentales especialmente tutelados sea constitucionalmente legítima, es necesaria que en su adopción intervenga una autoridad judicial. La judicialidad reclama en algunos casos la intervención decisiva de un órgano jurisdiccional en la adopción de injerencias.

Dicha intervención se impone por mandato constitucional: Artículo 5 inciso 2: este artículo reconoce el derecho al domicilio sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale.

Art. 20: Este artículo consagra el derecho a la inviolabilidad de la morada. Este derecho lo tiene todo aquel que habite la morada, como propietario o por cualquier otro título: inquilino, arrendatario, poseedor, comodatario, etcétera. Estos, en determinados casos, pueden oponerse al ingreso del mismo propietario.

2.2.8.2 Motivación

Se alude con este requisito a la necesaria motivación de las medidas a adoptar especialmente de aquellas que puedan restringir derechos fundamentales, a ello también no hemos referido al inicio de trabajo.

¹⁴⁴Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal, 55-57.

El deber de motivación, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en las cosas de acciones limitadas de los derechos fundamentales (como el establecer una medida cautelar), no se encuentra solo fundamento constitucional en la obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales, sino que no se satisface con cualquier forma de motivación.¹⁴⁵

“La exigencia de motivación es aquí ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida.”

Por esta razón y a fin de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación, ocasionada por el solo, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo, todo ello sin perjuicio de que le produzca o no, además la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (es decir, nuestro derecho de audiencia plasmada en el artículo 11 Cn.).¹⁴⁶

Por su parte los requisitos intrínsecos serían: la idoneidad, la necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.¹⁴⁷ En realidad estos requisitos son los que hemos desarrollado en el apartado referente a los

¹⁴⁵Sala Primera, *Sentencia de Amparo, Referencia: 9204/2006 179 21-11-2011* (España, Tribunal Constitucional, 2011).

¹⁴⁶Sala Primera, *Sentencia de Amparo, Referencia: 1996,128/1995* (España, Tribunal Constitucional, 2011).

¹⁴⁷ Consejo Nacional de la Judicatura, *Debido Proceso sustantivo*, 55

juicios para acercarse a la idea de lo razonable. Por lo que sus contenidos son los que han sido desarrollados anteriormente.

2.3 Principio de razonabilidad

El punto de partida del razonamiento lo constituye la definición de principios: que esos se comprenden como mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Del carácter de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas se sigue la máxima de razonabilidad en sentido estricto. En efecto, "si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación" es decir, un juicio de proporcionalidad *stricto sensu*.

Para poder explicarlo de una mejor manera se puede tomar en cuenta que existe, al menos, una perspectiva sistemática, consistente en examinar porqué aquí y ahora, en un sistema jurídico concreto, se exige que las leyes y su interpretación sean razonables.¹⁴⁸ Lo que indica que este principio es tomado en cuenta para múltiples criterios en los cuales la razón en sentido estricto no puede faltar, ya que al no estar presente esta se rompe una barrera que ha sido creada para proteger a los derechos fundamentales. Es en este punto que tanto el principio de razonabilidad como el de proporcionalidad están íntimamente ligados pues no puede subsistir uno sin la aplicación del otro. Con funciones diferentes, pero sin duda alguna complementarias.

¹⁴⁸ Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2º ed. (Argentina, Abaco de Rodolfo Depalma, 2009), 130.

Se debe tomar en cuenta un criterio importante según Juan Cianciardo en cuanto se mezcla la razonabilidad con la valoración, ya que esta es muy común vincularlas. Él aclara que existen tres líneas de razonamiento que se enfoca en una idea de la aplicación a valorativa de razonabilidad; la primera es decisiva, puesto que afecta a la coherencia interna del intento; la segunda, se refiere a la admisibilidad de sus consecuencias y la última, a su fidelidad como descripción de la realidad jurídica.¹⁴⁹

Se hace énfasis en la admisibilidad de sus consecuencias, puesto que, si la proporcionalidad se aplica al margen de garantía del contenido esencial, el intento mencionado pone en riesgo la razón de ser del principio: asegurar que los derechos fundamentales son vallas infranqueables. En efecto, pretender que una medida es proporcionada sólo porque produce más beneficios que perjuicios para la generalidad de las personas no excluye de entre los perjuicios admisibles la violación de un derecho fundamental. Con ello pierden sentido los propios derechos fundamentales.¹⁵⁰

Es por ello que el principio de razonabilidad no debe de faltar, más que todo en ese derecho que aunque sea de la minoría su afectación mínima debe de ser razonable, valorada, pero no de una manera subjetiva o arbitraria, sino siempre apegada a la legislación de manera legítima y con los medios idóneos en tanto al momento de dictarse la decisión por parte del juzgador, y en el instante en que ya materialmente se aplica ya esa decisión, en este caso la medida cautelar debe ser tanto proporcional como razonable en ambos momentos, para mantener la barrera que protege los derechos fundamentales en la mayor manera posible.

¹⁴⁹Cianciardo, El principio de razonabilidad del debido proceso, 130.

¹⁵⁰Ibíd.

La aplicación de la máxima de razonabilidad no puede hacerse desde una posición empirista ni comprenderse desde una epistemología empirista, la proporcionalidad constantemente requiere valoraciones, lo cual se constata en cada una de las partes en que está desglosada: tanto en el juicio de la idoneidad de la medida para alcanzar un fin (principio de adecuación), como en el dirigido a determinar su grado de eficacia o el de restringibilidad (principio de necesidad), y, más aún, en el que tiene por objeto determinar si la restricción se encuentra o no justificada (principio de razonabilidad en sentido estricto). Todos estos sub-principios, aunque en distinta medida, exigen valoraciones que no pueden llevarse a cabo si se reduce el conocimiento posible a lo verificable empíricamente.¹⁵¹

2.3.1 Finalidad

El análisis de finalidad,¹⁵² requiere examinar si el fin y objetivo que persigue la norma es lícito y constitucional. Obviamente, si la razonabilidad es una exigencia del derecho y también de su función y sus fines, entonces ha de ser menester realizar en primer lugar, un examen teleológico.

Nótese que este juicio posee relevancia por cuanto el control de razonabilidad se trata de la comparación y relación entre medios y fines, por lo que parece lógico que estos últimos mentados deban ser puntualmente analizados y no solamente propuestos. La mayoría de tratadistas, sin embargo, señalan que al analizar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se debe suponer que existe una finalidad constitucional.

¹⁵¹ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 68.

¹⁵² Mauricio Maldonado Muñoz. *El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas*, Vol.3 (Ecuador, Ius-Humani, 2012), 159.

Esto, empero, aparece como un contrasentido. Puesto que no se puede partir de la idea de que debemos compara medios y fines y no comenzar por determinar cuáles son estos.

2.3.2Adecuación

El análisis de adecuación se refiere a la eficacia.¹⁵³ En otras palabras, conforme al sub-principio de adecuación la regulación debe lograr el fin que busca aquí importa la existencia de una relación clara de medio a fin de que permita entrever que el medio escogido satisface la exigencia del fin previsto, en cuanto dicho medio debe poder alcanzar el cometido de la norma. En este terreno aun no estamos en los aspectos propiamente relativos a la justicia del medio, sino solo a los atinentes a la posibilidad fáctica de que dicho medio puede realizar el que hemos establecido como fin.

En lo jurídico, demostrar esta situación resulta de un análisis que en parte es intuitivo y que en otro aspecto, se sigue de un fenómeno psicológico que tiene incidencia en el ámbito de aplicación del derecho. En cuanto a lo que se intuye, debe suponerse que una sanción se justifica ante cierta conducta dañosa. Lo mismo, la sola prescripción de la sanción opera para que ella pueda evitarse mediante la amenazada de punición.¹⁵⁴

En cuanto al análisis en específico, las condiciones de adecuación deben determinar un nexo causal (o sea el establecimiento de las condiciones que producen de las causas a los efectos una relación intrínseca). La aptitud de causa cierto efecto es la razón por la que un medio es antecedente de un fin

¹⁵³ Maldonado, El principio de razonabilidad, 160-162.

¹⁵⁴ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 70.

o una consecuencia. Esta es la idoneidad que el análisis de adecuación pretende examinar.¹⁵⁵

Esta relación de adecuación o idoneidad de los medios con los fines a una condición abstracta y general, aunque entendemos que también pueden hacerse referencias a situaciones concretas de aplicación de las norma. En ese sentido, la eficacia puede ser vista (a partir de un acercamiento que podríamos considerar sociológico) también desde cierto enfoque que analiza la eficacia fáctica de una regulación (o sea la medida en que ella se aplica en la realidad).

2.3.3 Necesidad

El análisis de necesidad,¹⁵⁶ supone verificar si el medio para lograr el fin que se ha escogido además de poseer eficacia es eficiente o, más bien, si aquel no constituye un medio restrictivo de entre todos los mecanismos igualmente eficaces, idóneos o adecuados. En cuanto a la necesidad de las sanciones, de acuerdo al sub-principio homónimo, los medios elegidos deben satisfacer un estándar en el cual tienen que resultar menesterosos, no meramente convenientes o eficientes desde el utilitarismo. La eficiencia de la que hablamos es jurídica, es decir la que aparece de entre todas las opciones como aquella no limitativa de derechos, teniendo en cuenta, previamente, a vista del análisis de adecuación, que el medio elegido sea igualmente eficaz.

2.3.4 Definición

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un

¹⁵⁵ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 73.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 163.

concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado como racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción.¹⁵⁷ Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional.¹⁵⁸

Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías de razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones mediante las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser consideradas racionales.

Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer. No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.

2.3.4.1 Exigencia de la Razonabilidad en la Ponderación

Ambos sentidos de la racionalidad son relevantes en las críticas a la ponderación. La objeción concerniente a la falta de precisión conceptual se opone al uso de la ponderación con el argumento de que ésta no es clara ni

¹⁵⁷OtaWeinberger, *AlternativeHandlugstheorie*, Böhlau, Vienna et alt., trad. y ed. de Carlos Bernal Pulido (Alemania: 1996), 67.

¹⁵⁸ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 73.

tiene una estructura precisa. Si se quiere superar esta objeción, es necesario proponer un modelo que dote a la ponderación de un concepto claro y una estructura precisa. Por otra parte, la racionalidad práctica es relevante desde la perspectiva de las tres objeciones antes expuestas.

Las objeciones de falta de precisión conceptual,¹⁵⁹ inconmensurabilidad e imposibilidad de prever los resultados de la ponderación mantienen que el acto mismo de ponderar es irracional en sentido práctico. Si se quiere superar estas objeciones, debe ofrecerse un modelo de ponderación que ostente una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho. Con fundamento en estas premisas debe preguntarse si existe un modelo de ponderación que pueda satisfacer estas exigencias teóricas y prácticas de racionalidad.

2.3.5 Aplicación del principio de razonabilidad

Para que la razonabilidad sea empleada de una manera adecuada debe existir un control, pero este control tiene que estar previamente establecido, es así que Ricardo Hara,¹⁶⁰ considera que el control de la razonabilidad puede darse en dos dimensiones o modos de ser que tienen sus peculiaridades distintivas, las cuales son:

2.3.5.1 Razonabilidad cuantitativa

Se refiere y protege la integridad de los derechos tomados en sí mismos, en su aspecto esencial y en sus lineamientos básicos, para sustraerlos de su

¹⁵⁹ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 78

¹⁶⁰ Segundo V Linares Quintana, *Tratado de Interpretación Constitucional* (Argentina, Abeledo Perrot, S.A., 1998), 576.

aniquilamiento. En este caso, el juez analiza y pondera fundamentalmente el contenido axiológico de un derecho que es atacado por una norma o bien llevada a una necesaria ponderación con otro derecho, principio o valor constitucional. Este tipo de razonabilidad, la ponderación o balance es entre el derecho y la restricción a que es sometido, independientemente del objeto de la restricción, a fin de conocer el *quantum* constitucional de la restricción, a si esta, ha llegado a extremos tales que ha alterado o no el derecho.¹⁶¹

2.3.5.2 La razonabilidad cualitativa

Es una garantía implícita en el análisis de razonabilidad, que desarrolla un principio rector en el constitucionalismo, como lo es el de igualdad ante la ley, a antecedentes iguales, se imputan, como debiendo ser, consecuentes iguales, sin excepciones arbitrarias. El proceso axiológico de ponderación en este supuesto está referido a la razonabilidad que debe de existir entre varios supuestos facticos iguales o diferentes y la norma jurídica, todo ello dirigido a evitar que los desiguales no sean contemplados por la ley, y por lo tanto, su aplicación no comparte o privilegia infundada a hacia alguna de las partes.¹⁶²

2.3.6 La importancia del principio de razonabilidad

Hay la razonabilidad es un estándar valorativo que permite escoger una alternativa, entre varios, más o menos restrictivos de derechos o principios constitucionalmente reconocidos, valiéndose de ciertos criterios que han tratado de ser objetivados. Así, la razonabilidad en sentido amplio, conlleva una serie de elementos a la hora de su aplicación al caso concreto que pueden ser expuestos a continuación: idoneidad frente al caso concreto, indispensable para el análisis de la situación y proporcionado en sus efectos.

¹⁶¹ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 79.

¹⁶² Ibid., 145.

2.3.7 Los límites de razonabilidad de la ponderación

Evidentemente es difícil precisar lo que puede determinarse como razonable frente a lo no razonable. Y diferenciar además este término o concepto con el de racionalidad o racional. Se podría decir, que la diferencia que separa lo razonable de lo que es no lo es, es una cuestión de grado y de apreciación subjetiva.

Quizá en este aspecto merezca retomar a Linares Quintana para quien “toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable”, siendo esto lo opuesto a lo arbitrario, es decir, conforme a la razón, a lo justo, lo moderado, lo prudente, etc., con arreglo a lo que dicte el sentido común.

No se trata aquí de lo que ha sido denominado como “razón de Estado”.¹⁶³ Es decir, aquella que posibilitaría el uso de la fuerza en situaciones extraordinarias sino más bien un criterio o principio que es utilizado en casos en los cuales existe un grave conflicto de derechos, principios o valores. Ciertamente, se recurre a este criterio con la finalidad de encontrar una respuesta superada, en dichos momentos. Tiene como finalidad este principio, según es comúnmente entendido por la doctrina el preservar el valor justicia, tanto en un sentido de justicia material, como en sentido formal, es decir, el incorporado en la Constitución; siendo entonces que la razonabilidad es posible controlarla judicialmente como contenido en todos los actos y funciones del poder, leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencia, etc.

Cuando un tribunal o un juez, actúa como un juez de la Constitución por consiguiente puede analizar la razonabilidad de normas y actas, o sea la

¹⁶³Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 80.

verificación entre otros, de la proporción entre el fin y el medio. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y mediante el control de razonabilidad el Órgano Judicial penetra necesariamente muchas veces en la ponderación de los criterios y medios de que se valen los órganos del poder al ejercerse sus competencias.

Las leyes emplean la palabra razonable, si bien, como se comprende, su determinación concreta no resulta de la simple disposición legislativa, sino de una dosificación que se realiza de acuerdo con los principios de justicia.

Razonable,¹⁶⁴ es adjetivo que significa arreglado, justo, conforme a la razón (Quintiliano). En el Digesto (cuerpos de reglas del derecho romano) razonable significa conforme a la razón. Y es la razón (ratio), que tiene acepciones diversos (causa o motivo de ser), lo que diferencia al hombre de los brutos. También la razón es expresión de prudencia, de sentido común (*rationesfacere*, dice Cicerón), Lalande, sobre el vocablo *raisonnable* dice: razonable es el que posee la razón, definida en diversos; y más propiamente para nuestro objeto, que piensa y obra de una manera que no puede censurar; que evidencia un juicio sano y normal (lo contrario es pues irrazonable).

El vocablo, en este sentido, implica, sobre todo, conformidad con los principios de sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados; una idea de moderación y de justa medida.)

Más adelante insiste Bielsa en que “lo justo es el fundamento intrínseco del derecho; lo razonable es el módulo, la medida dosificación del ejercicio de un

¹⁶⁴ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 82.

derecho frente a otro cuya extensión no aparece siempre definida. Así, el poder legislativo puede establecer impuestos, sanciones pecuniarias contra las transgresiones de las leyes impositivas, es decir, multas, etc.

2.3.8 Relación de las aplicaciones de las medidas con lo específico y lo necesario

El principio de racionalidad implica que las decisiones que toma el juzgador respecto a las MC en un proceso mercantil responderán de manera, necesaria, ya que esta debe ser acorde a las circunstancias alegadas en el proceso, no sería racional decretar MC extensivas que se desembocan en ámbitos diferentes de los trazados en el proceso y que llegan a causar un daño incluso a los derechos fundamentales de terceras personas.

Asimismo, las MC por su misma naturaleza se acaban en un solo acto, no se puede aplicar una medida cautelar en repetitivas veces.¹⁶⁵ Es en ese aspecto que se enfoca la razonabilidad en cuanto a lo específico ya que no tendría caso que el juez decrete la medida cautelar, y esta se ejecute muchas veces por la misma pronunciación, no puede reintegrarse una vez llevada a cabo, eso implicaría un excedente en la aplicación de la MC con respecto a los derechos fundamentales.

2.3.9 Fundamentos Intrínsecos y extrínsecos

2.3.9.1 Fundamento intrínseco

Se da razonabilidad técnica social, cuando los motivos sociales determinantes (de acuerdo a las circunstancias del caso) hacen que el legislador tome medidas proporcionadas al fin social propuesto la razonabilidad técnica social es una simple relación de adecuación entre

¹⁶⁵Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 120.

motivos, medios y fines, pero no implica necesariamente la justicia de la medida, esto forma parte de la razonabilidad jurídica.¹⁶⁶

Proporcionalidad en la técnica de realización y en los motivos que origina su contenido. La ley debe seguir para su sanción el procedimiento legislativo.

2.3.9.2 Fundamento extrínseco

Se da en principios como razonabilidad jurídica el acto legislativo razonable interminante debe satisfacer el sentido común jurídico de la comunidad expresado en el pleno de los valores que lo integran, valores que son recibidos de acuerdo con las modalidades de cada pueblo por la Constitución del Estado.¹⁶⁷

Trata de asegurar que los fines o metas de la ley sean satisfactorios con el sentido jurídico o con el bienestar de la sociedad. Por ejemplo este principio se ve en el mandato expreso de las constituciones políticas que establecen que los derechos y garantías que reconoce la constitución no pueden alterarse por las leyes reglamentarias, ni aún en circunstancias excepcionales o de crisis o razones de orden público superior solo pueden ser mermados en forma prudente o razonable.

¹⁶⁶ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 80.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 81.

CAPÍTULO III LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MERCANTIL Y SU ALCANCE AL LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN SU APLICACIÓN

El propósito de este capítulo es analizar a las medidas cautelares ya dentro del proceso mercantil y su alcance al limitar derechos fundamentales en su aplicación, es abordado desde el ámbito general de las medidas cautelares, pero en el ámbito de aplicación precisamente en los Procesos Mercantiles, para encontrar la disputa que se presenta con respecto a los derechos fundamentales.

3.1 Medidas cautelares

3.1.1 Definición

Conforme a la doctrina procesal iberoamericana las medidas cautelares, consisten en un conjunto de actos procesales que necesariamente deben ser realizados para obtener la decisión de un caso concreto por parte del órgano jurisdiccional. Este conjunto de actos procesales se van desarrollando por etapas, en forma escalonada, hacia un fin determinado: la sentencia definitiva.¹⁶⁸

Varios son los autores que definen a esta institución; así tenemos para Quiroga Cubillos “es el acto de aseguramiento de actuaciones procesales específicas a los efectos secundarios del proceso principal”.¹⁶⁹ Finalmente, Eduardo Pallares las define como “las medidas que autoriza la ley para que

¹⁶⁸ Carlos Raúl Ponce. *Ejecución procesal forzada, Juicio ejecutivo, Medidas Cautelares, Tomo III*, (Argentina, Abaco, 1997), 231.

¹⁶⁹ Héctor Enrique Quiroga Cubillos, *Procesos y Medidas Cautelares, 2º ed.* (Colombia, Okey Impresores, 1991), 100.

el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo”.¹⁷⁰

Otra definición de medidas cautelares es la que dice que "son las resoluciones motivadas del órgano Jurisdiccional que pueden adoptarse contra presuntos responsables de la acción delictuosa, como consecuencia, por una parte, de la prueba de su calidad de imputado y, por otra parte, de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal.

Ellas limitan provisionalmente la libertad o la libre disposición de los bienes del imputado, con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia”.¹⁷¹

Según la jurisprudencia,¹⁷² dice que medida cautelar es considerada como la suspensión provisional de los efectos positivos de las disposiciones impugnadas. De acuerdo a nuestra perspectiva, consideramos a las Medidas Cautelares como acto de aseguramiento, de los derechos reales contemplados en el proceso mercantil.

3.1.2 Naturaleza

Al referirse a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe recalcar que la doctrina procesalista la trata desde las siguientes perspectivas:

¹⁷⁰Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 7° ed. (México, Editorial Porrúa, 1973),125.

¹⁷¹Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: Principios y Criterios relativos a refugiados y Derechos Humanos* (España, Universidad Iberoamericana, 1992), 217.

¹⁷²Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2015* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Como Acción Cautelar:¹⁷³ se sustenta en que las medidas cautelares son un derecho frente al Estado, por lo que se pide asegure la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento; así es como se fundamenta en la necesidad de emplear tiempo en la actuación de la justicia.

Como Proceso Cautelar:¹⁷⁴ debido a que es una actividad jurisdiccional, por tanto, responde a la necesidad de tratar de hablar de un proceso, con todos los elementos que llevan a considerarlo como tal. Dicho proceso tendrá por objeto la tutela cautelar o preventiva que sirve como mecanismo jurídico-procesal para garantizar la pretensión declarativa y la de ejecución”.

Como Acto de Aseguramiento:¹⁷⁵ se consideran similar al proceso cautelar, tal vez lo que la diferencia es su procedimiento; toda vez que las primeras tan solo son un acto de aseguramiento, y la segunda, realiza toda una actividad que constituye un proceso.

La Medida Cautelar se agota en su propio nacimiento, es decir, no se desarrolla en el tiempo su procedimiento, sino que cumple una función inmediata (cauciones) o una función un tanto mediata (efectos de la sentencia); pero que estos no constituyen el aseguramiento de la pretensión principal invocada. Su función de todas maneras será cautelar, porque está a la espera de un resultado, o trata de proteger contingencias que se le presentan al mismo proceso cautelar o al principal.

¹⁷³Levis Amparo, Abarca y Otros, *Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la ley procesal de familia* (Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 200), 35.

¹⁷⁴Concejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial: Las medidas Cautelares* (España, Mateu Cromo, S. A., 1994), 200.

¹⁷⁵Quiroga, *Procesos y Medidas Cautelares*, 105.

Se considera que las Medidas Cautelares son un Acto de Aseguramiento o Acto Procesal Precautorio, en tanto que es una de las actuaciones que puede realizar el juez a través de una solicitud peticionada por cualquiera de las partes y admitida con el objeto de asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva evitando daños graves o de difícil reparación a las partes y a sus intereses que persiguen con la acción ejercitada; por tanto el legislador basado en el principio de economía procesal, faculta al juzgador a pronunciarse sobre situaciones que podrían tener su propio procedimiento; también pretende asegurar resoluciones, que han de contener la sentencia y que no son la relativa a la pretensión principal. Entonces las medidas cautelares actúan como una anticipación de esos posibles efectos que produciría la sentencia.

3.1.3 Finalidad

La adopción de medidas cautelares en un proceso o procedimiento es meramente instrumental,¹⁷⁶ es decir, su fundamento radica en mantener viva y resguardada la materia del mismo y sus inciertas resultas mientras se dicta la resolución definitiva, así como evitar que el demandado pueda sustraerse de la acción de la justicia y de las consecuencias derivadas del procesamiento que se realiza.

3.1.4 Características de las medidas cautelares son

Jurisdiccionalidad: Cortez Domínguez dice que "normalmente es competente, para acordar la medida cautelar, el Juez competente, para el conocimiento de la causa, debiéndose entender como tal el proceso en que se conozca o vaya a conocer del derecho del que se pretende asegurar la plena

¹⁷⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 590-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

efectividad",¹⁷⁷ en este sentido la Jurisdiccionalidad se demarca del conocimiento de una causa específica, y del juez que conoce de ella para aplicar la medida cautelar.

Instrumentalidad: debe ser entendida, en su formulación tradicional, como la circunstancia de que el proceso cautelar no se vuelve la protección inmediata del propio derecho material, es la distinción hecha por la doctrina entre la finalidad del proceso cautelar y del proceso de conocimiento y del proceso de ejecución, estos abocados a la tutela del derecho en el plano material, y aquel solamente a la tutela del propio proceso y de las técnicas jurisdiccionales en plano material. Estos dedicados a la tutela directa e inmediata del derecho en el plano material, aquel dedicado a la tutela indirecta y mediata de aquel mismo derecho.¹⁷⁸

Provisionalidad: Esta característica de las medidas cautelares señala que dichas medidas van a responder al tiempo de duración que el legislador ha previsto para el proceso en el cual van a ser adoptadas, pero además, las medidas cautelares deben responder al tiempo de duración de los presupuestos que las han justificado o fundamentado, ya que de variar las condiciones que en principio motivaron la adopción de tal o cual medida cautelar, esta tendrá que ser sustituida por otra guardando siempre el elemento provisionalidad en tanto no exista un pronunciamiento definitivo que le ponga fin al proceso.

¹⁷⁷Valentín Cortez Domínguez y otros, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Vol. 2, 4ª ed. (España, Tirant lo Blanch, 1989), 471.

¹⁷⁸Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de Derecho Procesal Civil*, tomo IV, 4º Ed. (Italia, Saraiva, 1970), 186.

Al respecto Gimeno Sendra expone,¹⁷⁹ que "las medidas cautelares son siempre provisionales, como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción".

Homogeneidad: El término homogéneo,¹⁸⁰ es una palabra compuesta derivada del latín que significa un mismo género; al aplicar esta característica a la medida cautelar significa, que el derecho reclamado tiene que estar de acuerdo al principio de proporcionalidad, de lo cual se pretende llegar a la sentencia, es por esta razón que Asencio Mellado dice que las medidas cautelares son funcionales, es decir que la pretensión debe de estar en función de la sentencia, que si el derecho reclamado es dinero, especies o cosas que se miden y pesan, la medida que se adopta será el embargo de bienes muebles proporcionales; si lo que se pretende es la propiedad de una empresa, la medida será la prohibición de disponer de esa empresa y; cuando se requiera de una cosa específica ya sea mueble o inmueble será entonces el secuestro, el depósito o la anotación preventiva.

3.1.5 Requisitos de las medidas cautelares

El peligro por la mora procesal, la apariencia de buen derecho y la caución, son los típicos requisitos reconocidos tradicionalmente por la doctrina científica para la adopción de las medidas cautelares, a los que el CPCM contempla en el artículo 433, como factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares.

¹⁷⁹Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal*, Tomo II, Proceso Penal, 3ª Ed. (España, Tirant lo Blach, 1989), 356.

¹⁸⁰José María Asencio Mellado, *La Prisión Provisional* (España, Civitas, S.A., 1987), 32.

3.1.5.1 *Periculum in mora*

Decía Calamandrei que “las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas de la Justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto es de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario”.¹⁸¹

En los mismos términos de asegurar el resultado del proceso como requisito fundamental para la adopción de medidas cautelares ha venido pronunciándose la doctrina española, y así de Miguel y Alonso, considera el *periculum in mora*, como “temor urgente y razonable de un daño jurídico posible, inminente e inmediato de ser causado por el deudor durante el desarrollo del proceso principal, alterando la situación inicial existente”.¹⁸²

Serra Domínguez, que incluso lo configura como fundamento de las medidas cautelares al definirlo como “el daño marginal que pueda resultar del retraso inevitable habida cuenta de la lentitud de proceso ordinario, en la resolución definitiva”,¹⁸³ y hasta basarlo en factores subjetivos junto a los objetivos como refiere Prieto Castro: “el temor de la insolvencia, la desaparición de las cosas, de empobrecimiento de los bienes productivos -por mala administración o semejante-, simplemente la molestia que al demandante pueda producir la continuación del estado actual hasta que recaiga el fallo ejecutivo, son consideraciones que han prevalecido desde tiempos antiguos

¹⁸¹Hero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 7^o ed. (Argentina, Bibliográfica Argentina, 1945), 43.

¹⁸²Carlos De Miguel, *Notas sobre el proceso cautelar* (España, Rev. de Derecho procesal, 1966), 91.

¹⁸³Manuel Serra Domínguez, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 4^o ed. (España, Civitas, 1974), 39.

sobre el criterio de espera hasta la producción de la cosa juzgada”,¹⁸⁴ y habiéndose, en suma, considerado y a tenor del régimen jurídico de las medidas cautelares hasta ahora existente, la necesidad de que exista un peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia determinará la ineficacia real de ésta, “porque no existiendo tal peligro no cabe la posibilidad del aseguramiento que se pretende”,¹⁸⁵ como señala Cortés Domínguez.

Así, el artículo 433 inc. 1 del CPCM exige para su establecimiento la justificación el que la falta de adopción de las medidas cautelares frustre el fin perseguido por el proceso, y así señala que “sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”, cuyo precepto, es claro requiere la prueba al menos de la previsibilidad de la producción de tales situaciones, sin que baste con meras manifestaciones, pudiendo ser indicativos para ellos.

3.1.5.2 *Fumusboni iuris*

El *Fumusboni iuris*, o apariencia de buen derecho, es requisito tradicionalmente exigido para la adopción de la medida cautelar y que supone la necesaria justificación por parte de quien la solicita de que el resultado del proceso para o en el que se solicita será probablemente favorable para el mismo. Así, no bastará para la adopción de la medida la mera petición, sino que es indispensable que el derecho lesionado o que se

¹⁸⁴Leonardo Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil*(España, Rev. Derecho Privado, 1965), 367.

¹⁸⁵Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Civil*, 2º ed. (España, Tirant Lo Blanch, 1993), 786.

pretende asegurar aparezca no solo como probable, sino como cualificadamente probable, o como indicaba Carreras,¹⁸⁶ “para la adopción de medidas cautelares no basta la mera posibilidad del derecho, sino que se requiere algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza”.

3.1.5.3 Prestación de Caución

La posibilidad de que la adopción de la medida cautelar pueda suponer la causación de perjuicios al demandado, bien por ser rechazada la demanda, o por la falta de presentación de la misma dentro del plazo pre-exclusivo establecido para el supuesto de interesarse y obtenerse con anterioridad a aquella, y como regla general la prestación de caución por el solicitante de la medida, constituyéndose así en presupuesto o condición para ello.

Se configura así la fianza o caución como una “contra-cautela” o nueva medida cautelar como garantía de la medida solicitada, y así el artículo 446 del CPCM establece la obligación del solicitante de prestar “caución suficiente”, para responder de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pueda causar en el patrimonio del demandado, cuya determinación cuantitativa corresponderá al Tribunal atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud y para cuya determinación cualitativa se estará a lo previsto en el artículo 447 (dinero efectivo, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones afianzadoras).

En todo caso y conforme al artículo 446 inc.2 del CPCM, la prestación de la caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada cuya idoneidad y suficiencia será decidida por el Tribunal

¹⁸⁶Jorge Carreras, *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC*(España, Rev. jurídica de Cataluña, 1958), 478.

mediante providencia. Por último, debe indicarse que la exención de prestación de la caución va a depender de la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante y ésta debe de ser sensiblemente inferior al de la parte contraria, en especial en aquellos casos en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de la protección del medio ambiente. La decisión judicial a que se refiere será tomada con especial motivación y previa ponderación razonada de los intereses en juego, según el artículo 448 del CPCM.

3.1.6 Fundamento normativo de las medidas cautelares

3.1.6.1 Constitución de la República

“La Constitución está integrada por normas fundamentales que en cada sistema jurídico ocupan el plano más alto, sin que derive su validez de ninguna otra; y que al mismo tiempo constituyen la fuente suprema del resto del ordenamiento jurídico, que a su vez debe armonizar con ella so pena de sanciones tales como nulidad, inconstitucionalidad”¹⁸⁷.

La tutela cautelar desde el punto de vista constitucional tiene su base en los derechos de igualdad y justicia y efectividad de cada uno, ya que son guías del sistema cautelar en El Salvador. El artículo 1 de la Constitución de la República en su inciso primero reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Este precepto recoge valores de orden constitucional como: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común, encaminados a proteger al individuo mismo.

¹⁸⁷ Ismael Castillo Panameño, "Sistemática y Técnica Jurídica" (Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1975), 45.

El artículo 2 Cn.¹⁸⁸ en su inciso primero manifiesta: 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". Aquí se encuentra el Derecho a la Propiedad lo cual guarda íntima vinculación con la Medidas Cautelares. Puesto que estas nacen para asegurar la efectividad y cumplimiento de una sentencia de carácter estimatoria en el cual puede estar en disputa la propiedad de un bien.

La Sala de lo Constitucional,¹⁸⁹ ha determinado que la propiedad es un derecho real y absoluto frente a terceros, el cual es pleno, que puede ser ocupado, servirse de él mismo cuantas maneras sea posible, y aprovechar sus productos y acrecimientos, como también modificar y dividirlo. El derecho a la propiedad está ligado a la seguridad jurídica, la cual tiene dos enfoques.¹⁹⁰

La primera, como una seguridad material, que es la tranquilidad a disfrutar sin riesgos los bienes muebles o inmuebles que cada quien posee, esta protección también recae sobre el Estado entorno a las medidas pertinentes y preventivas que toma o ha de tomar para no sufrir daño alguno. En cuanto al segundo enfoque, la seguridad jurídica debe responder a que todos y cada uno de los individuos tenga una certeza de que no le será modificada su situación jurídica salvo por procedimientos regulares y autoridades competentes establecidas previamente.

¹⁸⁸Constitución de la República De El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

¹⁸⁹Ibíd.

¹⁹⁰Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia:7-IX-2001,15-98* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Lo antes manifestado conlleva a citar el artículo 11 y 22 de la Carta Magna,¹⁹¹ que determina que ninguna persona puede ser privada del derecho a la propiedad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, como el derecho a disponer libremente de los bienes conforme a la ley. Esto lleva a citar el Derecho de Audiencia, el cual tiene un carácter procesal de protección hacia el ciudadano y que se ha configurado con el Debido Proceso, da como resultado: el ser juzgado por un procedimiento establecido previamente, que las autoridades estén previamente establecidas, que el proceso se desarrolle acorde a las formalidades y que la providencia judicial se dicte conforme a las leyes preexistentes.¹⁹²

El artículo 14 y 172 Cn. deja de manifiesto que: el Órgano Judicial es el único facultado de imponer penas, y la organización del mismo. También se observa lo que en jurisprudencia se llama principio de exclusividad que se ve materializado al administrar justicia en todo tipo de materias, lo cual va relacionado derecho de acción y petición.

Esto conlleva a determinar que el único ente facultado en dictar medidas cautelares lo son los jueces, los cuales disponen de una plenitud de poderes jurisdiccionales para emitir, toda clase de órdenes o mandatos a fin de asegurar la realización de la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad.

¹⁹¹Constitución de la República de El Salvador, Art. 11, inciso primero: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.” Art. 22.- “Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley.”

¹⁹²Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 13-X-1998-150-97*(El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

El Artículo 15 Cn.¹⁹³ hace mención al principio de legalidad, que se relaciona al principio de unidad del ordenamiento jurídico como a la figura del Juez natural,¹⁹⁴ lo cual va relacionado a la actuación del mismo con un fundamento legal y preponderante en la Constitución, como que la causa en conocimiento sea resuelta por el juez competente que la legislación misma dicta.

La adopción de una medida cautelar en un proceso tiende a mantener y resguardar la materia de un bien mismo, mientras se dicta la resolución definitiva, pues con ella se intenta evitar la realización de actos o eventos que impidan o dificulten la satisfacción de la petición o pretensión deducida, mediante una incidencia provisional en la esfera del denunciado o en los bienes en conflicto, la cual debe ser adecuada y suficiente para producir el efecto deseado, lo que no implica *per se* una infracción al orden constitucional.

La jurisprudencia ha sostenido que no constituyen actos de privación de derechos ni implican una declaración en cuanto a la pretensión y resistencia planteadas en el proceso, pues están destinadas a asegurar la eficacia de una posterior decisión -la sentencia definitiva-; tampoco otorgan o reconocen derechos en contra o a favor de algún sujeto.¹⁹⁵ Tanto así que como tal las medidas cautelares son susceptible de alteración, son variables y aún revocables de acuerdo al principio *rebus sic stantibus*; esto es, por alterarse el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó

¹⁹³Constitución de la República de El Salvador, Art. 15. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

¹⁹⁴J., HenaoHidró, *Derecho Procesal Constitucional: Protección de los Derechos Constitucionales* (Colombia, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2003), 30.

¹⁹⁵Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 282-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

(aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo o disminución del *fumus bonis iuris*). En conclusión el fundamento de las medidas cautelares se obtiene interpretando de una manera extensiva a la Constitución, y en su sentido teleológico; lo cual da como resultado la conservación de la justicia, seguridad jurídica y el bien común que el artículo 1 de la Carta Magna reconoce en la persona misma como el fin del Estado.

3.1.6.2 Regulación en el Código Procesal Civil y Mercantil

3.1.6.2.1 Clasificación de las medidas cautelares

El código Procesal Civil y Mercantil establece los tipos de medidas cautelares a adoptar, conforme resulta del artículo 436, donde en función de la instrumentalidad y homogeneidad con el proceso de que se trate permitirá la opción de cualquier medida cautelar pre-ordenada al fin aseguratorio del concreto proceso, es decir aquellas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria.

Con arreglo a tal precepto se señalan como posibles medidas cautelares a adoptarlas siguientes:

a) Embargo Preventivo de Bienes

La finalidad de esta medida cautelar¹⁹⁶ consiste en asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios

¹⁹⁶ Cámara de lo Civil de la primera sección de occidente, *Sentencia de Apelación, Referencia: 35-201*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011). La jurisprudencia lo define como “como mecanismo tendiente a garantizar la eficacia práctica de la sentencia que se dicte en el respectivo proceso, pues mediante él se espera evitar que la parte demandada realice comportamientos dirigidos a sacar de su patrimonio los bienes con los cuales hacer frente a su obligación en la correspondiente ejecución”

ciertos y también para aplicar como medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

El embargo es la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución. Es una diligencia que sólo puede ordenarse por el tribunal, ya que el acreedor únicamente puede obtener esa afectación fuera del juicio por vía convencional (hipoteca, prenda).¹⁹⁷

Por su parte Podetti¹⁹⁸ expresa que el embargo preventivo es la medida cautelar que, afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, mientras se obtiene la pertinente sentencia de condena o se desestima la demanda principal. Asimismo, asegura que el embargo preventivo, en general procede en cualquier tipo de proceso, cuando se dan los supuestos que la ley prevé; antes de iniciado o en el curso de su desarrollo, mientras la sentencia definitiva no haya pasado en autoridad de cosa juzgada, teniendo en cuenta que agrega el autor, como el embargo preventivo afecta los derechos de una persona, antes de que la pretensión de quien lo pide sea reconocida por los jueces, la ley fija casos y requisitos para su procedencia, debe ser interpretada restrictivamente.

Es el tipo de cautela que menciona Álvaro Velloso que se hace sobre bienes materiales o inmateriales, agregando ahora que deben ser de propiedad o de posesión del embargado y que tiene por objeto su específica asignación, al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo

¹⁹⁷ Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2º ed. (Argentina, Ediar S. A., 1943), 62.

¹⁹⁸ J. Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, 2º ed. (Argentina, Ediar, 1969), 215.

(es litigioso) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa.¹⁹⁹

El embargo cumple, en cierto sentido, un papel semejante al de la afectación convencional de determinados bienes emergentes de la Constitución de un derecho real de garantía (hipoteca, prenda), pero la característica que fundamentalmente lo distingue de esa situación consiste en que aquél requiere, ineludiblemente, una resolución judicial.²⁰⁰

El objeto público de la medida se asegura en función del interés particular. Sigue expresando Podetti que la calificación de preventivo, que sirve para diferenciarlo de las otras especies de embargo, lo ubica dentro de las medidas cautelares, ya que su objeto es prevenir un posible daño, anticipándose al reconocimiento del derecho que asegura.²⁰¹

Su objeto es la individualización y la indisponibilidad del bien afectado, mediante las cuales se asegura que el importe obtenido por la realización judicial del mismo será aplicado a satisfacer el interés del acreedor. La individualización se obtiene mediante el secuestro de la cosa mueble por el oficial de justicia y su entrega en custodia al depositario; por la anotación en el Registro de Embargos cuando se trata de inmuebles; por la notificación al deudor del ejecutado cuando recayere en un crédito; por la designación de un interventor si se trata de percibir prestaciones sucesivas (alquileres, consultorios de profesionales, entradas a un teatro, etc.).²⁰²

¹⁹⁹ Adolfo Alvarado Velloso, *Temas procesales conflictivos 2: cautela procesal* (Argentina, Rosario, 2008), 66.

²⁰⁰ Lino Enrique Palacios, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17^o ed. (Argentina, AbeledoPerrot, 2003), 670.

²⁰¹ Podetti, *Derecho Procesal Civil*, 218.

²⁰² Alsina, *Tratado Teórico Práctico*, 62.

La Sala de lo Constitucional ha dicho que: “El embargo de bienes es una medida cautelar que sirve para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, por lo que no otorga ni constituye derechos –de manera definitiva- a favor o en contra de una persona.”²⁰³

b) La intervención o la administración judiciales de bienes productivos
Administrar es gobernar, regir, cuidar, manejar bienes y el administrador es aquel que cuida, dirige y gobierna los bienes o negocios.²⁰⁴

Lo que se pretende con esta medida cautelar es asegurar sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de ésta sea primordial interés para la efectividad de la condena que pudiera recaer.

La intervención o administración judicial está regulada en el artículo 440, y puede decretarse “cuando se pretenda sentencia de condena a entregar bienes a título de dominio, usufructo o cualquier otro que implique interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando el aseguramiento de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor por medio de otras medidas menos gravosas para el derecho de propiedad”.

El artículo 441 regula el régimen general de la medida, y señala como criterio básico que las facultades del administrador o interventor deberán limitarse a la estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque,

²⁰³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 219-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

²⁰⁴ Sala de lo Civil, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1572-2003* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

debiendo procurar en lo posible la continuidad de la explotación intervenida. Sin perjuicio de esta medida cautelar, se mantienen en vigor las disposiciones contenidas en leyes sustantivas, que autoricen la intervención o administración judicial.

c) El secuestro de cosa mueble

El secuestro de cosa mueble:²⁰⁵ lo que se busca con esta medida cautelar es la aseguración las sentencias condenatorias a su entrega y estén en posesión del demandado.

El secuestro supone el desapoderamiento material de los bienes que se pretenden secuestrar, implicando una sustracción que imposibilita la disposición de las cosas muebles objetos del mismo y el uso indebido de las cosas en perjuicio del acreedor.²⁰⁶

El secuestro es una medida cautelar de carácter real con la que se pretende proporcionar al juez, uno de los medios necesarios para llevar a cabo su función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir que el secuestro tiene que ser ordenado por un juez; así mismo, cabe aclarar que en casos de urgencia, es ordenada en todo caso por el juez competente.

La esencialidad de la medida de coerción del secuestro estriba en dos situaciones a saber: la primera de ellas, en la limitación de los derechos de propiedad y posesión de los objetos de las personas que estén vinculadas a

²⁰⁵ Cámara Primera de lo Civil de la primera sección del centro, *Sentencia de Apelación*, Referencia: 66-11CM1-2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011). La jurisprudencia lo define como “el desapoderamiento material de los bienes que se pretenden secuestrar, implicando una sustracción que imposibilita la disposición de las cosas muebles objetos del mismo y el uso indebido de las cosas en perjuicio del acreedor.”

²⁰⁶ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación*, Referencia: 66-11CM1-2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

una investigación y que sean necesarios para la misma; y la segunda, en la seguridad que los objetos o cosas aprehendidas sean los mismos que fueron incautados en el acto de investigación; es decir, la garantía de respetar la cadena de custodia.²⁰⁷

d) La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga

Esta especie de medida cautelar tiene aplicación para la sucesión por causa de muerte en la que habiendo dos o más herederos uno de ellos fuere declarado como heredero,²⁰⁸ previo inventario en este caso solemne, se administrará todos los bienes de la sucesión y a su vez representará el administrador a la sucesión. Si hubiese mas herederos que aceptaren posteriormente se suscribirá en el inventario para luego formar parte de la administración y representación. Al manifestar que este inventario será solemne es sobre la base que existe uno menos solemne en el cual su realización se lleva frente a notario de la República, es decir, es aquel que ha sido realizado por mandato judicial convirtiéndolo en solemne, artículos 960, 1166, 1172-1178 Código Civil.²⁰⁹

Otro supuesto lo es en materia de familia en cuanto al proceso de disolución y liquidación del régimen de comunidad diferida en el cual se excluyen los bienes propios de cada cónyuge. En este tipo de procesos se hará un escrito bajo juramento conteniendo un inventario privado de bienes como el valuó económico de cada uno, consolidando un activo y pasivo, no se tomaran en cuenta los obligaciones que consten en títulos ejecutivos; una vez hecho,

²⁰⁷ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 363-CAS-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

²⁰⁸ J. L. Pérez Lasala, *Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorios* (Argentina, Depalma, 1992), 225.

²⁰⁹ Código Civil de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860).

llega el inventario al juez, se citará a audiencia a las partes y personas interesadas en la formación llámese acreedores, de haber acuerdo se aprobará, sino lo hubiese se tramitará como incidente tal situación. Si hubiesen quedado fuera bienes del inventario sea por el motivo que fuese se podrá solicitar su incorporación y posterior evaluó, artículo 74 Código de familia²¹⁰ y artículo 133 Ley procesal de familia.²¹¹

e) La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales
El estudio de la medida cautelar en comento debe hacerse en relación, al derecho de carácter registrable, el principio registral de fe pública registral y con mayor razón en referencia a los efectos que esta medida cautelar causa frente a terceros, con asientos anteriores y posteriores a la anotación preventiva de la demanda.²¹² Tradicionalmente se suele entender que la anotación de demanda es una medida cautelar de naturaleza registral que trata de asegurar la pretensión ejercitada en el proceso para el caso de que finalmente se estima.²¹³

La "anotación preventiva de la demanda", o "inscripción provisional", se enmarca dentro de la categoría de las medidas cautelares, que se erige como el instrumento de seguridad y garantía que tiene por objeto asegurar una pretensión ejercitada ante los tribunales judiciales en forma completa, a fin de evitar la burla y el consiguiente perjuicio de los derechos actuales o futuros del demandante o anotante, frente a las posibles enajenaciones y gravámenes del titular registral.

²¹⁰ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993).

²¹¹ Ley Procesal de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994).

²¹²C. Pardo Nuñez, *Anotaciones Judiciales de Embargo y Demanda*, 10^o ed. (España, Marcia Pons, 1997), 17

²¹³Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 24-98* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

La anotación preventiva de la demanda se define como el asiento registral de vigencia temporalmente limitada, que publica la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable, presenta un doble aspecto.²¹⁴ a) Procesalmente, es una medida cautelar para asegurar que al recaer sentencia condenatoria, esta pueda ejecutarse en igual condición o circunstancia a las que concurrían en el momento de interponerse la demanda anotada. Es por consiguiente, una medida cautelar para asegurar la efectividad o ejecución de un fallo judicial; b) es un medio de hacer constar en el Registro la existencia de una causa que ha dado lugar al ejercicio de una acción de nulidad, resolución, rescisión, revocación, de una titularidad o acto inscrito anteriormente.²¹⁵

Esencialmente, la anotación preventiva de la demanda está íntimamente relacionada con los derechos de carácter registrable tal y como se apuntaba, el ejemplo típico se dan en aquellos bienes jurídicos de naturaleza inmobiliaria, y que por tanto registrables en el registro de propiedad raíz u otro registro. Por lo tanto la protección fáctica que tiende a proteger esta medida cautelar tendrá que surtir efectos sobre asientos del registro anteriores y posteriores.²¹⁶

Así lo afirma Silvia Varona Vilar, se parte pues de una concreta situación, motivada por la presencia de un bien o derecho registrado o registrable que podría requerir de la debida cobertura registral de manera cautelar, y que ninguno de ambos permiten.

²¹⁴ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 115-30-C2-2003 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

²¹⁵ El artículo 443 del CPCM “Será procedente la anotación de la demanda cuando se dedujere una pretensión que pudiese tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente.”

²¹⁶ J. Montero Aroca y otros, *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª ed. (España, Tirant Loblanch, 2001), 872.

f) La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación

El artículo 436, numeral siete al estipular esta medida cautelar en realidad, ha regulado tres medidas cautelares, que tienen un significado y connotación de índole diferente. En primer lugar, tenemos la cesación provisional de una actividad; posteriormente, la abstención temporal de una conducta y; la prohibición de cesar de manera temporal una prestación.

La primera de ellas de las medidas es la cesación provisional de una actividad, se trata de entrada de imponer una carga procesal al demandado de no hacer, es decir esta diciéndole que se abstenga de realizar una actividad, que puede resultar perjudicial para el demandado.

Esta medida cautelar para su entendimiento y agotamiento debe de analizarse en un primer momento a la luz del derecho de propiedad intelectual y su regulación en leyes; segundo será importante determinar cómo se cumplirán los presupuestos al momento de adoptar las medidas cautelares y tercero quienes tendrán la legitimación activa, para pedir la medida cautelar.

El derecho de propiedad intelectual²¹⁷ es un derecho que rinde tributo al intelecto, tiene que ver con las creaciones, creatividades e invenciones de los seres humanos, una clasificación muy importante de estos derechos es la que considera estos derechos de manera tripartita diciendo, que existen el derecho de autor, los correspondientes a la producción comercial y

²¹⁷R. Antequera Parilli y otros, *Propiedad Intelectual, Temas Relevantes en El Escenario Internacional*, 2^oed., (Centroamérica, Marco Antonio Palacios y Ricardo Antequera, 2000), 6-7.

por último los atinentes a la creación técnica. La doctrina reconoce en estos derechos el principio de exclusividad, que tiene especial importancia en referencia a esta medida cautelar; este principio reconoce la facultad de explotar solo por el titular del derecho los beneficios económicos y morales que este lleva en sí mismo.

Tradicionalmente se ha entendido que la medida cautelar de cesación provisional se aplica sobre violaciones al derecho de marca, aunque no es la única, por ello Giner Perreño,²¹⁸ la define como aquella por la que el titular de la marca presuntamente usurpada (entendiendo por usurpación en el amplio sentido de violación del derecho de exclusividad que pertenece a su titular) solicita del juez que dicte un mandato requiriendo al usurpador que se abstenga del uso de la marca en tanto que en el juicio plenario se dicte sentencia.

Su finalidad principal es mantener el *statu quo* existente antes del comienzo de los actos de violación del derecho de marca, hasta que se dicte sentencia definitiva en el proceso, dado que la actuación del presunto usurpador puede generar una situación de hecho en el mercado, que perjudique o destruya la posición competitiva de la empresa solicitante cuya reparación no podrá obtenerse por una condena de indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo la cesación provisional no solo se aplica a la violación de marcas; es cierto que en este es donde mayor aplicación tiene y va a tener en la práctica jurídica de los tribunales salvadoreños pero no va ser exclusivo de este, su protección se extenderá tanto a las patentes como a los derechos de autor y derechos conexos.

²¹⁸ Giner Perreño, *El tratamiento de la Marca en el Tráfico Jurídico-Mercantil*, 2º ed., (España, Consejo General del Poder Judicial, 1994), 247.

Al ser agotado el punto sobre la cesación provisional de una actividad, es momento de hacer un esfuerzo jurídico por analizar la abstención temporal de una conducta, consistente también en una carga procesal de no hacer, pero a diferencia de la anterior en referencia a la cesación provisional, en este caso se trata de una conducta que aun no se está produciendo, es decir no tiene existencia física aun, pues precisamente lo que quiere evitar el solicitante de la medida cautelar. Esta medida cautelar tendrá mayor aplicación antes de interponer una demanda, pues ya que el solicitante se ha dado cuenta de una conducta que le va a perjudicar quiere que el daño ocasionado futuro a producirse no se realice algo muy bien pensado por el legislador, pues si tiene razón el solicitante no habrá derecho a pedir grandes indemnizaciones por daños y perjuicios, pues la conducta que se reprime no sea producido aún.

La situación fáctica sobre la que recae pueden ser los mismos supuestos de la medida cautelar anterior, pero como se afirmaba anteriormente también, no serán los únicos supuestos, es decir no solo puede aplicarse a la protección de los derechos de propiedad intelectual, sino que habrá muchos derechos más protegidos con esta medida cautelar, siempre cuando sean idóneas y necesario, argumento sustentado por el principio de universalidad de la aplicación regulado en el artículo 431 del CPCM, tema tratado con anterioridad en esta investigación. Un ejemplo claro puede ser en abstenerse de lanzar a la audiencia una campaña publicitaria sobre un producto determinado.

Como medida cautelar positiva,²¹⁹ es decir, manda a hacer una determinada prestación se encuentra la prohibición de no cesar o de no abstenerse en una

²¹⁹Martínez, "Las Ventajas de las Medidas Cautelares", 95.

prestación que se esté llevándose a cabo, a diferencia de las dos anteriores, la actividad que se está llevando la considera, el solicitante de la medida cautelar, de carácter lícita y por tanto quiere que siga reproduciéndose en el tiempo, no hay por qué parar la prestación, pues hacerlo precisamente sería lo ilícito. Silvia Barona Vilar lo afirma de la siguiente manera: Se cautela con esta medida una obligación de hacer, consistente en continuar realizando lo que se estaba haciendo. Con esta medida se consigue que durante la tramitación del proceso continúe desempeñándose la actividad o conducta, dado que la cesación o interrupción de la misma causaría un daño probablemente irreparable para el actor.

g) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda

El depósito constituye, una medida complementaria, la cual sencillamente ordenará depositar, la cantidad que se determinó a través de la intervención. El objeto principal de esta medida no es proteger el derecho violado mas bien, su objeto va identificado con el hecho de que aquel que se benefició de un derecho que uso ilícitamente, no tiene por qué apropiarse de sus beneficios o ganancias, sería injusto a la luz de la protección de los derechos de propiedad intelectual que esto ocurriera a la inversa, es decir que el infractor se quedare con las ganancias ilícitas.

Mención especial merece el hecho de que en esta medida cautelar haya hecho referencia a una actividad ilícita,²²⁰ lo más razonable es pensar de que cuando se hace alusión a esta medida se tenga en mente que es el ilícito civil, no obstante que el derecho penal salvadoreño también extienda su

²²⁰Martínez, "Las Ventajas de las Medidas Cautelares", 95.

protección a estos derechos, véase los artículos 226, 227, 228 y 229; por razón de la materia aquí hablamos de ilícito civil, como una fuente obligacional de responsabilidad jurídica, de esta manera lo regula el código civil vigente en El Salvador, específicamente el artículo 1308 el cual dice: “Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley”.²²¹

Pues una cosa es el ilícito civil y otra el ilícito penal, el primero busca una sanción pecuniaria, mientras que el segundo no le basta la sanción pecuniaria sino que una sanción de carácter personal denominada pena, una diferencia más específica sobre el ilícito civil y el penal es la constatación de un daño, el daño en materia civil, es esencial para que exista ilicitud, sin embargo en penal el daño puede o no ocurrir, vale con la simple puesta en peligro de un bien jurídico protegido, por ello es que existe el delito tentado.

Santos Cifuentes²²² referente a este tema se dice que sin daño en derecho privado, no hay *stricto sensu*, acto ilícito pues este derecho tiene por finalidad resarcir, no reprimir o punir. Es decir que, en sentido estricto, el hecho ilícito civil, requiere la antijuridicidad, la voluntad del sujeto, el daño, el factor subjetivo (imputación por dolo o por culpa) u objetivo (responsabilidad por vicio o riesgo), y la relación de causalidad, elementos estos últimos que se estudian más adelante. A diferencia de lo expuesto, el hecho ilícito penal, se contrapone a una ley en sentido formal o rígido, o a la ley penal, que dicta el congreso de la nación. No requiere daño (delito tentativa) y puede ser doloso o culposo.

²²¹ Martínez, “Las Ventajas de las Medidas Cautelares”, 95.

²²² S. Cifuentes, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, 4^o ed. (Argentina, Astrea, 1995), 261, 262.

h) El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual

En la primer medida cautelar a la que se hace referencia la medida cautelar va dirigida a recuperar esos objetos que han sido creados sin el consentimiento previo del titular del derecho de propiedad intelectual o industrial. El depósito de estos objetos como puede apreciarse será temporal, lo más probable es que se destine luego de pasada la controversia y comprobando que en realidad si ha habido lugar a la violación del derecho de propiedad industrial a la destrucción tal y como lo afirma el artículo 99 de la ley de marcas o si es el caso y el titular del derecho lo permite designarlos a la caridad, previa remoción de la marca, pero nunca podrán acceder al mercado ya que recordemos que el material empleado en su elaboración no le pertenece al titular de la marca y tampoco su fabricación no fue legítima.

En cuanto a la ley de propiedad industrial, el apartado referente a patentes hace mención a esta medida, específicamente el artículo 172 lit. c. que dice “el embargo de los objetos resultantes de la infracción y de los medios que hubiesen servido predominantemente para cometer la infracción, así también hace referencia a la destinación de esos productos, destinándolos a la destrucción.”²²³

²²³S. Barona Vilar y Otros, *Las Medidas Cautelares* (España, Mates Cronos, S.A., 1993), 878.

Silvia Barona Vilar da un ejemplo claro en los casos de esta medida, por su parte, los objetos sobre los pueda recaer esta medida cautelar son: a) Obras, entendiéndose por tales los ejemplares producidos o utilizados en materia de propiedad intelectual. Al solicitante le interesan que dejen de producir estos ejemplares o que se sigan produciendo para sufragar una condena posterior a prestación patrimonial.

Para la primera finalidad el depósito de los ejemplares es perfectamente útil; para la segunda, podría serlo también, con el fin de venderlos para beneficiarlo de las ventas; b) Objetos creados a través de la explotación de una patente o de una marca, existiendo un interés de no continuidad de la explotación de las mismas y, por tanto de expansión en el mercado, y c) Material, entendiéndolo en sentido amplio, esto es, tintes, papeles, tampones, grabados, planchas, ordenadores, diskettes, cintas, videos, CDs, entre otros.

La segunda medida cautelar, es decir el depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual su dicción es muy similar a la intervención y depósito del que habla la medida anterior, sin embargo, se trata de dos medidas cautelares diferentes en cuanto a la situación fáctica a tutelar, como podrá recordarse aquella provenía de una actividad ilícita, esta al tenor de la interpretación literal de lo que establece el artículo, no proviene de una actividad ilícita, más bien de una actividad completamente legal o lícita, lo más probable es que en el juicio principal se pretenda el pago de ciertas cantidades que el demandado no quiera aceptar, y por tanto se requiere el pago por consignación que es una manera de extinguir las obligaciones, con la finalidad a la vez de rescindir el contrato.²²⁴

²²⁴Martínez, "Las ventajas de las medidas", 105.

Silvia Barona Vilar da nuevamente un panorama claro, en esta medida cautelar haciendo mención: en este caso, la conjunción o refleja la misma medida cautelar. Con ellas se pretende también garantizar efectividad y ejecución de una eventual sentencia estimatoria de una pretensión económica la obligación de remuneración en los casos en que un contrato o la misma ley establezcan una obligación de este carácter. En este caso, como la remuneración viene legal o contractualmente determinada, no hace falta la intervención, sino que basta con la consignación o depósito de las cantidades que se adeudan (que son el determinante cuantitativo de la pretensión económica en el proceso principal) en concepto de remuneración.²²⁵

3.1.6.2.2 Procedimiento para su aplicación

A) competencia²²⁶

Admitido por el artículo 434 del CPCM el que las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes, durante o después de la interposición de la demanda, el artículo 449 del mismo, confiere la competencia objetiva y el artículo 33 la territorial al juez que esté conociendo del asunto en primera instancia y en lógica correspondencia con lo que el artículo 38 denomina competencia funcional por conexión, e indicando que si el proceso no se hubiera iniciado, corresponderá la competencia al que lo sea para conocer de la demanda principal. Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o recurso extraordinario, el artículo 29 dispone que será competente el Tribunal que conozca de la segunda instancia o de dicho recurso.

²²⁵ Barona, Las medidas cautelares, 890.

²²⁶ José Luis Vázquez Sotelo, *Ejecución provisional y medidas cautelares, en El proceso civil y su reforma, 2º ed.*, (España, Colex, 1998), 487.

El artículo 450 del CPCM establece el examen de oficio de la competencia cuando las medidas se soliciten con anterioridad a la demanda, indicando a tales efectos que si bien en los supuestos de solicitud anterior a la demanda no se admitirá declinatoria fundada en incompetencia territorial, el Tribunal debe examinar de oficio su jurisdicción y su competencia objetiva y territorial; señalando que para los supuestos en que se considerase incompetente por carecer de jurisdicción o de competencia objetiva.

b) Solicitud²²⁷

La solicitud de la medida cautelar, que naturalmente debe de ser por escrito, independiente, deberá ser formulada conforme al artículo 451 inc. 2 del CPCM, con claridad y precisión, y justificando en la misma la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos (*periculum in mora*, y apariencia de buen derecho, *fumusboni iuris*), acompañando los documentos en los que se apoyen o bien ofreciendo la práctica de otros medios para la acreditación de dichos presupuestos como permite el artículo 451 inc. 3 requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarios para resolver la solicitud. Igualmente en el escrito en que se soliciten las medidas cautelares el actor deberá proponer en su caso y para el acto de la vista las pruebas que en tal momento interesa valerse. Igualmente en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, con especificación del tipo o clase de la misma y justificación del importe que se propone.

c) Resolución

Terminada la vista o comparecencia, el Tribunal en el plazo de cinco días, dictará autoestimando o denegando las medidas cautelares. En el primer

²²⁷Vásquez, Ejecución provisional y medidas cautelares, 488.

caso, la estimación tendrá lugar si el Tribunal estima que concurren todos los requisitos establecidos en el CPCM para ello y estima acreditado el peligro de la mora procesal, y atendiendo también a la apariencia de buen derecho y a tal efecto fijará con toda precisión, la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas, determinando a su vez en dicha resolución la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución. Frente a este auto cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos, solo devolutivos, tal y como señala el artículo 453 inc. 4 del CPCM. En el segundo supuesto, esto es de no estimar acreditados ni justificados los requisitos y condiciones procedentes, el Tribunal dictará auto denegando las medidas, cuyo auto podrá ser objeto de recurso de apelación.

D) Ejecución de la medida cautelar²²⁸

El artículo 454 del Código, dispone que acordada la medida cautelar y prestada la caución y declarada su suficiencia, se procederá de oficio al inmediato cumplimiento de lo acordado, empleándose para ello los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de sentencias, con lo que el CPCM refiere a tales preceptos como regla general para la ejecución de las medidas cautelares, si bien a continuación en tales preceptos, establece reglas relativas al embargo preventivo, para lo que remite al artículo 438 y siguientes; a la administración judicial, para lo que remite al artículo 440 y siguientes; y a las normas del Registro correspondiente, cuando la medida consista en Anotación preventiva, lo que obviamente y para el caso de Anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas habrá de estarse a la Ley Hipotecaria y Reglamento para su aplicación y en cuanto a la forma de proceder; y estableciendo por último dicho precepto la exigencia de previa

²²⁸Vásquez, Ejecución provisional y medidas cautelares, 489.

autorización por providencia del Tribunal la enajenación de bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar por los depositarios, administradores judiciales o responsables de aquellos, y cuando concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

E) Modificación y alzamiento de las medidas cautelares²²⁹

El artículo 455 del CPCM establece la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas, estableciéndose así la posibilidad de modificación de las medidas cautelares en todo tiempo durante la vigencia de las mismas, lo que deberá entenderse como por la concurrencia de hechos nuevos o posteriores al tiempo en que pudieron ser alegados, y que además comporten cambios sustanciales a aquellos que anteriormente fueron tenidos en cuenta.

Por su parte, el artículo 456 del CPCM, establece el alzamiento de las medidas en el caso de absolución del demandado, en primera o segunda instancia, en cuyo caso si la absolución es total, el Tribunal ordenará de inmediato el alzamiento de las medidas adoptadas, salvo que formulado recurso, el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de medida distinta y el Tribunal, oída la parte contraria, y atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere oportuno acceder a dicha solicitud, -de mantenimiento o sustitución por medida distinta-, y ello mediante auto. En el caso de estimación parcial de la demanda, el Tribunal y con audiencia de la parte contraria decidirá sobre el

²²⁹Vásquez, Ejecución provisional y medidas cautelares, 490.

mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas, mediante audiencia de las partes.

Por último, el artículo 456 inc. 3 del CPCM dispone que una vez firme la sentencia absolutoria, que se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, podrá el demandado solicitar los daños y perjuicios correspondientes, así como la oportuna indemnización en los supuestos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.

CAPITULO IV CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MERCANTIL

El propósito de este capítulo es estudiar cómo deben de ser la Constitucionalización de las medidas cautelares en el proceso mercantil, para evitar una limitación a los derechos fundamentales, con el resguardo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

4.1 Legitimidad Constitucional

Con el capítulo cuatro se pretende dejar claro que las medidas cautelares están plasmadas en la normativa salvadoreña con un fin específico, estas radican básicamente en su fusión de asegurar una expectativa, la cual para que se realice de la mejor forma debe cumplir los presupuestos que la misma normativa en su conjunto establece, lo cual hace que se respete la misma Constitución en sí.

Según Cuellar Serrano,²³⁰ los requisitos para el fin de la restricción de los derechos fundamentales recaen en dos aspectos: primero, en la legitimidad constitucional del fin y segundo, la relevancia social. En este capítulo solo se enfocará en la legitimidad constitucional, ya que el otro aspecto que se debe tomar en cuenta es desde el ámbito social, por lo que el punto que concierne se puede decir que las normas de nuestra constitución no establece expresamente un catálogo cerrado de fines hacia los que las limitaciones de los derechos y libertades deben orientarse.

²³⁰Serrano, Proporcionalidad y derechos fundamentales, 99.

Al seguir con la misma idea del autor, los derechos reconocidos o consagrados en la Constitución solo pueden quedar acotados en virtud de los límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental. También se toma en cuenta que el legislador debe de concebir su regla como medios idóneos para alcanzar los fines perseguidos, y los fines de la regulación juegan un papel decisivo en la interpretación de la norma.²³¹

Además, la determinación de los fines de la regla es aún más importante en la tarea de la aplicación de un principio como el de proporcionalidad, que presenta grandes dosis de internación.

La concreción de los conceptos indeterminados como es la proporcionalidad no tiende sólo a designar una realidad sino a determinar ciertas consecuencias jurídicas²³² y ello realza la relevancia del estudio de los fines perseguidos.²³³

A consecuencia, se debe de tomar en cuenta que existen tanto bienes como derechos constitucionalmente protegidos cuya efectiva protección constitucional no resultaba tan clara desde los propios preceptos constitucionales es decir, que se pueden basar exclusivamente en la argumentación favorable a la admisión de dudosos fines justificativos de restricciones de derechos fundamentales, que sean considerados esenciales

²³¹ Luis Diez Picazo, *Derecho Justo: Fundamento de ético jurídica* (España, Civitas, 1985), 42.

²³² Fernando Sáenz Moreno, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y discrecionalidad Administrativa, Vol. I* (España, Civitas, 1976), 194

²³³ Serrano Cuellar, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, 102.

a la hora de determinar los límites implícitos de los derechos constitucionales.²³⁴

En síntesis la limitación implícita de los derechos y bienes de la Constitución, se les puede imponer límites siempre y cuando se respete su contenido social.²³⁵

4.2 Actividades jurídicas razonables

Al tratar la normativa constitucional es de recalcar que “toda actividad para ser constitucional, debe ser razonable, para determinar y decidir la conformidad y adecuación de los actos del Estado con la Constitución nacional, ésta en su letra y en su espíritu, ha impuesto la regla de razonabilidad”.²³⁶ Lo que implica que las decisiones que dicta el órgano judicial en ningún momento deben de separarse del antes bien mencionado principio de razonabilidad.

Pero la realidad que plasma el legislador en la normativa, es solo aquella contextualización social que se vive en determinado momento y que amerita que se llegue a establecer como norma, y como toda normativa, la Constitución puede verse afectada; esta puede ser en dos casos: primero, en cómo se redacta un texto dentro de la misma Constitución o dentro de una normativa secundaria, el segundo caso sería, en la manera en que se ejecuta esa norma previamente plasmada en un texto. Ya que se incumpla uno u otro aspecto interrumpe la protección a los derechos fundamentales, por la mala utilización de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

²³⁴ Fernández de Casadevantes, *La aplicación del convenio Europeo en España* (España, Tecnos, 1988), 14.

²³⁵ Alonso García, *La interpretación de la Constitución* (España, Tapa Blanda, 1984), 99.

²³⁶ Krissia Emileyda Vanegas Granados, “Interpretación Constitucional: Evolución e impacto Político-Social en el periodo 2004-2013” (Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 2013), 60.

La Constitución por ser una normativa de carácter general no desarrolla el contenido ni exigencias de cada derecho fundamental, esta función lo realiza la normativa secundaria, la cual debe de contar con todos los criterios bases para el desarrollo de los diferentes derechos fundamentales.

Esta normativa secundaria se auxilia de diferentes aspectos para desarrollar cada aplicación bajo el cual se rigen los parámetros de protección a los derechos fundamentales.

Otro de los aspectos que son dispensables para que la aplicación de la normativa constitucional tenga eficacia es el papel que desempeña el juez.

4.3 Papel del juez en la ejecución de las medidas cautelares en materia mercantil

Concretizando el tema de investigación, se enfoca en la manera en como el juez aplica la normativa secundaria, con el punto de vista constitucional respecto a los derechos fundamentales en materia mercantil.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional,²³⁷ la función de los jueces de proteger y garantizar cualquier derecho, particularmente los derechos fundamentales, sólo es posible si actúan sometidos al imperio de la ley.

Los elementos que se le exigen al juez radican en que sus resoluciones deben de dictarse dentro de los aspectos, estrictamente normativos, y por otro, jurídicamente sustentables. Dentro de la sustentabilidad aparece la figura de la motivación.

²³⁷ Art. 172 Inc. 3 Cn. “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.”

Ya que la obligación específica de las autoridades jurisdiccionales de motivar sus resoluciones, en las cuales deben plasmar las explicaciones que permitan evidenciar el razonamiento que las llevó a determinada conclusión, para luego permitir el ejercicio de otros derechos conexos, entre ellos el de recurrir por parte de quienes resultan perjudicados por los pronunciamientos judiciales.²³⁸

Estos serán estrictamente normativos cuando no salgan del ámbito que ha establecido la normativa. El CPCM establece las etapas que deben de respetarse en un proceso donde se pretende llevar a cabo una medida cautelar, lo cual cumple el aspecto meramente normativo.

4.4 Motivación

Entre las características identificadas por la doctrina procesal y las legislaciones iberoamericanas para dictar una resolución de fondo apegada a derecho se tienen las siguientes: la motivación, la exhaustividad y la congruencia. Dichas características se encuentran reguladas en los arts. 216 y 218 CPCM.²³⁹ Es por ello que se vuelve necesario el estudio de la motivación que realiza el juez.

4.4.1 Motivación de la resolución judicial limita derechos fundamentales

La Constitución ha consagrado el deber de motivación, en varios preceptos de forma expresa, a la vez, dicha exigencia es explícitamente, reclamada en otros, desde diferentes perspectivas, de las cuales solo interesa resaltar en este capítulo: aquella desde la que se advierte la necesidad de motivación de las medidas limitativas de los derechos fundamentales.

²³⁸Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus*, Referencia: 152-2008 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

²³⁹Cámara Tercera de lo Civil, *Sentencia Definitiva*, Referencia: C-23-PC- 2012-CPCM (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

4.4.2 El fundamento del deber de motivación

Como toda decisión judicial la motivación es un elemento judicial que no puede faltar, debido a la importancia de esta y donde debe de motivarse adecuadamente con el objeto de satisfacer el requisito de publicidad, determinar la razonabilidad de la decisión, permitir el control de las resoluciones mediante los mecanismos de impugnación y hacer evidente la sumisión del juez o cualquier autoridad a la Constitución.²⁴⁰

Se debe de tomar en cuenta que la finalidad con que se motive una resolución cumplen ciertas funciones como por ejemplo, primero, como instrumento necesario al servicio de la erradicación de la arbitrariedad en las actuaciones de los órganos judiciales y como la garantía de la efectiva aplicación del derecho; como necesidad para facilitar el control, por parte de los órganos jurisdiccionales superiores, de la corrección de la aplicación de las normas jurídicas realizada por los inferiores, mediante el reconocimiento de los recursos, y tercero, como una adecuada comprensión de la actitud propia de los órganos jurisdiccionales en una sociedad democrática.²⁴¹

4.4.3 Exigencias del requisito de motivación

Una vez estudiados los fundamentos y el marco constitucional del que considerar requisito extintivo formal del principio de proporcionalidad, conviene realizar una breve referencia al grado de concreción exigible,²⁴² al alcance del deber de motivación y a la forma que, debido a la necesidad constitucionalmente, reclamada de motivación ande adoptar las resoluciones judiciales limitativas de derechos.

²⁴⁰Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 38-2005* (El Salvador Corte Suprema de Justicia, 2005).

²⁴¹Ibid.

²⁴²*Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 38-2005, 2005.*

Se debe de considerar que cuando los derechos fundamentales se encuentran en juego, la motivación ha de ser particularmente estricta pero lo cierto es que el grado de exigencia, en cuanto a la concreción y detalle de la fundamentación debe de ser a pie, con el objetivo de que el derecho de defensa no sea vulnerado en concreto.

El deber de motivación de las resoluciones de judiciales, restrictiva de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el proceso mercantil es un requisito intrínseco formal para la constitucionalidad de dichas medidas, desde una óptica del respeto por el principio de constitucionalidad. En cualquier caso la doctrina sirve como criterio útil, sobre todo si se considera suficiente la propia fuerza constitucional para reclamar una efectiva motivación.²⁴³

4.4.4 Ejemplificación de la problemática

Al concretizar un poco más a fondo el tema de investigación, se considera a bien hacer una comparación sobre la ejecución de las medidas cautelares en el proceso mercantil, tal como lo establece la normativa, que sea lo correcto respecto a cómo debe de aplicarse. Pero en la realidad se ve distorsionada esa aplicación.

Como ejemplo, la medida cautelar del embargo. Y es que dentro del proceso de las medidas cautelares como en el transcurso de esta investigación hemos tratado, se sigue un determinado procedimiento, pero al analizar varios documentos que se redactan en los procesos mercantiles que tienen como finalidad la aplicación del embargo como medida cautelar en ninguno se ve

²⁴³Serrano, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, 187.

establecida la motivación suficiente que respete el requisito de motivación en la que el juez se debe de amparar.

A continuación se explicará una de las resoluciones que emite el juez para hacer aplicable las medidas cautelares:

A) Admisión

Primero, la admisión de la solicitud o demanda en la cual se decreta las medidas cautelares que han sido previamente solicitada en la demanda o como solicitud durante el proceso, como por ejemplo el embargo, se puede percibir que en dicha resolución solo se manifiesta la orden por el juez de decretarlo y sobre que va a recaer dicha medida cautelar, a nuestro parecer existe un vacío en dicha resolución, ya que el juez de cierta manera es demasiado concreto y no razona la motivación que origino la admisión de dicha medida cautelar.

B) Mandamiento

Segundo, se realiza el mandamiento de embargo regulado en el art. 460 del CPCM donde el juez determinará la persona o personas contra las que se procede, y establecerá la cantidad que debe embargarse para el pago de la deuda, intereses y gastos demandados.

El Mandamiento de Embargo,²⁴⁴ es una orden que dispone que se haga efectivo un embargo, ya sea preventivo o ejecutivo; es decir, es una orden mediante el cual el Juez ordena al ejecutor de Embargo, que trabe el mismo al deudor, por el incumplimiento de la obligación. Según Humberto

²⁴⁴Humberto Tomasino, *El Juicio Ejecutivo en la legislación Salvadoreña*, 5^o ed. (El Salvador, Universitaria, 1960), 157.

Tomasino ofrece el siguiente concepto:²⁴⁵“Mandamiento de Embargo es la orden librada por el Juez en que se ordena el embargo de bienes del deudor, extendida en papel sellado correspondiente, salvo los casos de delito y los de aquellas personas que gozan el beneficio de pobreza”.

Además, en la práctica, esta resolución cumple con dos funciones, la primera como designación e indicador hacia el ejecutor de embargo y la segunda, como emplazamiento hacia el demandado. En la práctica el juez solo se limita a establecer orientaciones al ejecutor de embargo, las cuales generalmente son:

Cerciorarse de que los bienes en que trabe el embargo sean propiedad de la ejecutada; y que no sean inembargables de conformidad a los artículos 621, 622 CPCM., 1488 C. Cuando se embarguen salarios deberá trabarse en el porcentaje legal, en la forma progresiva señalada, y hacerlo constar en acta, so pena de nulidad.

Anotar la dirección exacta y número de Documento Único de Identidad del depositario Judicial que nombre, en cuyo poder queden los bienes embargados; 630 CPCM.

Que cuando embargue empresas mercantiles deberá darle cumplimiento a lo prescrito en el Art. 556 del Código de Comercio, informar a este Tribunal para los efectos del artículo 633 CPCM., y proceder al nombramiento del Interventor con Cargo a la Caja.

²⁴⁵Tomasino, El Juicio Ejecutivo en la legislación Salvadoreña, 157.

Que debe devolver el mandamiento de embargo sin dilación a más tardar dentro de los quince días hábiles de haberlo retirado del juzgado, según lo establecido en el Art. 144CPCM., en vista de no establecer plazo específico la normativa so pena de informar a la Honorable Corte Suprema de Justicia.

4.4.5 Consecuencia jurídica de la infracción del deber de motivar

El deber de motivación persigue que el juez o la autoridad administrativa, dé las razones que los mueven objetivamente a resolver en determinado sentido, a fin de hacer posible el convencimiento de los justiciables del porqué de las mismas, es por ello que el incumplimiento con la obligación de la motivación, adquiere connotación constitucional, pues su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en un juicio o procedimiento administrativo.²⁴⁶

Desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es 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 una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.²⁴⁷

La seguridad jurídica es un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero respeto, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones y elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida.²⁴⁸

²⁴⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 117-2003* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

²⁴⁷Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 103-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

²⁴⁸Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 18-98* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

El derecho a la seguridad, en su dimensión de seguridad jurídica, ha sido caracterizado por la jurisprudencia como un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene éste hacia el gobernador. Se entiende como un deber de naturaleza positiva, traducido no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida. Es decir, para que todos y cada uno de los gobernados tengan un goce efectivo y pleno de sus derechos.

El deber de motivación se desprende del derecho de seguridad jurídica y defensa, ya que con fundamento en éstos, los jueces tienen la obligación de motivar sus resoluciones, con la finalidad de que la persona afectada en cualquiera de sus derechos fundamentales a consecuencia de los pronunciamientos jurisdiccionales, conozca los motivos considerados por el juez para proveer su decisión, y así pueda defenderse utilizando los medios impugnativos previstos por la ley.²⁴⁹ En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial no expone los motivos que justifican su pronunciamiento, se provoca en el procesado incertidumbre en cuanto a la razones de la decisión judicial, lo cual a la vez genera dificultad para utilizar los recursos, incidiéndose directamente en el derecho de defensa.²⁵⁰

4.5 Aplicación del principio de proporcionalidad a la medida cautelar

Al parecer, ya no sólo exige del juez una motivación razonable y expresa, sino la estricta aplicación del principio de proporcionalidad que se configura, por tanto, como un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida

²⁴⁹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 266-2002* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

²⁵⁰Ibíd.

a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por tanto, de legitimación, y ello con independencia de la categoría jurídica dentro de la que se considere clasificarlo: como principio general del derecho²⁵¹ o como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales.

Resta, entonces, determinar qué garantías han de rodear a esta función jurisdiccional de aplicación de límites no previstos expresamente en un texto legal, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad. El principio de proporcionalidad va a constituir una pieza clave en orden a garantizar la constitucionalidad de la actividad limitadora del juez. Es de aclarar que los derechos fundamentales afectados por las medidas cautelares, varían dependiendo de la medida cautelar que se adopte.

Los propuestos necesarios para la aplicación del principio de proporcionalidad ya se han mencionado siendo estos: a) principio de idoneidad o de adecuación al fin; b) principio de necesidad o de intervención mínima; c) principio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de intereses.

a) Principio de idoneidad o de adecuación al fin

Al decretarse un mandamiento de embargo, el juez hace la valoración del objeto sobre el cual recae el mandamiento.

Al imaginar que Carlos es dueño de una sociedad la cual comprende cinco vehículos, dos inmuebles, maquinaria de trabajo, entre otros, y la deuda por la cual lo están demandando, es la suma de quince mil dólares de los Estados

²⁵¹ Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 533.

Unidos de América, el juez decreta la medida cautelar que es el embargo sobre todos los bienes del señor Carlos, la cual se adoptó a simple vista y sin falta de un peritaje, por lo consiguiente por la misma naturaleza de la medida cautelar se lo impide en cierta manera, pero vemos que valoración que se hace sobre las propiedades que recae el embargo no han sido valoradas con un medio idóneo, pues el juez no tiene la calidad de perito evaluador.

Ocurre muchas veces que dichas propiedades están valoradas en una suma más alta, y se da en la práctica que al ser admitida la solicitud se decrete esta sin ser detallada en cuanto al objeto de su ejecución, por lo que se podrían estar limitando los derechos fundamentales de propiedad y el derecho de la libertad comercial. En primer lugar, porque se le sustraen lo que son los bienes al demandado y segundo, porque le impide desarrollar su actividad comercial al estar privado de los medios necesarios para realizarla.

Aunque en la Constitución no exista una explícita limitación al derecho de la propiedad, se puede catalogar la que establece el art. 11 Cn, el cual dice que este derecho puede ser privado siempre y cuando exista una previa intervención del demandado, es decir, que a éste se le escuche y exista una defensa del derecho que se le está limitando, circunstancia que en la práctica no se realiza. Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que la finalidad del embargo es garantizar el derecho del acreedor,²⁵² sin importar la afectación que se le hace al derecho fundamental de propiedad establecido en el artículo 2 de la Cn.

Y en cuanto al derecho del libre comercio, el art. 102 Cn. se establece que cualquier persona puede ejercerlo siempre y cuando se respete lo que es el interés social, que consiste en todo aquello que tiende al beneficio y desarrollo

²⁵²Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente, *Sentencia de Apelación, Referencia: 1ºCyM-04-10-12-10* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

de la comunidad; situación que al considerarse en la realidad social, no se debería de estar limitando dicho derecho a consecuencia de una deuda comercial.

Según este criterio existe una contradicción por parte de los jueces, ya que en su competencia tratan de proteger y salvaguardar ambos derechos, pero así mismo se da libre creación de los límites de estos, es decir, atribuciones que no le corresponde a dicho órgano, sino más bien al legislador; y en caso de colisión de ambos derechos, lo correcto es la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad para su solución, situación que en las resoluciones emitidas por los jueces no existe un fundamento explícito ni apegado al ordenamiento jurídico, a consecuencia se emiten si un previo raciocinio de los derechos que se podrían estar limitando.

b) Principio de necesidad o de intervención mínima²⁵³

Asimismo, la decisión adoptada en el mandamiento de embargo, debe de tratar de estipular solo consideraciones que sean necesarias para que el fin que persigue la medida cautelar no haga caso omiso al principio de razonabilidad.

La razonabilidad se refiere no a un análisis lógico matemático sino a la necesidad de aplicar las disposiciones a los asuntos judiciales bajo la idea de justicia; e implica justamente la creación judicial de derecho a partir de valores constitucionales, o de la integración de disposiciones.²⁵⁴ En este punto es que se considera de gran trascendencia la figura de la motivación, al dejar el mandamiento de pago sin la motivación suficiente, se vuelve

²⁵³Sentencia de Apelación, Referencia: 1ºCyM-04-10-12-10, 2011.

²⁵⁴Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad*, Referencia: 20-2003 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

propensa la ejecución de este mandamiento de llegar a realizarse intervenciones excesivas.

Se puede formular la proporcionalidad como un criterio de justicia de una adecuada relación medios y fines en los supuestos de injerencias de la autoridad sobre los derechos fundamentales; es decir, como un patrón de medición que posibilite el control de cualquier acto excesivo mediante la contraposición del motivo y los efectos.

Ya que existe infracción constitucional cuando los jueces no motivan.²⁵⁵ El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la disposición constitucional, hacia la concreción y fundamentación de una norma más concreta.²⁵⁶ Por lo que el Juzgador no debe dejar espacios para que sus mandatos lleguen a ser alterados a la hora de ejecutarse, lo que ocurre en el mandamiento de pago al ser tan simple, al poder emplearse más la explicación tanto en lo que provoca que se decrete el mandamiento de pago, como en los objetos sobre los cuales debe recaer precisamente este.

Para que exista la proporcionalidad es necesario que la medida no altere el contenido esencial del derecho afectado; y que introduzca precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido.²⁵⁷

²⁵⁵Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Hábeas Corpus*, Referencia: 2-B-96 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1996).

²⁵⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucional*, Referencia: 11-2004 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

²⁵⁷Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad*, Referencia: 20-2003 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

c) En sentido estricto

La proporcionalidad se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con la de finalidad de determinar mediante una ponderación de bienes y valores en juego, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia o limitación guarda relación proporcional con el interés público, o constitucionalmente definido.²⁵⁸

Existen dos opciones para evaluar lo anterior:²⁵⁹ la primera, debe de realizar un test de razonabilidad donde se comprende el contenido esencial de los derechos fundamentales. Es decir, sostener que la garantía del contenido esencial opera como control de constitucionalidad de las medidas proporcionadas, que han superado el test de la razonabilidad, muchos autores defienden esta teoría, ya que es posible que una medida proporcionada sea inconstitucional, por afectar el contenido esencial, de un derecho fundamental y la segunda, opción parte de la imposibilidad de esto último.

En conclusión, existe la proporcional siempre y cuando se cumplan los siguientes criterios: la medida no debe de alterar el contenido esencial del derecho afectados y que la medida no alteradora introduzca precisiones tolerables de la norma iusfundamental teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido.

Urgen, entonces, dos modos de desproporcionalidad: desproporcionalidad por alteración y desproporcionalidad por injustificación.

²⁵⁸ Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo, 34.

²⁵⁹ *Ibidem*.

Por último, el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, denominación en el sentido de que determinado un acto como idóneo y necesario, es decir, que la limitación del derecho o libertad guarda razonabilidad con el interés estatal que se trata de amparar otro interés jurídico, si la privación del derecho o libertad no resulta excesivo, procede su limitación, pero si la afectación es excesiva conforme al juicio de ponderación, la limitación es inadmisibile.

4.6 Proporcionalidad constitucional

La doctrina de la proporcionalidad²⁶⁰ se conoce como el conjunto de exigencias o *tests* utilizados para verificar si la restricción a uno o más derechos fundamentales es justificada. Desde esta perspectiva, si una limitación de derechos es proporcionada, es justificable. Si no es proporcionada, no lo es.

En lo que respecta al contenido a este principio (como ya se ha mencionado), el mismo se encuentra compuesto por tres sub-principios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. El cumplimiento de estos sub-principios operan como gradas, cuya observancia sucesiva permite establecer si se da o no cumplimiento al principio de proporcionalidad en sentido amplio.²⁶¹ Y cada uno de los cuales expresa una exigencia que toda injerencia de autoridad estatal en los derechos fundamentales debe satisfacer.²⁶²

²⁶⁰ Julian Rivers, *Proportionality and variable intensity of review*, trad. y ed. de Santos Domínguez (Estados Unidos, LawJournal, 2006), 174.

²⁶¹ Pablo Contreras, "Una tesis para entender la medida de la pena en los casos de reiteración de delitos de la misma especie: análisis de las reglas penológicas contenidas en el artículo 351" (Chile, Código Procesal Penal a la luz del Principio de Proporcionalidad Constitucional, 2014) 635.

²⁶² Ignacio Covarrubias Cuevas, "La desproporción del test de proporcionalidad aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Chilena de Derecho* (2012): 450.

La noción del principio de proporcionalidad: que si bien este nace como un instrumento de defensa de la libertad individual frente al poder, (pero ha llegado a utilizarse en diferentes áreas del derecho) su devenir dependerá en un grado no menor de la relevancia de los objetivos que se pretende alcanzar, conforme a un *test* (por no llamarlo así principio) utilitarista con los derechos fundamentales. Así, estos quedarán en buena medida a expensas de la satisfacción de un fin público cumpliéndose que sea el resto de los presupuestos del *test* de proporcionalidad, entre los cuales no se encuentra el respeto al contenido medular de los derechos fundamentales ni tampoco la dignidad de la persona.²⁶³

Se entenderá que el *test* de proporcionalidad, toda aquella teoría que es necesaria emplear según Robert Alexy para que exista una proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales, la que precisamente se explicó en el capítulo II: 2.1.7 de la presente tesis.

Se afirma que existe una consideración de factores entre los cuales se recalcan: estructura, finalidad y contexto histórico del aludido *test*, o explicado de otra manera la aplicación del principio a los derechos fundamentales los cuales quedan en buena medida expuestos a un cálculo utilitarista que contribuye a que terminen prevaleciendo los objetivos estatales, invocados por el Estado, a costa del sacrificio de los derechos fundamentales.²⁶⁴ Lo cual se hace merecedor de una crítica en la aplicación de las MC, ya que se hacen a un lado los derechos fundamentales cuando se aplican las MC a una empresa, para que se resguarde el bien tutelado de posibles circunstancias que puede que ocurran o puede que no ocurran, pero el daño al derecho fundamental ya ha sido causado.

²⁶³ Covarrubias, La desproporción del test, 451.

²⁶⁴ *Ibíd.*, 4448.

4.6.1 Consecuencias de las formas en las que se aplica el principio

4.6.1.1 Punto de vista estructuralista

Se recalca la estructura de la aplicación del principio en relación al ordenamiento salvadoreño, ya que al igual que en otros países se debe seguir ese compuesto por tres sub-principios del principio de proporcionalidad para que se cumpla. Lo cual en muchas ocasiones puede presentar dificultades. Ya que se debe avanzar una grada de manera sucesiva, para llegar al siguiente sub-principio, pero en la práctica las medidas cautelares se dictan bajo un análisis con poca profundidad debido al tiempo limitado y la urgencia de estas de dictarse, lo cual genera que se dicten muchas veces sin ser estas la figura jurídica adecuada.

Pues todo lo que existe tiene una forma, como el principio de proporcionalidad. La forma de este principio es justamente “la proporcionalidad” o “razonabilidad” de la medida sub-iudice.²⁶⁵ Que actúa como limitante a aquellas figuras jurídicas que tienden a poner a un derecho fundamental en algún tipo de limitación, es esa la proporcionalidad que debe de importar en materia Mercantil al relacionarse con las MC.

Pero la inconsistencia se encuentra al confundirse pues la “proporcionalidad” con el término genérico de “proporción”, y “principio de proporcionalidad” nacido en la jurisprudencia alemana con las diversas proporcionalidades que hay en otras ramas del derecho.²⁶⁶ La proporcionalidad pergeñada por la jurisprudencia constitucional alemana solo aplica cuando hay un “fin” (que debe ser legítimo) y una “medida” (que debe adecuarse al fin, ser necesaria y

²⁶⁵ Juan Carlos Riofrío, “Alcance y límites del principio de proporcionalidad” *Chilena de Derecho*, n.8 (2016): 288.

²⁶⁶ Riofrío, “Alcance y límites del principio de proporcionalidad”, 288.

proporcionada).²⁶⁷ Sin estos dos extremos, los tres exámenes de adecuación, necesidad y proporción estricta simplemente resultarían incomprensibles. De estos dos extremos, el que marca la pauta (el que primero bosqueja “la forma”, en sentido metafísico) es el fin. Tanta primacía tiene el fin, que si se descubre una medida más idónea y menos lesiva de conquistarlo, la vieja medida estará llamada a caer.²⁶⁸

Según Toller,²⁶⁹ Sapag y otros autores²⁷⁰ han considerado conveniente añadir a los tres sub-principios clásicos de la proporcionalidad (los de adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta), uno adicional que consistiría en un juicio de respeto del contenido esencial de los derechos regulados. Pero según Juan Riofrío, sería aún más apropiado y completo exigir (mediante un test o sub-principio) que la medida en sí misma sea legítima en derecho, en todos los aspectos imaginables. Tanto el fin, como la medida deben ser legítimos.

La mencionada legitimidad de la medida faltaría no solo cuando atentara contra el núcleo fundamental de los derechos regulados, sino también de los derechos no regulados directamente, o cuando la medida transgrediera una norma superior, o sea dictada por autoridad incompetente, o violente irremediablemente otros principios fundamentales como el de igualdad, dignidad, etc. En todos estos casos parece claro que la medida ilegítima es, a la vez, desproporcionada. Según Juan Riofrío, redactado al estilo anglosajón, el test podría sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿La medida adoptada es inconciliable con el núcleo de algún derecho fundamental en

²⁶⁷ Humberto Ávila, *Teoría de los principios* (España, Marcial Pons, 2011), 145.

²⁶⁸ Riofrío, Alcance y límites del principio de proporcionalidad, 288.

²⁶⁹ Fernando Toller, *Los derechos in concert* (México, Porrúa), 111.

²⁷⁰ Mauricio Maldonado Muñoz, “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”, *Chilena de Derecho*, n. 15 (2012):139.

juego, o con algún fin, valor, principio o norma superior? Si fuese inconciliable, la medida habría de tenerse como ilegítima.

Esto se vuelve importante ya que en la actualidad, aporta algo nuevo que no manifestaba Robert Alexy, tanto los valores y principios estarían en igual equidad a las normas jurídicas, a nuestro criterio las mismas normas jurídicas se han alimentado siempre con las dos figuras antes mencionadas, entonces esto hace reflexionar, por qué en el caso de las MC, que se le aplican a las empresas mercantiles no se respecta a la hora de aplicarse estas, la consideración a los valores que respaldan a la figura de las empresas mercantiles como lo sería por ejemplo la dignidad de la propia figura de la empresa.

4.6.1.2 Punto de vista desde la Finalidad

La finalidad del principio también es punto en crítica, ya que establecer que finalidad correcta va a prevalecer, la cual debe de respetarse, se vuelve un tanto desigual dependiendo las circunstancias en las cuales se enmarque la medida cautelar que se imponga, la cual afectara en diferentes ámbitos de distintas maneras en ocasiones a un mismo derecho fundamental.

Y es que el principio de proporcionalidad no tiene fines meramente didácticos: no busca evidenciar lo irrazonable solo con ánimos eruditos. Por el contrario, su fin ulterior es controlar que las decisiones de la autoridad sean razonables. Este control primero debe hacerlo la misma autoridad pública a la hora de dictar sus propias normas.²⁷¹

²⁷¹Riofrío, Alcance y límites del principio de proporcionalidad, 287.

4.6.1.3 Punto de vista desde el Contexto histórico

Debido a que los ordenamientos jurídicos de cada país deben de adaptarse según la necesidad que presenta su población, es que se considera que este el principio debe de adaptarse a la actualidad de la población salvadoreña ya que han cambiado año con año las formas de considerar a los derechos fundamentales, a consecuencia estos no deben verse sometidos a limitaciones causadas por las medidas cautelares.

Se recalca que actualmente se hace es básicamente; en primer lugar, simplemente se omite o excluye deliberadamente el sub-principio de balanceo o proporcionalidad en sentido estricto, la aproximación más utilitarista del principio, pues se vale de las circunstancias en las que se encuentran las medidas cautelares para no hacer un balance de derechos adecuadamente y en segundo término, el estándar no consiste en optimizar costos y beneficios, situando a los derechos y a los intereses invocados por el Estado en lados opuestos de la balanza, sino que en lograr la más eficiente búsqueda de objetivos relevantes, sin necesariamente llegar a sacrificar a los derechos en juego.²⁷² La ejecución de las MC adoptadas a una empresa implica un gran costo en la mayoría de casos ya que esta deja de operar y privarse de su rubro, y los beneficios obtenidos no son proporcionales.

Una de las divergencias acerca del principio de proporcionalidad con relación a aquellos que sustentan una noción más afín al balanceo, *versus* otra que más bien excluye el análisis de optimización de costo-beneficio, Mientras la primera subraya la necesidad de que el gravamen ocasionado (en el derecho fundamental) por la intervención estatal se vea compensado por la envergadura de los fines alcanzados o por alcanzarse a través de la medida

²⁷² Covarrubias, La desproporción del test de proporcionalidad, 453.

pública adoptada, la noción menos utilitarista enfatiza que la intensidad de las medidas restrictivas no vayan más allá de lo estrictamente necesario para lograr el legítimo fin público.²⁷³

Si bien este principio eleva formalmente los requisitos para intervenir un derecho fundamental como consecuencia de la definición o aplicación de potestades regulatorias que busquen satisfacer una necesidad pública, suele pasar bastante inadvertido que este instrumento se encuentra concebido por una lógica –instrumental, finalista, histórica– que contribuye a justificar en la práctica que el objetivo constitucionalmente invocado como legítimo termine habitualmente llevando al despeñadero al derecho intervenido.²⁷⁴

Con todo ello queda plasmado que no se aplica con una conciencia crítica de afectación hacia los derechos fundamentales, más se decretan las MC prácticamente sin análisis previo debido a los lineamientos que se han dado como consecuencia de la manera de operar de nuestro ordenamiento jurídico.

4.6.1.4 Lo positivo del principio

La proporcionalidad no nació para controlar otras violaciones de derechos fundamentales o humanos perpetradas por personas privadas, ni para solucionar conflictos entre particulares. Tampoco el principio fue creado para detectar todo lo que es arbitrario, antijurídico o contrario a la razón.²⁷⁵

²⁷³ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 3^o ed., trad. y ed. Julian Rivera (Estados Unidos, Oxford University Press, 2002), 450.

²⁷⁴ Covarrubias, La desproporción del test de proporcionalidad, 454.

²⁷⁵ *Ibidem*. 85.

Pero como el principio nació sin una definición normativa o jurisprudencial precisa,²⁷⁶ no siempre resulta claro cuándo conviene aplicar el principio, qué cuestiones se encuentran fuera de juego y cuáles son sus límites. A la vez, en las últimas décadas el principio ha ido expandiendo su radio de acción a terrenos donde inicialmente no se preveía su aplicación. En concreto, parte de la doctrina ha sustituido los derechos absolutos por este principio absoluto. Alexy ha manifestado que en los derechos fundamentales el uso de este principio resulta inevitable porque “no hay otro modo racional en el que la razón para limitar puede ser puesto en relación con un derecho fundamental”²⁷⁷ mientras Beatty lo considera como un “criterio universal de constitucionalidad”.²⁷⁸

Pero debido a que los ordenamientos jurídicos de cada país deben de adaptarse según la necesidad que presenta su población, es que se considera que este el principio debe de adaptarse a la actualidad de la población salvadoreña ya que han cambiado año con año las formas de considerar a los derechos fundamentales, por lo que se considera que estos no deben verse sometidos a limitaciones causadas por las medidas cautelares.

Se recalca que lo que actualmente se hace es básicamente; en primer lugar, simplemente se omite o excluye deliberadamente el sub-principio de balanceo o proporcionalidad en sentido estricto, la aproximación más utilitarista del principio, pues se vale de las circunstancias en las que se encuentran las medidas cautelares para no hacer un balance de derechos

²⁷⁶Cianciardo, El principio de razonabilidad, 62.

²⁷⁷Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Española de Derecho Constitucional*(2002), 74.

²⁷⁸ David M. Beatty, “*The Ultimate Rule of Law*”, trad. Y ed. de Henry Costas (Estados Unidos, Oxford University Press, 2004), 162.

adecuadamente y en segundo término, el estándar no consiste en optimizar costos y beneficios, situando a los derechos y a los intereses invocados por el Estado en lados opuestos de la balanza, sino que en lograr la más eficiente búsqueda de objetivos relevantes, sin necesariamente llegar a sacrificar a los derechos en juego²⁷⁹. La ejecución de las MC adoptadas a una empresa implica un gran costo en la mayoría de casos ya que esta deja de operar y privarse de su rubro, y los beneficios obtenidos no son proporcionales.

Una de las divergencias acerca del principio de proporcionalidad con relación a aquellos que sustentan una noción más afín al balanceo, *versus* otra que más bien excluye el análisis de optimización de costo-beneficio, mientras la primera subraya la necesidad de que el gravamen ocasionado (en el derecho fundamental) por la intervención estatal se vea compensado por la envergadura de los fines alcanzados o por alcanzarse a través de la medida pública adoptada, la noción menos utilitarista enfatiza que la intensidad de las medidas restrictivas no vayan más allá de lo estrictamente necesario para lograr el legítimo fin público.²⁸⁰

Si bien este principio eleva formalmente los requisitos para intervenir un derecho fundamental como consecuencia de la definición o aplicación de potestades regulatorias que busquen satisfacer una necesidad pública, suele pasar bastante inadvertido que este instrumento se encuentra concebido por una lógica –instrumental, finalista, histórica– que contribuye a justificar en la práctica que el objetivo constitucionalmente invocado como legítimo termine habitualmente llevando al despeñadero al derecho intervenido.²⁸¹ Con todo

²⁷⁹ Covarrubias, La desproporción del test de proporcionalidad, 453.

²⁸⁰ Alexy, A Theory of Constitutional Rights, 450.

²⁸¹ Covarrubias, La desproporción del test de proporcionalidad, 454.

ello, queda plasmado que no se aplica con una conciencia crítica de afectación hacia los derechos fundamentales, más se decretan las MC prácticamente sin análisis previo debido a los lineamientos que se han dado como consecuencia de la manera de operar del ordenamiento jurídico.

4.6.2 Una medida proporcionada puede limitar los derechos fundamentales

Lo afirmado puede suceder siempre que se estime: que no exista interferencia menos lesiva que aquella que sea equivalente a imposibilitar él como dice, a modo ilustrativo,²⁸² Martínez López: “el contenido de los derechos y libertades fundamentales y en concreto su núcleo esencial puede ser vulnerado por la acción de los Poderes Públicos, no solo cuando proceden a su regulación o a su intervención sobre ellos con sentido restrictivo o constrictivo, sino también cuando dirigen su acción a favorecer su más pleno y efectivo ejercicio” ejercicio de la libertad o liquidar parte de su contenido esencial, a condición y que el beneficio pretendido por la medida restrictiva sobrepase el costo padecido por el derecho fundamental.

Si, en definitiva, la medida de lo proporcionado (lo justo) se encuentra determinada por un resultado en el que los beneficios buscados por la medida de intervención del derecho fundamental compensen los costos padecidos por este, a mayores beneficios observados tanto mayor será el grado de intensidad en la restrictividad del derecho afectado.²⁸³

²⁸² José Luis Martínez, *Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado social de Derecho: Educación y sindicatos* (España, Derecho Administrativo, 1985), 397.

²⁸³ Germán José Bidart Campos, *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, 3º ed. (Argentina, Ediar, 1984), 107.

a) Del por qué la proporcionalidad contribuye a proteger el contenido esencial²⁸⁴

En efecto, si la proporcionalidad es una exigencia de justicia, proporción y equilibrio, no es admisible que en nombre del bien común se prive a las personas de sus derechos fundamentales así como tampoco es justificable perjudicar la satisfacción del interés público bajo el pretexto de dejar a aquellos derechos intocados.

b) La amenaza de la proporcionalidad

Se ha estudiado que el núcleo de la proporcionalidad en sentido estricto—subyace la noción de que la licitud o ilicitud constitucional de una medida que restrinja derechos fundamentales suele determinarse según algún modo de cálculo o ponderación entre los derechos fundamentales y los denominados bienes o fines de relevancia constitucional, hasta el punto de admitirse el sacrificio de los primeros (derechos) a manos de los segundos (interés público) o de derechos que puedan identificarse con este.

Desde este planteamiento, la proporcionalidad, en su versión optimizadora, se advierte como un método ciertamente inadecuado para la eficaz tutela de derechos fundamentales absolutos. Esta posición se sitúa ciertamente en las antípodas de aquella concepción liberal de corte colectivista-consecuencialista que sostiene que los derechos pueden en el contexto de la ponderación balanceadora, ser legítimamente eliminados en aras de bienes colectivos.²⁸⁵

²⁸⁴ Ignacio Covarrubias Cuevas, *El bien común, el interés público o los fines constitucionalmente legítimos como justificaciones del regulador para limitar los derechos fundamentales*, (Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011), 397-433.

²⁸⁵ Robert Alexy, *Derechos individuales y bienes colectivos: el Concepto y la Validez del Derecho* (España, Gedisa, 1994), 208.

Lo anterior lo justifica como consecuencia de una ponderación entre bienes públicos y derechos individuales. Es coherente esta forma de razonar si se concibe a los derechos como “mandatos de optimización” que “exigen una realización lo más amplia posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”, así como también, a la inversa, de aquella noción individualista bastante difundida y que proclama que “los derechos deberían ser respetados aun cuando su ejercicio le hiciera a la comunidad estar peor”.²⁸⁶

²⁸⁶Ronald Dworkin, “*A Matter of Principle*”, trad. Y ed. de Hugo Henríquez (Estados Unidos, Harvard University Press, 1985), 425.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Realizada la investigación se logró el alcance los objetivos propuestos, el equipo de investigación llegó a las conclusiones siguientes:

Con respecto a los objetivos de la investigación se puede determinar que el objetivo general con el cual se verificar si las medidas cautelares que implementan los Jueces de lo Civil y Mercantil en el departamento de San Salvador, limitan los derechos fundamentales, por lo cual se analizó si implementan de una forma correcta los principios como el de proporcionalidad y el de razonabilidad y en el cual se logra establecer la limitación de los derechos fundamentales en la ejecución de las medidas cautelares, al carecer de un examen riguroso para que estas sean ejecutas en los procesos mercantiles.

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad los recoge la doctrina y jurisprudencia, para poder considerar los límites que ejecutan los jueces, y estos no sobrepasen la esfera de protección que tienen los derechos fundamentales, por lo que consta que los jueces tienen parámetros en los que se pueden apoyar al fundamentar las resoluciones, pero que en la realidad no lo hacen pues carece de una adecuada resolución con una motivación suficiente para que operen las MC.

Se establecen limitaciones a los derechos fundamentales contempladas en nuestra Constitución de la República, con la implementación de las medidas cautelares en el proceso mercantil, ya que se parte de la carencia de disposiciones explícitas donde se tracen lineamientos alusivos a los principios de proporcionalidad y razonabilidad para que estas se ejecuten de una mejor manera.

RECOMENDACIONES

Después de haber hecho un análisis de toda la problemática en torno a las Limitaciones a los derechos fundamentales por la ejecución de las medidas cautelares reguladas en el proceso mercantil en El Salvador, por parte de las instituciones competentes, podemos dar las siguientes recomendaciones:

Es así que se considera necesario que la legislación salvadoreña regule de forma más explícita el procedimiento en el que deben ejecutarse las medidas cautelares en los procesos mercantiles, no limitando los derechos fundamentales de una persona para proteger los de otro, ya que esto evitaría la excesiva arbitrariedad con la que se ejecutan.

Los Jueces deben de exponer correctamente las consideraciones de hecho y de derecho que justifiquen las dediciones que emitan en sus resoluciones, al momento de aplicar o de ejecutar una medida cautelar, se debe de considerar los límites que sobrepasan con las medidas y tomar en cuenta los principios básicos que todas las resoluciones deberían de tener, el principio de proporcionalidad y razonabilidad, por lo que debería de crearse medios de control para la motivación de las resoluciones judiciales.

Se vuelve indispensable que el ordenamiento jurídico le dé un realce más amplio al principio de proporcionalidad y razonabilidad como esferas protectoras de los derechos fundamentales.

Asimismo, se debería de realizar un análisis previo a los derechos fundamentales y a sus límites regulados en la Constitución, para cuando estos se vean vulnerados en el proceso mercantil, se tomen en cuenta los parámetros reguladores para la ejecución de las medidas cautelares en los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª ed. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Alexy, Robert. A Theory of Constitutional Rights, 3ª ed., Traducción y edición de Julian Rivera, Estados Unidos: Oxford University Press: 2002.

Alexy, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos, El Concepto y la Validez del Derecho, España: Gedisa, 1994.

Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª ed. Argentina, Ediar S. A., 1943.

Alvarado Velloso, Adolfo. Temas procesales conflictivos 2: cautela procesal, Argentina, Rosario, 2008.

Antequera Parilli, R. y otros. Propiedad Intelectual, Temas Relevantes en El Escenario Internacional. Centroamérica, Marco Antonio Palacios y Ricardo Antequera, 2000.

Arango Rivadeneira, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Colombia: Legis Editores, 2005.

Asencio Mellado, José María. La Prisión Provisional. España: Civitas, S.A. 1987.

Ávila, Humberto. Teoría de los principios, España: Marcial Pons, 2011.

Barba Martínez, Gregorio Peces. Curso de derechos fundamentales, Teoría General. España: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

Barona Vilar, S. y Otros. Las Medidas Cautelares, España: Mates Cronos, S.A., 1993.

Bastida, Francisco J. y otros, Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. España: Tecnos, 2004.

Beatty, David M., The Ultimate Rule of Law, traducido y editado de Henry Costas. Estados Unidos: Oxford University Press, 2004.

Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2005.

Bernal Pulido, Carlos. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

Bidart Campos, Germán José, La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales, 3º ed., Argentina: Ediar, 1984.

Calamandrei, Hero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. 7º ed., Argentina: Bibliográfica Argentina. 1945.

Carbonell, Miguel. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Perú: Palestra Editores, 2010.

Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo I, Derecho Civil. Colombia: Harla, 1971.

Cea, Egaña. José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Chile: Universidad Católica de Chile, 2002.

Cianciardo, Juan. El principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, 2 ed. Argentina: Abaco de Rodolfo Depalma, 2009.

Cifuentes, S. Elementos de Derecho Civil. Parte General, 4º ed. Argentina, Astrea, 1995.

Clérico, Laura. El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional. Argentina: Eudeba, 2009.

Cortés Domínguez, Valentín. Derecho Procesal Civil. 2º ed. España: Tirant Lo Blanch, 1993.

De Casadevantes, Fernández. La aplicación del convenio Europeo en España. España, Tecnos, 1988.

Diez Picazo, Luis. Derecho Justo. Fundamento de ética jurídica. España: Civitas, 1985.

Dworkin, Ronald, A Matter of Principle, traducido y editado de Hugo Henríquez. Estados Unidos: Harvard University Press, 1985.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. España: Trotta, 1997.

García, Alonso. La interpretación de la Constitución. España: Tapa Blanda, 1984.

Gimeno Sendra, Vicente y otros, Derecho Procesal, Tomo II, Proceso Penal 3° Ed. España: Tirant lo Blach, 1989.

González Beilfuss, Markus. Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, en Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Vol. II. España: Aranzadi, 2006.

González Serrano Cuellar, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. España: Colex, 1990.

Hernández Valle, Rubén. El Derecho de la Constitución, Vol. II. Costa Rica: Edit. Juricentro, 1994.

Hidrón, J., Henao. Derecho Procesal Constitucional; Protección de los Derechos Constitucionales. Colombia: Temis S.A. Bogotá, 2003.

De Esteban, Jorge y González Trevijano, José. Curso de Derecho Constitucional Español. España, Universidad Computense, 1994.

Maldonado Muñoz, Mauricio. El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas, Vol. III. Ecuador: Ius Humani, 2012.

Carrasco Durán, Manuel. Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Vol. II. España: Aranzadi, 2006.

Montero Aroca, J. y otros. El Nuevo Proceso Civil, 2ª ed. España: Tirant Loblanch, 2001.

Nogueira Alcalá, Humberto. Dogmática constitucional. Tomo I. Chile: Universidad de Talca, 1997.

Palacios, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil, 17º ed. Argentina, AbeledoPerrot, 2003.

Pardo Nuñez, C. Anotaciones Judiciales de Embargo y Demanda, 10º ed. España: Marcia Pons, 1997.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, 7º ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

PerelloDomenech, Isabel. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, en Jueces para la democracia. 2º ed., España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Pérez Lasala, J. L. Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorios. Argentina: Depalma, 1992.

Pérez Luño, Antonio. Los derechos fundamentales, 9º ed. España: Tecnos, 2007.

Pérez Tremps, Pablo y Sánchez Barrilao, Juan Francisco. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Salvadoreña, Justicia de Paz. España: 2001.

Perreño, Giner. El tratamiento de la Marca en el Tráfico Jurídico-Mercantil. España: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

Ponce, Carlos Raúl. Ejecución procesal forzada, Juicio ejecutivo, Medidas Cautelares, Tomo III. Argentina: Abaco, 1998.

Prieto Sanchís, Luis. El juicio de ponderación constitucional, en Alexy, R., y otros, El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional Chile: Librotecnia, 2010.

QuinzioFigueiredo, Jorge Mario. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, 2º ed. Chile: LexisNexis, 2008.

Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. Procesos y Medidas Cautelares. 2º ed., Colombia: Okey Impresores, 1991.

Ramiro Podetti, J. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, 2º ed. Argentina, Ediar, 1969.

Rivers, Julian, Proportionality and variable intensity of review, traducido y editado de Santos Domínguez. Estados Unidos: LawJournal, 2006.

Rodríguez de Santiago, José María. La Ponderación de Bienes e Intereses en El Derecho Administrativo. España: Marcal Pons, 2000.

Rojas, Ivonne Yenissey. El principio de proporcionalidad de las penas. México: Biblioteca Jurídica Virtual de las Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.

Saenz Moreno, Fernando. Conceptos Jurídicos, Interpretación y discrecionalidad Administrativa. Vol. I, España: Civitas, 1976.

Sánchez Gil, Rubén. El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Sapag, Mariano. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado, Colombia: Díkaion, 2008.

Serra Domínguez, Manuel. Las medidas cautelares en el proceso civil. 4º ed., España: Civitas, 1974.

Solozábal Echavarría, Juan José. Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. 3º ed., España: Estudios Políticos, 1991.

Tomasino, Humberto. El Juicio Ejecutivo en la legislación Salvadoreña. 5º ed., El Salvador: Universitaria, 1960.

Tórtora Aravena, Hugo. Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales, 2º ed., Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2010.

Weinberger, Ota. Alternative Handlungstheorie, Böhlau, Vienna et alt. Traducción y edición de Carlos Bernal Pulido. Alemania: 1996.

TESIS

Amaya Benavides, Blanca Ofelia y otros, "El conflicto entre presunción de inocencia y libertad de expresión en la fase de instrucción del proceso penal

con tendencia acusatoria”. Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 1996.

Castillo Panameño, Ismael. Sistemática y Técnica Jurídica. El Salvador: Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1975.

Martínez Pérez, Ever Ulises y otro, “Las Ventajas de las Medidas Cautelares en el Código Procesal y Mercantil”. Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 2011.

Molina Méndez, José Carlos y López Nuila, Jaime Alberto. “Los derechos humanos y la garantía del amparo: análisis histórico, doctrinal y jurisprudencial”. Tesis de licenciatura, Universidad Tecnológica, 2013.

Vanegas Granados, Krissia Emileyda. “Interpretación Constitucional: Evolución e impacto Político-Social en el periodo 2004-2013”. Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 2013.

LEGISLACIÓN

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

Código de Familia. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993.

Código De Procedimientos Civiles. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1982.

Código Procesal Civil Y Mercantil. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2010.

Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica. Uruguay, Secretaria General, 1988.

Constitución de la República De El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Ley Procesal de Familia. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994.

TRATADOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998.

Segundo V Linares Quintana, Tratado de Interpretación Constitucional. Argentina: 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Salvador, Asamblea Legislativa, 1991.

JURISPRUDENCIA

Nacionales

Cámara Primera de lo Civil de la primera sección del centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 66-11CM1-2011, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara de lo Civil de la primera sección de occidente, Sentencia de Apelación, Referencia: 35-2011, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara Tercera de lo Civil, Sentencia Definitiva, Referencia: C-23-PC- 2012-CPCM. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia Definitiva, Referencia: 115-30-C2-2003, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003.

Cámara de lo Civil de la primera sección de occidente, Sentencia de Apelación, Referencia: 35-201, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara Primera de lo Civil de la primera sección del centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 66-11CM1-2011, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 66-11CM1-2011, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva, Referencia: 1572-2003, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia 282-2004. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 117-2003. El Salvador, Corte Suprema de Justicia: 2014.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 13-X-1998-150-97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 22-A-94. El Salvador, Corte suprema de Justicia, 1996.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 23. El Salvador, Corte suprema de Justicia, 2003.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 160-2004AC. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 152-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 38-2005. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Hábeas Corpus, Referencia: 2-B-96. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1996.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucional, Referencia 17-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucional, Referencia 11-2004. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucional, Referencia: 320-97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucional, Referencia: 11-2004.
El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 20-
2003 El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-
97. El Salvador, Corte suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-
95. El Salvador, Corte suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 17-
95. El Salvador, Corte suprema de Justicia, 1995.

Sala de lo Inconstitucionalidad, Sentencia de Inconstitucionalidad,
Referencia: 22-97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 590-
2007. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 320-
97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-
2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 17-
2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 7-2008/25-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia - 2002/32 - 2002/33 – 2002. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 17-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2066. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 12-99/2-2000. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 39-2005. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-96. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia:7-IX-2001,15-98. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 864-2002. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-97. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 84-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 103-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 18-98. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 266-2002. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 20-2003. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 590-2007, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2015, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 363-CAS-2006, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 219-2004, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 24-98, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002.

Internacional

Sala Primera, Sentencia de Amparo, Referencia 1996,128/1995. España: Tribunal Constitucional, 2011.

Sala Primera, Sentencia de Amparo, Referencia 9204/2006 179 21-11-2011.
España: Tribunal Constitucional, 2011.

INSTITUCIONAL

Nacional

Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal. El Salvador: 1999.

Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal. El Salvador: 1998.

Consejo Nacional de la Judicatura, Debido Proceso sustantivo (La aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad). El Salvador: 2005.

Internacional

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: Principios y Criterios relativos a refugiados y Derechos Humanos, España: Universidad Iberoamericana, 1992.

Concejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial: Las medidas Cautelares. España: Editorial Mateu Cromo, S. A., 1994.

REVISTAS

Alexy, Robert: "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales," España: Revista Española de Derecho Constitucional, 2002.

Carreras, Jorge. Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC. España: Revistajurídica de Cataluña, 1958.

Covarrubias Cuevas, Ignacio, La desproporción del test de proporcionalidad aspectos problemáticos en su formulación y aplicación, Chile: Revista Chilena de Derecho, 2012.

De Miguel, Carlos. Notas sobre el proceso cautelar. España: Revista de Derecho procesal, 1966.

Prieto Castro, Leonardo. Derecho Procesal Civil. España: Revista Derecho Privado, 1965.

Riofrío, Juan Carlos: Alcance y límites del principio de proporcionalidad; Chile: Revista Chilena de Derecho, 2016.