

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

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

**PRESENTADO POR
ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, VICTOR HUMBERTO
DURÁN PINEDA, FATIMA VANESSA
RODRÍGUEZ CHÁVEZ, IVONNE ADRIANA MARCELA**

**LIC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA
DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2012.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOBO
RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOBER
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios: todo poderoso por haberme brindado la sabiduría necesaria y la inteligencia que fueron fundamentales en el recorrido por alcanzar el éxito.

A mis padres: Lorenzo Isabel Álvarez Quiteño por su ardua labor desempeñada como padre amigo y hermano por su destacado esfuerzo en brindarme las herramientas necesarias para alcanzar el fin trazado junto a mi madre Cándida Hernández de Álvarez por ese amor el cual fue el motor para seguir adelante en el camino a alcanzar mi meta como profesional.

A mi familia: Milagro Álvarez, Rosa Álvarez, Maricela Álvarez por su apoyo incondicional tanto espiritual como moral para llegar a culminar mi formación como profesional, así también por sus esfuerzos en contribuir a mi formación académica y por su labor realizada para ayudar a alcanzar este sueño que llega a materializarse.

A mis compañeras de tesis: Fátima Duran, Marcela Rodríguez amigas y compañeras de tesis que con esfuerzo y dedicación logramos ejecutar el presente Trabajo de investigación a quienes recordare siempre.

A nuestros asesores: Licenciado Luis Eduardo Ayala y Licenciado Hugo Dagoberto Pineda Argueta por su tiempo y conocimientos brindados para lograr cumplir con la investigación.

A la Universidad de El Salvador: Nuestra casa de estudios por abrirnos las puertas y permitirnos formar como excelentes profesionales al servicio de la nación.

VICTOR HUMBERTO ALVAREZ HERNÁNDEZ

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme el valor, la fuerza y la sabiduría para llegar hasta aquí, que es nada más el comienzo de un largo camino profesional.

Porque considero que es prohibido olvidar a los que me han hecho lo que hoy soy: Mis padres, Alberto y Sonia, parte de este es triunfo es de ustedes, Gracias.

A vos, mi Scarlet, que aparte de enseñarme a ser madre, sos la razón y el sentido de mi existencia, te amo hija. A mi hermana Marilyn por cuidarte en mi ausencia.

A Marcela Rodríguez y Víctor Álvarez, mis amigos y compañeros con los que compartí este proceso de graduación en el que aprendí mucho de ustedes.

Al Dr. Ricardo Mena Guerra por su valiosa aportación para esta investigación y nuestro apreciable asesor de tesis, Lic. Hugo Dagoberto Pineda.

FATIMA VANESA DURÁN PINEDA

AGRADECIMIENTOS

Al padre de Jesús, que hoy me permite culminar mi carrera, porque es él quien me dio las fuerzas, sabiduría y el coraje para llegar hasta donde estoy. Y en las dificultades, fue a mi auxilio.

A mi madre, Mercedes Chávez, por ser la fuerza motriz de mi existencia. Quien me ha sostenido a lo largo de mi vida y me ha formado como la mujer que soy; gracias por ser padre y madre; por ser mi bastón en el cual me apoyo día a día, y por sus sabios consejos que me han orientado en la vida.

A mi familia, por comprenderme y brindarme en todo momento su apoyo, en especial a mi hermana Ana Mercedes Mejía, por ser el brazo derecho de mi madre y sacrificarse por vernos crecer a los que dependemos de ella.

A mis compañeros de tesis, Fátima Durán y Víctor Álvarez, por ser mis compañeros, amigos, hermanos, gracias por los momentos que quedan grabados en nuestra historia y que esta amistad perdure hasta el final.

A nuestro asesor de tesis Licenciado Hugo Pineda Argueta, por compartir sus conocimientos y el tiempo para el desarrollo de esta investigación.

Al Dr. Ricardo Mena Guerra y al Lic. Miguel Cedillos, por esa colaboración que nos brindaron desinteresadamente para el desarrollo del trabajo.

A la Universidad de El Salvador, por ser nuestra Alma Mater, que nos ha formado académica y profesionalmente a lo largo de la carrera.

IVONNE ADRIANA MARCELA RODRÍGUEZ CHÁVEZ

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	i
INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I DESARROLLO DEL PLAN DE INVESTIGACIÓN	1
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2 IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	4
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	10
1.4 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.5 JUSTIFICACIÓN.....	12
1.6.1 Objetivo General.....	16
1.6.2 Objetivos Específicos	16
1.7 DETERMINACION DE METODOS Y TECNICAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACION.....	17
1.7.1 Tipo de Investigación.....	17
1.7.2 Informantes Claves.....	18
1.7.3 INSTITUCIONES VINCULADAS	18
1.8 PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACION.....	18
CAPITULO II EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	20
2.1 ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789.....	20
2.1.1 Nociones básicas de Derecho Administrativo	20
2.1.2 Concepto de Derecho Administrativo	21

2.1.3 Naturaleza jurídica del Derecho Administrativo	23
2.1.4 Fuentes del Derecho Administrativo.....	24
2.1.5 Características del Derecho Administrativo.-.....	26
2.1.6 El Acto Administrativo.....	29
2.1.7 Evolución del Derecho Administrativo en el Derecho Comparado.....	31
2.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LOS SIGLOS XIX y XX.....	35
Teoría de la División de Poderes.-	36
2.2.2 La Administración Pública, como parte del Poder Público.	37
2.3 APARECIMIENTO DEL ESTADO	41
2.3.1 El Estado como medio de Poder	44
2.3.2 Estado, Poder y Funciones.	46
2.4.1 Surgimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.....	59
2.4.2 Antecedentes Históricos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña.-.....	66
2.4.3 Sistema Administrativo Salvadoreño	69
CAPITULO III LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR	72
3.1 EL DERECHO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO A LA LUZ DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	72
3.1.1 Nociones básicas de Constitución.-.....	72
3.1.2 Estado Constitucional de Derecho	76
- Elementos del Estado Constitucional de Derecho	79
3.1.3 Derecho Administrativo	86

- La división de Poderes y el Derecho Administrativo	87
3.1.4 La Transición del Estado de Legalidad al Estado de la Constitucionalidad y al sometimiento a las Reglas Universales mínimas de Derechos y Garantías Individuales.	88
Los derechos individuales frente al Estado	89
Los derechos individuales en el Estado de Derecho.....	90
3.1.5 Inserción de la Constitución en el Ordenamiento Preconstituido.....	91
- La Persona Humana como origen y fin del Estado.....	92
3.2 SURGIMIENTO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE 1978.	111
3.2.1 Instauración de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo	112
3.3 PARTICULARIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR.....	118
3.4 ESTRUCTURA ORGÁNICA JURISDICCIONAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.	126
3.4.1 La Sala de lo Contencioso Administrativo como único Tribunal especializado en la materia.	132
3.4.2 Contravención al Derecho de Acceso a la Jurisdicción en el Proceso Contencioso Administrativo.	144
3.5 EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.	150
3.5.1 Actos cuya impugnación no requieren del agotamiento de la vía Administrativa.	154
3.5.2 Principios Generales del Procedimiento Administrativo en El Salvador.	155
CAPITULO IV LA TUTELA CAUTELAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	165

4.1 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DESDE LA CONCEPCION FINALISTA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA.....	165
4.1.1 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia para hacer valer Derechos e Intereses Colectivos.	170
4.1.2 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia para hacer valer Derechos e Intereses Difusos.....	171
4.1.3 Derecho de Una Sentencia que Resuelva la Controversia.....	172
4.1.4 Derecho a la Efectividad de la Tutela.....	173
4.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL SISTEMA NORMATIVO SALVADOREÑO.....	174
4.3 DELIMITACION CONCEPTUAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA NORMATIVO SALVADOREÑO.....	177
4.3.1 Concepto y Definición de Medidas Cautelares.....	184
4.3.2 Características de las Medidas Cautelares.	187
4.3.3 Clases de Medidas Cautelares.....	192
4.4 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO.	193
4.4.1 Doctrinas del “FOMUS BONI IURIS” y del “PERRICULUM IN MORA” como criterios para la adopción de las Medidas Cautelares.....	196
4.4.2 EI PERICULUM <i>IN DAMNI</i> , Presupuesto no nombrado, pero Implícito.....	200
4.4.3 Formas de Admisión de la solicitud de Suspensión en el Proceso Contencioso Administrativo.	201
4.5 LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO ÚNICA MEDIDA CAUTELAR RECONOCIDA EN LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	203

4.5.1 Función de la Tutela Cautelar	203
4.6 APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES POR LA SALA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	219
CAPITULO V APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	225
5.1 LA MEDIDA INNOVATIVA COMO NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	225
5.1.1 Finalidad de la Medida Cautelar Innovativa.....	227
5.1.2 Aproximación de la Medida Cautelar Innovativa	227
5.1.3 Delimitación Conceptual de Medida Innovativa	230
5.1.4 Denominaciones de Medida Innovativa	231
5.1.5 Características de la Medida Cautelar Innovativa	233
5.1.6 Diferencia entre la Suspensión del Acto reclamado y la Medida Innovativa	239
5.1.7 Presupuestos procesales de la medida innovativa.....	240
5.1.8 Diferencia de la medida innovativa con la prohibición de innovar.....	242
5.2.1 Francia	243
5.2.2 España	244
5.2.3 Italia.....	250
5.2.4 Argentina	252
5.3 VALOR Y FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE CREACIÓN DE DERECHO.....	255
5.3.1 La Jurisprudencia: Delimitación teórica.....	258

5.3.2 El Valor de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo Salvadoreño.....	260
5.3.3 El Principio de Seguridad Jurídica y el Derecho de Igualdad en relación con la Jurisprudencia.	261
5.4 NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA SALVADOREÑA.....	266
5.4.1 La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) dejó de ser eficaz.-	266
5.4.2 Necesidad de ampliar la tutela cautelar en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.-	271
5.5 POSIBLES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS	279
5.5.1 El Principio de Supletoriedad del Derecho Común en el Proceso Contencioso Administrativo.	280
5.5.2 <i>Constitucionalización</i> de las Medidas Cautelares	287
5.5.3 Aplicación de los Tratados Internacionales	301
CAPITULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	307
6.1 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	308
6.2 CONCLUSIONES.	314
6.3 RECOMENDACIONES FINALES.....	318
6.3.3 A la Sala de lo Contencioso Administrativo	322
6.3.4 A las Escuelas y Facultades de la licenciatura de Ciencias Jurídicas	322
BIBLIOGRAFIA.....	324

LIBROS	324
TESIS	335
LEGISLACIÓN NACIONAL	335
TRATADOS INTERNACIONALES	337
JURISPRUDENCIA	337
REVISTAS y PUBLICACIONES	341
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS	345
PAGINAS DE INTERNET	345

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
Amp.....	Amparo
CA.....	Contencioso Administrativo
Cn.....	Constitución de la República
CPCM.....	Código Procesal Civil y Mercantil
CSJ.....	Corte Suprema de Justicia
C Pr C.....	Código de Procedimientos Civiles
Inc.....	Inconstitucionalidad
LJCA.....	Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa
PCA.....	Proceso Contencioso Administrativo
Ref.....	Referencia
SC.....	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
SCA.....	Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Corte Suprema de Justicia

INTRODUCCION

Uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es la subordinación de los poderes públicos a la Constitución y al resto de la normativa jurídica; de los tres poderes u órganos, el que más incidencia tiene en la esfera jurídica de los individuos es sin duda alguna el Poder Ejecutivo a través de la Administración Pública, la cual mediante el ejercicio de sus potestades puede incidir en la vida de los ciudadanos. En ese sentido no queda duda que exista la necesidad de controlar el accionar de la Administración, y es a través del control que ejerza el Tribunal especial en la materia, siendo nuestro caso, dicha atribución esta otorgada a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de lo anterior se indica entonces que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (JCA) es el mecanismo de control de legalidad constitucional con el que cuentan los particulares frente a las actuaciones supuestamente ilegítimas de las entidades gubernamentales, el cual es el encargado de dirimir las controversias que se susciten en relación a la legalidad de los actos de la Administración Pública, llamémosle a esta (Administración Central, entes descentralizados, y municipalidades) y los administrados; el cual permite a los administrados, impugnar los actos administrativos que implicaran la vulneración a un derecho subjetivo ó un interés legítimo de un administrado .

El trabajo presentado a continuación, es el resultado de una investigación que tiene como propósito tratar un tema que si bien, cuenta con basto contenido bibliográfico es escaso en la vida práctica por los tribunales del país, siendo herramientas de mucho valor jurídico, y aun existiendo derecho comparado de países europeos y latinoamericanos que pueda servir de buen ejemplo para considerarlo, no hay mayor aplicación, nos referimos pues de las medidas cautelares innovativas en el proceso contencioso administrativo.

El país a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no reconoce ni siquiera la denominación de medida cautelar, sino que nada mas se habla de la suspensión del acto reclamado en dicho proceso, lo que significa que se aplica cuando el acto en conflicto produzca efectos positivos, es decir que se manda a un no hacer. Esto evidencia que en derecho positivo meramente administrativo, solo existe un tipo de medida, lo que conlleva a pensar en cual es la salida a un conflicto que su ejecución produzca efectos negativos, de los que se necesite mandar a hacer algo, es por ello que se analiza si esta problemática afecta la tutela judicial efectiva, y de ser así en que medida y cual puede ser la posible solución a la misma como aporte de este trabajo.

El Capitulo I va referido al Plan de la Investigación que se realizó previo a esta investigación, éste capítulo conlleva el planteamiento del problema que como grupo se formulo, así como la identificación de la situación problemática, que esta compuesta básicamente por dos problemas los cuales se desarrollan más adelante y son la base de está investigación. Asimismo, se desarrolla la justificación de esta investigación, en la cual se explica el porque de la misma y la importancia que conlleva este tema; la delimitación material de la investigación en la cual se explica porque se

delimita temporal y espacialmente. Finalizando contiene el desarrollo del enunciado del problema, la metodología utilizada en la investigación y los objetivos que se plantean general y específicos.

En vista de la necesidad de hacer un intenso trabajo introductorio en cuanto a Derecho Administrativo se refiere, es por ello que en el Capítulo II se desarrolla toda una gama de antecedentes del Derecho Administrativo, desde su creación, conceptos y aplicación a lo largo de la historia, su incidencia y transformaciones que ha sufrido durante el tiempo, ya sea en su vida política y legal

El capítulo III habla sobre La jurisdicción Contencioso Administrativa, en este apartado hablamos sobre el Derecho Administrativo en El Salvador a la luz de nuestras Constituciones, el Estado de Derecho.

El capítulo IV trata sobre en el desarrollo de la tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva, este tema versa sobre el derecho a los órganos de administración de justicia en los derechos difusos y colectivos, así mismo hablamos sobre la efectividad de la tutela. Es en este capítulo también que inicia toda la generalidad de las medidas cautelares, iniciando por su definición, características y clases; así mismo nos adentramos a la aplicación de las mismas en el proceso contenciosos administrativo.

El capítulo V trata en esencia la aplicabilidad de las medidas cautelares innovativas en el proceso contencioso administrativo, explicando que es una medida innovativa, cual es la finalidad y alcances de su aplicación, en que casos es aplicable, su diferencia entre la suspensión del acto que como lo manifestamos al principio es la única medida expresa en el

proceso, es por ello que desarrollamos también las medidas en las cuales podemos adoptar para la aplicación de dichas medidas, como lo es a través de la supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil, así también la Constitución que es nuestra carta magna la cual es garantista y busca que se cumpla la tutela judicial efectiva.

Y finalmente se cierra con el capítulo VI, al cual lo constituye un análisis que como grupo de tesis realizamos a la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo desde el año 2010, en virtud de comprobar que la Sala no aplica medidas innovativas por no estar reguladas expresamente en la ley, limitándose a aplicar la medida típica de la “suspensión de los efectos del acto impugnado”. Asimismo el capítulo está compuesto por las conclusiones y las recomendaciones finales; conclusiones las cuales se determinaron en base al desarrollo de los temas en el transcurso de la investigación y el análisis mencionado anteriormente, conllevando a formular las recomendaciones finales que no es otra cosa que las sugerencias que como grupo de tesis se realizan a la Asamblea Legislativa, a la Corte Suprema de Justicia, a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a las Escuelas de Derecho y a las Asociaciones de Abogados en el área contencioso administrativo, para mejorar el sistema contencioso administrativo y sea garante de los derechos fundamentales de los particulares

CAPITULO I DESARROLLO DEL PLAN DE INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es la subordinación del ejercicio del poder público a la Constitución y al resto de la normativa jurídica; de los tres órganos fundamentales, *“el que más incidencia tiene en la esfera jurídica de los individuos es sin duda alguna el Órgano Ejecutivo a través de la Administración Pública, la cual mediante el ejercicio de sus potestades puede incidir en la vida de los ciudadanos”*.¹.

En ese sentido no queda duda que exista la necesidad de controlar el accionar de la Administración, y es a través del control que ejerza el Tribunal especial en la materia, siendo en el caso de El Salvador que dicha atribución esta otorgada a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de lo anterior, se indica entonces que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (JCA) es el mecanismo de control de legalidad constitucional con el que cuentan los particulares frente a las actuaciones ilegítimas de las entidades gubernamentales, *“el cual es el encargado de dirimir las controversias que se susciten en relación a la legalidad de los actos de la Administración Pública”*², llamémosle a esta (Administración

¹ **RACIONERO CARMONA, Francisco.** *Temas del Derecho Administrativo I: “Conceptos fundamentales de Derecho Administrativo, Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativo.* Primera Edición, Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ). San Salvador, El Salvador, 2004. Pág. 78.

² Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Comentada. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. Comentario al Art. 2. “La Administración Pública en El Salvador, a

Central, entes descentralizados y desconcentrados) y los administrados; el cual permite a los particulares, impugnar los actos administrativos³ que impliquen la vulneración a un derecho subjetivo ó un interés legítimo de un administrado⁴.

La Constitución de la República de El Salvador, como primera y máxima norma, puede respaldar el funcionamiento jurídico de la pretensión de los administrados, la cual la definimos como la “declaratoria de ilegalidad del acto administrativo en cuestión- y su consecuente anulación”, y naturalmente es tomada en cuenta por el Tribunal, es decir por la Sala de lo Contencioso Administrativo, para la aplicación e interpretación de la normativas secundaria- e incluso para hacer uso del control difuso de constitucionalidad conforme al artículo 185 Cn., la impugnación de los actos no puede centrarse únicamente en violaciones a la Constitución⁵.

diferencia de otros ordenamientos, no posee personalidad jurídica única, sino que se constituye como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídica y otros sin ella, que realizan función administrativa... En conclusión, conforme a esta ley, la acción contenciosa administrativa procede únicamente contra funcionarios, órganos o entes de carácter público, que encajen dentro de la concepción de Administración Pública. (Resolución Interlocutoria del 22/V/2000, Ref. 230-C-2002)

³ La Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido que no todos los actos administrativos de trámite pueden ser impugnados por esta vía. Solo los siguientes: a) los que deciden directa e indirectamente el fondo del asunto, b) los que generen una situación de indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, c) los que impiden continuar el procedimiento. Tal postura ha sido congruente con la doctrina y el Derecho comparado, que sostiene que los actos de trámite son recurribles de forma autónoma por excepción, cuando “aun bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación”, acotando que el resto de actos de trámite no son impugnables separadamente, y habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para impugnarla y plantear entonces todas las irregularidades o vicios de los actos de trámite. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 14/10/2003, Ref. 199-A-2001.-

⁴ **MENA GUERRA, Ricardo.** “Comentarios a la propuesta de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”, *Estudios Legales*, FUSADES. Biblioteca UTEC.-

⁵ Resolución interlocutoria del 26/I/2001, Ref. 140-R-2001.- y Resolución Interlocutoria del 21/XI/2001, Ref. 123-S-2001.-

Debe aclararse que en sentido estricto La Administración pública debe ser primeramente una organización que participa del poder público en su sentido jurídico, es decir, *“capacidad de crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones y posibilidad de imponerlo, incluso coactivamente”*⁶.

En El Salvador, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo (LJCA) y el Art. 86 de la Constitución de la República, establecen quienes conforman la Administración Pública, entre ellos están: el Órgano Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas⁷, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; los Órganos Legislativo y Judicial⁸ y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos⁹; y, el Gobierno Local.

Asimismo, se entiende por acto administrativo *“La declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho Público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la administración, o bien con simples efectos dentro de la esfera administrativa”*¹⁰

⁶ Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Revista marzo' 2005, Perú. *El Concepto De Derecho Administrativo y sus Características*. Lecciones De Derecho Administrativo, pág. 10.

⁷ Entre estas instituciones oficiales autónomas están: SIGET, SSAP, y SCOMP, entre otras...

⁸ Constitución de la República de El Salvador, Decreto Número 38, de fecha 15/12/1983, Diario Oficial Número 234, Tomo 281, Publicado en el Diario Oficial del 16/12/1983. Título III El Estado, su forma de Gobierno y Sistema Político, Art. 86.

⁹ Además los Órganos Constitucionales, los cuales son: la Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Cuentas de la República y el Consejo Nacional de la Judicatura, únicamente sólo cuando ejerzan función administrativa.

¹⁰ Esta es una definición dada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en las Sentencia de 28 de octubre de 1998, ref. 134M97 y Sentencia de 16 de octubre de 1998, ref. 109A96.-

1.2 IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) dejó de ser eficaz. No se puede ignorar que las leyes y los códigos corresponden a una época determinada, son la obra del tiempo, contexto y condiciones por las cuales fueron creadas; sin embargo las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas permanecen.

Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando el momento en que *“las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales”*¹¹.

Las normas jurídicas como manifestación del Derecho de Protección Jurisdiccional y Tutela Judicial Efectiva, deben estar en constante evolución, procurando siempre adaptarse a las modificaciones que transforman la sustancia con que debe estar en contacto, es así como una vez que la sociedad y los derechos a ella inherentes se alteran en todo momento, el legislador, el interprete y su aplicador no pueden ignorar la ardua tarea que se tiene en sus manos, por lo que debe ser éste un verdadero sistema judicial que proteja a los ciudadanos y sus derechos.

En virtud de lo acotado anteriormente, y al hacer un esbozo de la problemática a investigar, se afirma que *“El Salvador enfrenta y ha enfrentado, por más de tres décadas, una crisis frente a los avances*

¹¹ **GOMÉZ ALSINA, Martha, PALACIOS, Carmen Elisa y NORO VILLAGRA, Jorge.** *Medidas cautelares: tutela anticipada.* Su aplicación en el ámbito del derecho administrativo.

*doctrinales del moderno Derecho Administrativo*¹²; al contar con una Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa vigente a partir de 1979, que si bien es cierto es una Ley que tiene vida jurídica hasta el momento, la misma dejó de tener concordancia tanto con los avances de ésta materia como en lo que respecta al contexto social, jurídico, político y económico en el que se suscitan los conflictos de este carácter; por lo que podemos establecer que la LJCA dejó de ser eficaz en la resolución de los diversos conflictos que se originen entre la Administración Pública y los administrados.

Es necesario contar con una legislación Contencioso Administrativo moderna, que se ajuste a las doctrinas de vanguardia en ésta materia, en razón que la actual LJCA por ser la misma PRE-CONSTITUCIONAL no tiene concordancia con la norma suprema - la Constitución de la República -, la cual reconoce el sometimiento de la Administración Pública a la Ley y a la misma Constitución, la Seguridad Jurídica, entre otros principios fundamentales, lo cual provoca divergencias para los administrados que buscan la satisfacción de sus pretensiones en sede judicial, acarreado con ello la falta de un adecuado control de las actuaciones de la administración.

Postura meramente restrictiva de la SCA, frente a la única Medida Cautelar reconocida por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “Suspensión del Acto Administrativo Impugnado” Al afirmar que uno de los principales problemas a los que se enfrenta el sistema contencioso administrativo de hoy en día, es la ineludible desactualización de la vigente LJCA con respecto a la evolución de la sociedad salvadoreña y las

¹² **MENA GUERRA, Ricardo**. Algunas Incidencias del Código Procesal Civil y Mercantil en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Disponible en: http://www.menaguerra.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=69:algunas-incidencias-del-nuevo-c%C3%B3digo-procesal-civil-y-mercantil-en-el-proceso-contencioso-administrativo-salvadore%C3%B1o&Itemid=168. Sitio visitado el día 17 de mayo de 2011.

influencias del Derecho Comparado en materia administrativa, es de acentuar que el presente proyecto de investigación dará especial relevancia y notoriedad a lo que la actual LJCA establece y reconoce como única Medida Cautelar, siendo ésta la “SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO”¹³, considerando que esto es contrario al “DERECHO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL”¹⁴, ya que sin duda alguna pueden presentarse otras circunstancias que no implique la suspensión del acto, y que “*se debe por lo tanto adoptar otras medidas cautelares como el reconocimiento de un derecho subjetivo provisionalmente*”¹⁵.

Es de vital importancia señalar con énfasis el problema que se advierte en este punto, que la teoría cautelar ortodoxa en lo que respeta a nuestra LJCA, no ha podido dar respuestas adecuadas a los requerimientos y exigencias que las partes en un proceso de esta naturaleza demandan, por el solo hecho de considerar como única medida cautelar¹⁶ y exclusiva la “Suspensión del acto administrativo impugnado”, sobre la base de los Artículos 16, 17 y 18 de la LJCA¹⁷.

¹³ Según jurisprudencia de la SCA, de acuerdo a la LJCA son tres los requisitos ó presupuestos que deben examinarse para resolver la procedencia de la suspensión del acto impugnado: a. Que sea un acto capaz de producir efectos positivos (Art. 16 LJCA), b. Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia (Art. 17 LJCA) y c. Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social (Art. 18 LJCA).

¹⁴ Las medidas cautelares son una parte fundamental del derecho a la protección jurisdiccional o derecho a la tutela judicial efectiva, el cual es reconocido por la Constitución de 1983. Y es que mediante las medidas precautorias podemos garantizar los resultados efectivos de una eventual sentencia estimatoria. Sin ellas, no puede hablarse de una verdadera justicia.

¹⁵ **MARINONI, Luis Guilherme.** *Antecipacao da tutela*, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2006. La moderna doctrina procesal distingue de la “Tutela anticipada y la Tutela Cautelar”. p. 19

¹⁶ En la LJCA, no se prescribe el término de tutela cautelar, ni medida cautelar, solamente la “Suspensión del acto”, aunque es la Jurisprudencia la que se ha referido a ella con tal denominación.-

¹⁷ La SCA ha determinado que la LJCA impone como criterio fundamental, la procedencia de ordenar o denegar la suspensión, sobre la base de los criterios siguientes: a) Que sea un

Al respecto la SCA adopta una postura extremadamente restrictiva frente a la interpretación, aplicación y consecuente ampliación de las medidas cautelares, limitándose a ser un mero aplicador del Derecho vigente; a pesar que en muchas ocasiones los demandantes le han solicitado medidas cautelares de índole “POSITIVA O INNOVATIVA”¹⁸ “*realizando verdaderas luchas por el reconocimiento de otras medidas cautelares*”¹⁹ contra actos administrativos que deniegan arbitrariamente pretensiones a cuyo reconocimiento se tiene derecho, estancándose la SCA en que estas no son posible decretarlas por el hecho de no ser reconocidas expresamente²⁰.

Al traer a cuenta que las medidas cautelares son “*actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso o previamente a él, a pedido de un interesado ó de oficio, para asegurar bienes ó pruebas ó mantener situaciones de hecho*”²¹. Son aquellas que según Gamero Casado

acto capaz de producir efectos positivos, es decir que mediante sus efectos sea capaz de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente a su emisión; b) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia- se entiende que puede existir daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos de acto; y que del daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia; c) Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. Resolución Interlocutoria del 22/06/2005, Ref. 88-T-2004.

¹⁸ Las medidas cautelares positivas o Innovativas entendemos son aquellas que consisten en la emisión de un mandato judicial a la Administración, para que éste, observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos actos sino directamente una obligación de hacer.

¹⁹ **GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo**, *La Batalla por las medidas cautelares*. Edit. Cívitas. 3ª ed. Marzo 2004. p. 258.

²⁰ Ejemplo de batallas por el reconocimiento de otras medidas cautelares son las Sentencias de la SCA, del 30 de junio de 2006, ref. 21-2006 se le solicitó que se autorizará a una sociedad la importación de bienes mientras se tramitaba el proceso; del 30 de octubre de 2007, ref. 209-2007, se solicitaba el nombramiento interino de una plaza de profesor universitario I, en el área de matemática de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de El Salvador... batallas las cuales fueron negadas.

²¹ **DIEZ MARÍA, Manuel**. *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Plus,, Ultra, 1996, págs.. 311 y 312 comenta: “ Al objeto de garantizar la situación y derechos del litigante desde que plantea su pretensión en sede administrativa ó judicial hasta la terminación del juicio, es necesario acordar al peticionante algunas facultades cuyo ejercicio le permita

“puede adoptar el juez para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer en un proceso actual ó futuro”²². Lo ideal sería que estos instrumentos cautelares, reconocidas por la Constitución, Leyes y tratados internacionales y sobre todo por el derecho comparado, fueran reconocidas y aplicables por la SCA, a nivel jurisprudencial, para poder dar cumplimiento al derecho que todo particular tiene de una verdadera tutela judicial efectiva.

En ese sentido, Manuel Rojas Pérez, en su obra “El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo” cita al doctrinario Eduardo García de Enterría, con respecto al moderno sistema contencioso administrativo, apuntando que el *“contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración (ésta predominantemente, potestades en lugar de derechos), entre si confrontados, no se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes”²³.*

Es por ello que se señala con tal énfasis que el sistema contencioso administrativo es un proceso de protección efectiva de los derechos subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración, afirmando con ello lo que dice García de Enterría, *“el contencioso administrativo, desde la aparición de la tutela judicial efectiva como principio constitucional, es una tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas”²⁴.*

poder ejecutar a su tiempo los derechos que eventualmente pueden reconocérsele en la sentencia, para que estos no resulten ilusorios”

²² **GAMERO CASADO, Eduardo.** *Derecho Administrativo, Monografías*, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, págs.. 94-95.-

²³ **ROJAS PÉREZ, Manuel.** Universidad José María Vargas. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. “El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo”. p. 54.

²⁴ *Ibídem.*

En ese sentido, la concepción subjetiva no es un simple esbozo de doctrinas y teorías de académicos agotados. Por el contrario, el concepto subjetivo del sistema contencioso administrativo advierte una tendencia a proteger a los justiciables, por lo que su aplicación en la práctica forense es vital para el sistema. Bajo una concepción subjetiva de los procesos contenciosos administrativos se asegura de manera realmente eficiente los derechos de los particulares el cual es el mandato de la Constitución.

Trayendo a cuenta lo anterior, se determina que en el país predomina el viejo sistema contencioso objetivista, en donde las medidas cautelares existen, pero aplicadas en verdad para favorecer a la Administración, en el sentido de suspender preventivamente los efectos de algún acto administrativo para evitar que esta causara males mayores, no para salvaguardar los derechos de los particulares, como sería el caso de la aplicación de una medida cautelar diferente o “innovativa”.

Sin embargo, hoy día se entienden a las medidas cautelares como una forma de proteger los intereses de los individuos en el procedimiento judicial, todo ello basado en la tutela judicial efectiva. En efecto, Eduardo García de Enterría cita un auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala tercera del Tribunal Supremo Español (sección 5º), que señaló que “...esa fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración (...)”*se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*²⁵.

²⁵ **GARCÍA De ENTERRÍA, Eduardo.** *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Segunda Edición ampliada, Monografías Civitas, Ediciones Civitas, S.A. Madrid, 1995, p. 177.

En virtud a esta nueva concepción subjetiva del contencioso administrativo, existe la posibilidad de dictar medidas cautelares positivas, como puede ser *“la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial son apariencia de buen derecho”*²⁶.

Es por tal razón que *la tutela judicial efectiva hace nacer el concepto de la tutela judicial cautelar*²⁷, por medio de la cual, el proceso contencioso administrativo se convierte en un proceso de tutela de los derechos de los particulares, y en el caso en concreto de las medidas cautelares, las mismas deben contribuir a no lesionar la situación jurídica de los particulares

En definitiva, tal es la importancia de las medidas cautelares bajo esta nueva visión, que ha llevado a decir a uno de los grandes doctrinarios venezolanos que *“a nivel mundial, las medidas cautelares quizás han pasado a ser el capítulo más importante, el alma, el centro del universo de la nueva justicia administrativa”*²⁸.

1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿En qué medida la innovación o restricción en la aplicación de Medidas Cautelares por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, impacta de manera fundamental en la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisdicción Contencioso Administrativo?

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ob. Cit. p. 225 y ss.

²⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Vadell hermanos Editores, Valencia, 1997, p. 22

²⁸ ORTIZ ÁLVAREZ, Luís A. *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado N° 1, Caracas, 1999, p. 9.

1.4 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el Art. 172 de la constitución tiene la facultad de administrar justicia, y precisamente el Proceso Contencioso Administrativo funciona como un mecanismo de control de legalidad constitucional con el que cuentan los particulares frente a las actuaciones ilegítimas de las entidades gubernamentales.

Para garantizar una efectiva tutela judicial, el PCA cuenta con ciertos instrumentos, denominadas Medidas Cautelares, siendo que en El Salvador se reconoce en la LJCA como única medida la Suspensión de los efectos del Acto Reclamado. Sin embargo existe otro tipo de medidas cautelares, a las cuales se les conoce como Medidas Cautelares Innovativas, no obstante las mismas no se encuentran positivizadas en la LJCA.

Es por ello que para realizar un estudio relativo al análisis de la aplicación de Medidas Cautelares Innovativas, es necesario conocer el órgano emisor de tales medidas en el área administrativa

1.4.1 Delimitación geográfica y espacial.

En cuanto a la delimitación geográfica o espacial el presente trabajo centró su investigación en un espacio geográfico de ciertos departamentos estratégicos como el de San Salvador, San Miguel y Santa Ana, en atención a su importancia geopolítica, y a la actividad económica que estos departamentos representan en el país, así como la demanda que los

mismos realizan en cuanto a procesos ventilados ante la Sala de lo Contencioso Administrativa.

En el presente trabajo se tomo como delimitación temporal el criterio que toma la Sala de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de las Medidas Cautelares desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, es decir, desde el 1 de julio del año 2010 a la fecha.

1.5 JUSTIFICACIÓN.

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa es la encargada de dirimir conflictos en los que estén involucrados el particular y la administración, esta Jurisdicción es el mecanismo idóneo con el que cuentan los particulares frente a las actuaciones ilegítimas de las entidades gubernamentales, que se presentan entre la Administración Pública, llamémosle a esta Administración Central, entes descentralizados, y municipalidades y los administrados; el cual permite a los administrados, impugnar los actos administrativos que implicaran la vulneración a un derecho subjetivo ó un interés legítimo de un administrado. Todo ello tomado del mando Constitucional²⁹ cumpliendo así con el principio de legalidad y seguridad jurídica.

El proceso contencioso administrativo llevado a cabo a través de un recurso, se ven involucradas como mecanismo de protección y garantía constitucional la tutela cautelar, que es el tema relevante y planteado en esta investigación que inicia con el anteproyecto de la misma, lo cual servirá como

²⁹ La constitución de 1983, es decir vigente hoy en día en su Art. 172 fundamenta como mando constitucional que es el órgano judicial a través de la sala de lo contenciosos administrativo de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

referente para conocer la importancia, reconocimiento y en buena proporción forma de aplicación de las medidas cautelares, pues éstas ayudan a guardar o proteger el fondo del asunto que este en conflicto.

Una novedad en el desarrollo de este tema es la existencia de las medidas cautelares Innovativas, un tema nuevo e interesante en cuanto su aplicación en el derecho administrativo salvadoreño pues hasta el momento la Sala de lo Contencioso Administrativo aplica como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto reclamado, siendo esta una limitante, ya que existe otro tipo de herramientas procesales que se aplican en otras circunstancias según sea el caso por ejemplo el hacer por parte de la administración, ó reconocer un derecho subjetivo del particular, es por ello que la jurisdicción administrativa necesita y debe ampliar la tutela cautelar aplicando las medidas cautelares Innovativas o positivas como le denominan ciertos doctrinarios españoles.

La exposición de motivos de la ley de jurisdicción contenciosa administrativa menciona aspectos fundamentales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto de la ley de jurisdicción contenciosa administrativa, entre ellos estriba que dicha ley tiene su razón de ser a través de la Constitución de la República, reconociendo de esta forma los derechos de los administrados y los derechos de la administración pública, sin embargo esta ley con vigencia a partir de 1979, enfrenta una crisis por su desactualización frente a los avances del derecho procesal administrativo y la evolución social, por lo que el derecho administrativo debe evolucionar, inicialmente reformando dicha ley que no solo sea una aplicación restrictiva, en cuanto al uso de herramientas procesales como lo son las Medidas Cautelares Innovativas que mandan a “hacer” ó “reconocer un derecho subjetivo” a la administración.

Es factible porque se destaca en la presente investigación que este tema es de beneficio para todos las y los particulares que de alguna u otra manera se ven expuestos a actos administrativos, es decir todos los habitantes ya que es inevitable mantenerse al margen pues hasta el mínimo trámite en determinada institución es administrativo³⁰, también es de valioso beneficio esta investigación para toda la comunidad jurídica que se encuentra desarrollando dicho tema en el contexto académico (docentes, estudiantes) y en el aparato estatal, es decir los funcionarios encargados de aplicar esta rama del derecho a los particulares.

Aparte de ello el tratar estos puntos en la presente investigación genera la evolución del derecho administrativo retomando la importancia y necesidad de una reforma a la LJCA ó una nueva Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo, es decir que haya un reconocimiento de amplitud en la aplicación de esta rama del derecho como por ejemplo no solo tomar en cuenta en el proceso contencioso administrativo los actos sino también los contratos administrativos que como se menciona arriba todos los habitantes están sujetos a reglas del derecho administrativo, es decir ampliando el objeto de la ley, esta investigación trata de abrir una brecha y a aportar propuestas o mecanismos de solución para que este sistema de jurisdicción tenga una tutela judicial efectiva.

Con todo lo anterior es menester decir que estudiando este tema se trata de buscar un cambio que beneficie al área del derecho administrativo a nivel legislativo y judicial.

³⁰ Hay que destacar en este punto que la LJCA en cuanto a competencia nada mas regula la ilegalidad de los actos administrativos, dejando de fuera otras actuaciones que siempre le cometen a la administración

La utilidad de esta investigación es el aporte que se da a la jurisdicción contenciosa, puesto que manifiesta las debilidades de este sistema y los retos que enfrenta, en su ámbito de aplicación a nivel práctico, pues tiene muchos vacíos, que pueden ser solucionados en base de una nueva ley administrativa, es decir que sea mas amplia y tome en cuenta otras providencias de la administración publica como lo menciona el Dr. Mena Guerra en su obra Génesis del Derecho Administrativo³¹, es decir que se conozca del dar hacer y no hacer de esta administración. Aquí mismo se encuentra de mucha utilidad que dicha ley reconozca expresamente las medidas cautelares Innovativas como forma de ampliación de esta herramientas.

Las medidas Cautelares aplicadas en el proceso contencioso administrativo tiene una significativa importancia en su aplicación para conflictos concretos, sin embargo en El Salvador no es un tema común ni mucho menos desarrollado por juristas como sucede en otros países Europeos y hoy día hasta en América Latina, es en este punto el interés principal de el desarrollo de esta investigación pues podrá servir de referente no solo a nivel académico sino también la solución de problemas administrativos en un futuro y aumentar los conocimientos de este tema del cual no es común su desarrollo, y finalmente pero no menos importante la presente ayudara a definir un concepto de medidas cautelares y dará a conocer que son la medidas cautelares Innovativas, como son aplicadas en la actualidad y de que forma las puede reconocer la ley mas adelante, para su posterior aplicación por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

³¹ **MENA GUERRA, Ricardo.** Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador. 2005. Primera Edición.

1.6 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.

1.6.1 Objetivo General

Explicar el impacto de la aplicación restrictiva o innovativa de las Medidas Cautelares por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la construcción de una autentica Tutela Judicial Efectiva.

1.6.2 Objetivos Específicos

1. Advertir la importancia que tiene la aplicación de la tutela cautelar del Proceso Contencioso Administrativo como mecanismo de protección y garantía constitucional en la autentica Tutela Judicial Efectiva.
2. Exponer la actual crisis de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del país, al reconocer como única Medida Cautelar la suspensión del acto administrativo reclamado, y por vulnerar el derecho de los particulares de acceso a la justicia, por delegar dicha competencia a un único tribunal contencioso administrativo como lo es la Sala de lo Contencioso Administrativo, y centralizar todas las facultades a dicha Sala.
3. Establecer el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de Medidas Cautelares, en cuanto a la aplicación restrictiva que realiza, por aplicar la única medida cautelar reconocida por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4. Desarrollar el concepto “Medidas Cautelares Innovativas” y su incorporación en los textos legales de la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, para su consecuente aplicación por la Sala de lo Contencioso Administrativa.

1.7 DETERMINACION DE METODOS Y TECNICAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACION.

Los métodos y las técnicas de investigación son los procedimientos e instrumentos que se utilizan para el desarrollo de una investigación. Es por ello que en la presente investigación se implementó el Método Deductivo, y como herramientas recolectoras de información se tuvo libros, revistas, tesis, jurisprudencia, publicaciones, diccionarios y enciclopedias, Tratados Internacionales.

Al tener claro el método de investigación se procede a utilizar las herramientas antes mencionadas que llevaran a obtener los resultados trazados al momento de la elección del tema, resultados que se obtendrán a partir de los diferentes procedimientos a seguir para lograr el fin de la investigación.

1.7.1 Tipo de Investigación

El tipo de investigación que se ha realizado es Teórico y Jurisprudencial; puesto que el presente trabajo se basa en las resoluciones emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en cuanto a la emisión de medidas cautelares Innovativas en sus sentencias así también teórica ya

que las resoluciones de la misma se basan en las diversas teorías de los autores teniendo en ello su fundamento; siendo esta la importancia de la teoría y la Jurisprudencia en la presente investigación.

1.7.2 Informantes Claves

Se considera que fue el personal de la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo a través de su secretario y colaboradores quienes ayudaron a proporcionar información acerca de nuestro objeto de investigación. Como también Abogados que litigan en lo Contencioso Administrativo sirviendo de fuente informativa y fundamental en el presente trabajo.

1.7.3 INSTITUCIONES VINCULADAS

Las instituciones vinculadas en administrar justicia y como tales están al Órgano Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia y las diferentes Salas, en el presente caso la Sala de lo Contencioso Administrativo.

1.8 PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACION.

Primero se investiga en las bibliotecas de diferentes Universidades libros, revistas, tesis, relacionadas al tema de investigación “Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo”, una vez investigado y recopilado el material bibliográfico se procede a la lectura y el

correspondiente análisis de la doctrina con la que se cuenta; obteniendo de ello una síntesis que llevaría a relacionar la información aportada por los diferentes autores y la comparación y adopción de dichas teorías en la Legislación Vigente así como también la Jurisprudencia adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en relación a la temática a investigar y poder dar así plantear la situación problemática e identificar de la misma.

Una vez identificada la situación problemática se procede a plantear los Objetivos generales y específicos con la finalidad que la investigación tenga la orientación requerida para el tema de investigación; luego de ello se procede a justificar el por qué de la investigación y cuáles serán los beneficios de la misma, en la cual se adoptan propuestas y mecanismos de solución a la problemática planteada con la finalidad de incidir a nivel legislativo y judicial con el presente tema es así como se llega a aplicar el proyecto de la investigación y la obtención de los resultados planteados en los objetivos del tema.

CAPITULO II EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

2.1 ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789.

2.1.1 Nociones básicas de Derecho Administrativo

Cuando se estudia el Derecho Administrativo, generalmente se analizan los temas que constituyen su objeto, como son por ejemplo, la organización administrativa, los actos y los contratos administrativos, el régimen de la función pública, el régimen de los bienes del Estado, la responsabilidad de las personas públicas, los servicios públicos, etc., así como los aspectos más detallados que hacen parte de esos temas, según las necesidades académicas o prácticas del momento. Pero raramente se analizan o se plantean los aspectos que están en la base del Derecho Administrativo y constituyen su fundamento o su razón de ser, es decir, su esencia ó su espíritu³².

La noción del Derecho Administrativo es una noción que viene en permanente movimiento, derivada del cambio de enfoques y desarrollo del Estado, la gestión de los servicios, la estructura y funcionamiento, las relaciones del Estado con sus ciudadanos entre otros³³.

³² **RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo.** *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Edit. Temis. Bogotá 2001. p. 11.

³³ **BERNAL, Francisco Javier.** *Derecho Administrativo. Programa de Administración Pública Territorial.* Escuela Superior de Administración Pública, Augusto Álvarez Collazos. Bogotá D.C. Enero 2008. p. 12

2.1.2 Concepto de Derecho Administrativo

Atreverse a dar una definición acertada de Derecho Administrativo, es arriesgado, en cuanto al enorme cúmulo de conocimientos de cantidad de legisladores, doctrinarios y juristas, quienes lo han definido de diversas formas. De tal manera que se presentan definiciones primarias por medio de las cuales intentaremos plasmar este importante concepto.

Ahora bien, se presentan una serie de conceptos de Derecho Administrativo, que recogen diferentes perspectivas y aspectos variados desde los cuales se mira esta disciplina en el ámbito del Derecho comparado.

Para autores como *GASTÓN JEZE*, *ROGERD BONARD* y *LEÓN DUGUIT* (Franceses), hay coincidencias en concebir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas jurídicas que organizan la prestación y el control de los servicios³⁴.

Los autores mexicanos *GABINO FRAGA* y *ANDRES SERRA ROJAS*³⁵, desarrollan conceptos del Derecho Administrativo, que es necesario resaltar varios de sus postulados:

Según *FRAGA*, Derecho Administrativo es: *“la rama del Derecho Público, que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa”*³⁶.

³⁴ **GARCIA HERREROS, Orlando.** *Lecciones de Derecho Administrativo*, Institución Universitaria, Sergio Arboleda. 1994. Bogotá, D.C. p. 8.

³⁵ **BAEZ MARTÍNEZ, Roberto.** *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trillas México 1990. p. 11

El profesor *ANDRES SERRA ROJAS*, proporciona una definición de carácter formal del Derecho Administrativo: *“El Derecho Administrativo, es una rama del derecho interno que determina la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto centralizada como paraestatal”*³⁷.

Autores colombianos como *GABRIEL ROJAS ARBELAEZ* y *ORLANDO GARCÍA HERREROS*, también nos brindan un concepto de Derecho Administrativo, así tenemos, que según Rojas Arbelaez el Derecho Administrativo *“es la rama del Derecho interno que estudia la organización y la Actividad de la Administración Pública sub ratione legis (bajo la razón de la ley)”*³⁸, mientras que García Herreros dice que *“El Estudio y la estructura de la actividad de la Administración Pública forma parte de la temática del Derecho Administrativo. Como que él tiene entre su objeto el régimen jurídico de esa Administración y de la función administrativa que ella cumple”*³⁹

Ahora bien, siguiendo a *ARMANDO RIZO* en su Manual Elemental de Derecho Administrativo, en el cual expresa que si se entiende el termino *Derecho* como conjunto de normas jurídicas; Derecho Administrativo se puede definir como el conjunto de normas que regulan esencialmente el ejercicio de la función administrativa, es decir, de un lado, la organización del Poder y el ejercicio efectivo de la función misma y las relaciones a que da lugar este ejercicio⁴⁰.

³⁶ **FRAGA, Gabino.** *Derecho Administrativo.* 13eva Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1969. p. 12

³⁷ **ROJAS SERRAS, Andres.** *Derecho Administrativo.* Editorial Porrúa México. 1983. p. 133

³⁸ **ROJAS ARBELAEZ, Gabriel.** *El espíritu del Derecho Administrativo.* Editorial Temis, Bogotá. 2001. p. 11

³⁹ **GARCIA HERREROS, Orlando.** Op. Cit. p. 11.

⁴⁰ **RIZO OYANGUREN, Armando.** *Manual Elemental de Derecho Administrativo.* León, Nicaragua. Universidad Autónoma de Nicaragua, 1991. p. 26

El Derecho Administrativo es esencialmente, y en primer lugar, “*un conjunto de cosas, de iura —potestades, derechos, facultades, obligaciones, cargas— que corresponden a la Administración pública, específicamente en su condición de Poder público y que la constituyen como tal*”.⁴¹ De lo anterior, se entiende por Derecho administrativo al conjunto de principios y normas que atribuyen, miden y determinan todas esas cosas.

Con base en lo anterior, se define al Derecho Administrativo como el conjunto de conocimientos sistematizados y organizados en principios, normas jurídicas, fenómenos e instituciones sociales, relativos a la administración pública de los Estados, que regulan la organización, funcionamiento y atribuciones de la Administración Pública en sus relaciones con los particulares.

2.1.3 Naturaleza jurídica del Derecho Administrativo

En tal sentido, en cuanto conjunto de normas aplicables únicamente al Estado, a los demás entes públicos, y a los particulares que se relacionan con estos, el Derecho Administrativo queda comprendido dentro del ámbito del *Derecho Publico*, contraponiéndose así al Derecho Privado, concebido como el conjunto de normas que regulan ordinariamente relaciones jurídicas entre las personas privadas y solo excepcionalmente a la Administración Pública y a la actividad desarrollada por la misma.

Pero esta contraposición entre Derecho Administrativo y Derecho Privado no se basa únicamente en el distinto ámbito subjetivo de aplicación de las correspondientes normas, Estado y entes públicos de un lado y

⁴¹ “El Concepto de Derecho Administrativo y sus Características”. *Lecciones De Derecho Administrativo*. Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Revista marzo’ 2005, Perú. p. 10.

personas privadas de otro, sino que se funda, también, en una profunda y esencial diferencia de los principios inspiradores de los dos ordenamientos, debido a la esencial diferencia de naturaleza y posición jurídica de los sujetos a los que los dos ordenamientos se refieren.⁴²

Por lo tanto, es de señalar que el Derecho Administrativo, y en general el Derecho Público, está inspirado en la fundamental superioridad del sujeto público con respecto al sujeto privado, superioridad que se traduce tanto en el mayor valor de los intereses que el Estado está llamado a satisfacer, intereses públicos, como que únicamente para la satisfacción de dichos intereses, puedan los sujetos públicos gozar de poderes jurídicos adecuados para producir efectos por su sola voluntad unilateral, e incluso dentro de la esfera jurídica de los sujetos privados.

2.1.4 Fuentes del Derecho Administrativo

El estudio de las fuentes del Derecho, es un tema elemental del estudio de la Teoría General del Derecho, por lo cual al estudiar las fuentes del Derecho Administrativo, se parte de los aspectos generales de la Ciencia del Derecho.

El vocablo “fuente” deriva del latín “fons” o “fontis ” que significa lugar donde se derrama o brota el agua de la superficie. Por tanto debemos entender el fenómeno o el objeto que genera o que produce algo, o aquello de donde se origina una cosa. La fuente del Derecho, obviamente la identificamos como aquello donde emana o funda Derecho⁴³.

⁴² RIZO OYANGUREN, Armando. Op. Cit. p. 27.

⁴³ BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*. Civitas, Madrid. 1993. p. 35

En la doctrina salvadoreña tiene diferentes connotaciones⁴⁴ dentro de las que se destacan:

a) *Fuente de producción*: Es el órgano o sujeto competente para producir la norma, en este sentido se encuentra por excelencia el Parlamento, la Administración Pública y los miembros de la comunidad, cuando se trata de la costumbre.

b) *Fuente de cognición*: es el acto o documento en el cual se contienen las normas jurídicas. Puede estar constituido por un acto legislativo, por un simple comportamiento como la costumbre, o el caso que nos interesa por un acto administrativo.

c) *Fuente de elaboración*: esto se refiere al procedimiento de creación de las normas, los cuales tales procesos se encuentran dentro de la Constitución.

El Derecho Administrativo, no se aparta de la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho, cuya división puede ser: histórica, material y formal. Las fuentes *históricas* son aquellos documentos que informan acerca de la formación del Derecho; las *materiales* también conocidas como reales, son las circunstancias sociales, políticas y económicas que en un momento determinado influyen para determinar el contenido de la normatividad; y las *formales* son los procesos de formación del derecho⁴⁵.

⁴⁴ **BERTRAN GALINDO, Francisco**, et. al., *Manual de Derecho Constitucional Salvadoreño*. t 1, Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador, 1992, p. 43.

⁴⁵ MEJÍA, Henry Alexander. "El Acto Administrativo como fuente del Derecho". *Publicación del Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Quinto Año. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 2010. p.3, disponible en: <http://www.henryamejia.site11.com/docs/obras%20autor/EL%20ACTO%20ADMINISTRATIVO%20COMO%20FUENTE%20DEL%20DERECHO.pdf>. Sitio consultado el 10 de agosto de 2011.

2.1.5 Características del Derecho Administrativo.-

Ahora bien, se establece que el Derecho Administrativo posee ciertos rasgos esenciales, que lo distingue de otras ramas del Derecho, a continuación se enumeran para proceder posteriormente al análisis de cada una de ellas:

Auto tutela declarativa y ejecutiva,
Derecho tutor de intereses públicos,
Derecho dirigido a proteger derechos ó intereses legítimos de los particulares.

a) Auto tutela declarativa y ejecutiva.

Una diferencia sustancial entre el sistema administrativo europeo y el "Rule of the law" (*imperio de la ley*) propio del sistema anglosajón, es que en el sistema europeo el Derecho administrativo, el régimen de actuación y funcionamiento de los órganos administrativos poseen las facultades de "presunción de legalidad de los actos emanados de dichos órganos" y la de "ejecutividad forzosa de los mismos sin necesidad de contar con el auxilio de los Juzgados"⁴⁶; mientras que el Derecho anglosajón se define como un sistema "jurisprudencial", en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales (el conjunto de las mismas se denomina "jurisprudencia"), las cuales tienen un carácter "vinculante", es decir obligatoria para los aplicadores de la ley.

⁴⁶ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. 1a edición. San Salvador, El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Año 2003. p. 31.

De lo anterior, es necesario señalar que esta característica se manifiesta respecto a la *presunción de legalidad*, que supone la actuación pública seguida por un concreto órgano administrativo se considera en principio -conforme al ordenamiento jurídico-, que como ya se sabe constituye el parámetro básico de control de legalidad de los actos, siempre y cuando un Tribunal de justicia superior no declare lo contrario, mediante un recurso administrativo, la importancia de tal potestad consiste en que para que un particular considere alguna actuación administrativa contraria a Derecho, necesita cuestionar la legalidad de tal actuación ante los Tribunales de Justicia, para que sean éstos (órganos superiores) quienes determinen, si dicha actuación ha cumplido los parámetros de legalidad que condicionaban la decisión recurrida⁴⁷.

Mientras que la *ejecutividad forzosa*⁴⁸, supone que el mandato imperativo que aparece en un acto administrativo puede ser materializado por el órgano administrativo que lo haya emitido, por más que el particular se abstenga de cumplir con tal mandato. Un aspecto importante de esta potestad otorgada a la Administración Pública, es que generalmente no se paraliza por la presentación de un recurso judicial, sino que deberá ser ese órgano jurisdiccional el que deberá valorar los intereses privativos afectados por dicha ejecución sin dejar de lado los intereses públicos que queden dañados por la paralización. Es decir, que solo cuando ese órgano jurisdiccional declare la actuación administrativa contraria a derecho, se suspenderá la misma mediante el trámite correspondiente; es decir por vía de recurso.

⁴⁷ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 13ª ed., 2004, Madrid, Civitas, p. 44

⁴⁸ **BARCELONA LLOP, Javier**. *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución forzosa de los Actos Administrativos*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. D.L. 1995 EUROPA Artes Gráficas S.A.

b) Derecho tutor de intereses públicos

Esta segunda característica importante del Derecho Administrativo admite que el objeto o finalidad última a la que se dirige el desarrollo de unas funciones o potestades públicas por parte de la Administración Pública es la de satisfacer intereses que benefician a la colectividad y no algunos pocos particulares o al propio órgano administrativo.

Es así como la legislación concede a la Administración poderes de actuar en cuanto ente tutor o protector de intereses generales que benefician a todos. Sus potestades son vicarias, o como sostiene García de Enterría, constituyen una *potestad-función*: es decir “deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta al titular, en función del interés público”⁴⁹

c) Derecho que tiene por objeto la protección de derechos e intereses legítimos de los particulares.-

Como se estableció anteriormente, uno de los fines esenciales a los que se dirige el Derecho Administrativo es el tutelar los derechos e intereses individuales de los ciudadanos. Es la Constitución y la evolución que ha tenido el Derecho Administrativo el que ha evitado las transgresiones ilícitas que los poderes públicos podían mantener frente a esos ciudadanos. Se reconocen dos baluartes contra la actuación propia del poder real, las cuales son: “el respeto al principio de legalidad” y el respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ Tomás Ramón , Op. Cit. p. 436.

Es el principio de legalidad⁵⁰ fundamental del Derecho Público, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente; por ello es que se afirma que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

En su planteamiento original, conforme al principio de legalidad; la Administración no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley, ello bajo una interpretación estricta del principio de separación de poderes originado en la Revolución Francesa.

En la actualidad, el principio de legalidad opera como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima⁵¹, en el caso de El Salvador, este principio está regulado en el Art. 86 de la Constitución de la República, asimismo es ésta la que regula las funciones que a cada Órgano le corresponde, es decir, la distribución de competencias que cada uno desempeña están protegidas jurídicamente.

2.1.6 El Acto Administrativo

El acto administrativo⁵² es, sin duda, el concepto fundamental del régimen jurídico de la Administración Pública, y consecuentemente, del

⁵⁰ En la Administración Pública, tal principio significa, que la prenombrada administración está sometida a las reglas de derechos, recogidas en la Constitución, en leyes dictadas por el Órgano Legislativo y las propias de la Administración. Este principio, impone a las autoridades, la obligación de ceñir todas sus decisiones al contenido de las reglas jurídicas preestablecidas y los principios no escritos que conforman el ordenamiento jurídico, aplicándose tanto a los actos administrativos individuales, como a los actos administrativos generales. Citado por: Orlando Fernández. El principio de Legalidad Administrativa. Ex jefe de la División de Estudios, Asesoría y Procedimientos Jurídicos, unidad adscrita a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Contraloría Municipal de Maracaibo, Venezuela.

⁵¹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón**, Op. Cit. p. 436

⁵² **DIEZ, Manuel María**, *Manual de Derecho Administrativo*, t 1, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, p. 172.

Derecho administrativo. Esto porque todas las potestades administrativas, y prerrogativas de la Administración, vienen a coincidir y concretarse en ésta: poder dictar actos jurídicos regulados por el Derecho Administrativo y dotados de un vigor especial⁵³, por eso se dice que el acto administrativo constituye la piedra angular del derecho administrativo⁵⁴, porque es el instrumento vital para el ejercicio de la función administrativa.

1.- Son, pues, sus notas esenciales⁵⁵:

1ª. Se trata de actos jurídicos y no meramente materiales.

2ª. Ha de ser emitido por una Administración Pública, entendida esta en sentido amplio.

3ª. Y ha de serlo en ejercicio de una potestad que no sea la reglamentaria pues, en ese caso, el producto de tal ejercicio es un reglamento.

2.- Elementos⁵⁶:

a) Sujeto. Siempre una Administración Pública. Esta, además:

* debe tener competencia para dictarlo.

* el titular o los miembros del órgano han de estar válidamente nombrados (proceso de selección o designación, toma de posesión, etc) y no estar incurso en causa de abstención o recusación.

b) Objeto. Su contenido es, como se ha señalado, una declaración de voluntad - naturalmente, que no esté viciada por dolo, error, violencia o intimidación y, si se trata de órganos colegiados, que se hayan respetado las reglas de funcionamiento (convocatoria, orden del día,

⁵³ **ENTRENA CUESTA, Rafael**, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Tecnos Madrid, 1999, pp. 171 y ss.

⁵⁴ **COSCULLUELA MONTANER, Luis.**, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Civitas, Madrid 1999, pp. 345 y ss

⁵⁵ **DELGADILLO, GUTIERREZ, Luis Humberto.** *Elementos de Derecho Administrativo*, Primer Curso, Limusa Editores, México, 1998, pp. 167 y ss.

⁵⁶ **DROMI, Roberto.** *El acto administrativo*. Ediciones Buenos Aires, 1997, pp. 16 y ss.

quorum de asistencia y de decisión, redacción de acta, etc.) - conocimiento o juicio, dependiendo de la clase de acto.

- c) *Elemento causal.* La causa del acto administrativo supone una realidad objetiva que implica la existencia de un interés público para cuya satisfacción se llega a ejercer una concreta potestad que, en cuanto tal, tiene un fin objetivo y reglado establecido en la norma. Precisamente para identificar la causa y su ajustamiento al fin de la potestad se exige la motivación de los actos administrativos - al menos, los de mayor relevancia: los que limiten derechos, la resolución de los recursos administrativos, la suspensión de actos, cualquiera que sea su causa, etc..
- d) *Forma.* Normalmente se producirán por escrito – y su contenido dependerá de cada ordenamiento-, pero también es posible la producción de actos administrativos en forma verbal o por medio de señales luminosas (por. Ej. un semáforo), acústicos (el silbato de un agente de la policía de tráfico) o simplemente gestuales (el mismo agente puede con un solo gesto estar ordenando la paralización de un vehículo). En el caso de órgano colegiado, sus actuaciones han de plasmarse necesariamente en un acta.

2.1.7 Evolución del Derecho Administrativo en el Derecho Comparado

Francia.-

La mayoría de autores consideran que es en Francia donde el Derecho Administrativo tiene su origen como rama jurídica, ahora bien si es a partir de la revolución francesa que surge este Derecho, es de precisar que

fue en esta época en la que emergieron diferentes cambios sociales, económicos, y políticos; tratando de darle una nueva perspectiva en cuanto a la forma de administrar el poder, dejando de lado lo que se conocía como la obediencia a un ente superior como lo era la divinidad u otros mitos de carácter religiosos que se tenían en esa época, y así diferentes formas de ver la administración de los ciudadanos.

Asimismo este periodo es caracterizado por ser en el que surgen nuevos métodos de administración, como también nuevas prácticas administrativas debido a los constantes cambios de carácter económico, social, y político; cuando se habla de cambios se hace referencia a la Revolución Francesa y la Revolución Industrial, que constituyeron la base de lo que hoy se conoce como Administración Pública.

La Revolución Francesa viene a significar un importante suceso que se da en Francia entre los años de 1789 y 1799, este trascendental acontecimiento viene a constituir cambios elementales en dicho país, puesto que con la revolución se destaca el derrocamiento del Rey Luis XVI a finales del siglo XVIII, Francia en esta época se encontraba en un régimen antiguo como lo fuera la monarquía absoluta, la sociedad estaba dividida en tres categorías: el clero y la aristocracia eran estratos sociales privilegiados puesto que tenían toda la tierra y no pagaban impuestos; y el tercer grupo social era aquel que se encontraba en un estatus inferior sin embargo eran los únicos que pagaban impuestos, asimismo fue en este periodo es donde se da la abolición de la monarquía en Francia y la proclamación de la Republica, con lo que viniera a poner fin al antiguo régimen en ese país, así es como se toman en cuenta las ideas de la administración con la

implementación de nuevas instituciones, sus funcionarios y la forma en que funcionarían⁵⁷.

Alemania.-

A mediados del siglo XIX se deja atrás el feudalismo y el absolutismo ya no contemplado desde ese punto, sino más bien se ve una figura personificada de carácter jurídica del Estado, es aquí donde nace la idea de Estado como persona jurídica, es en este estadio en que se concibe únicamente la administración pública como parte integrante al Órgano Ejecutivo; Alemania adoptó el Derecho Romano, para la regulación de vínculos del Estado con sus súbditos, siendo esta época en la que se pierde la idea de Estado omnipotente.⁵⁸

Al final de la edad media, el centro de la vida política de Alemania está enfocado en los territorios, donde se forma el poder, pero no siguiendo directrices de los antepasados sino propios de los pueblos germanos, estos pueblos no fueron capaces de asimilar civilizaciones antiguas.

En palabras del jurista alemán Otto Mayer en su libro “Derecho Administrativo Alemán”, sostiene que *“el acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la Administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de Derecho en un caso concreto”*, y es a través de los tribunales que comienzan a manifestarse las primeras relaciones del poder público con sus súbditos en su carácter jurídico general, en donde el Derecho Administrativo pertenecía a las reglas básicas del Derecho Civil.⁵⁹

⁵⁷ Enciclopedia Encarta, “La Revolución Francesa”, Erich Lessing/ Art Resource, NY, 2009.

⁵⁸ FARRANDO, Ismael. Op. Cit., p. 42.

⁵⁹ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1982. p. 29.

En esta época, se destaca también la aparición del principio de legalidad en el procedimiento administrativo, puesto que el príncipe no podía realizar ninguna acción judicial en contra del súbdito si la pretensión no estaba plasmada en algún derecho, es decir, que se le otorga una gran importancia a los derechos de los ciudadanos, los cuales debían cumplirse tal y como lo establecía la ley, derechos que constituyen límites frente a la Administración Pública, cualquiera sea la forma en que esta aparezca, ya sean instituciones descentralizadas o por sus órganos de poder como el legislativo, ejecutivo o judicial, etc.⁶⁰

En el año 1830, en muchos casos los doctrinarios se han referido a que la causa administrativa debía ser conocida por tribunales colegiados, lo cual llevaría a una descoordinación en cuanto a los casos que se presentaran ante ellos, puesto que a partir que eran colegiados tenían divergencias en cuanto a sus criterios empleados a la hora de resolver, ante estas divergencias existieron dos estructuras doctrinarias que se emplean para la posible solución de este problema:

- a) Los Juristas apoyaban que fueran los tribunales ordinarios quienes tuvieran la competencia administrativa para conocer de las causas que a ellos le llegaran; al respecto fue la Constitución Alemana quien plasmara en sus normas la potestad de que las causas administrativas fueran conocidas por tribunales civiles, existiendo en algunas ciudades como Hamburgo, Bremen, donde los ciudadanos tenían que demandar, la protección de los tribunales civiles, contra las ordenes que dictaran las autoridades administrativas que afectaban sus derechos privados.

⁶⁰Ibídem p. 36.

- b) También estaba el grupo que propugnaba la creación de tribunales especializados para el conocimiento de las causas administrativas, y fue tan importante el llamado a la creación de estos tribunales, que en el año de 1875 en Prusia, Alemania, se crearon los tribunales especializados en la materia, siendo estos los entes con mayor nivel para el conocimiento de las causas administrativas.

- c) El Tribunal Supremo Contencioso Administrativo.⁶¹ Para el control judicial de lo administrativo, se optó por la solución judicial, es decir, la Actividad de la Administración Pública es controlada por jueces y tribunales pertenecientes al Órgano Judicial. Este tribunal viene a constituir una de las instancias más significativas en Alemania, puesto que es donde él, que se ventilan en última instancia los casos de derecho administrativo, haciendo una comparación viene a ser como nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo que es la última instancia para resolver las controversias entre el Estado y los particulares.⁶²

2.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LOS SIGLOS XIX y XX.

Es importante aclarar que en sentido estricto La Administración pública debe ser en primer lugar una organización que participa del poder público en su sentido jurídico, es decir, *“capacidad de crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones y posibilidad de imponerlo, incluso coactivamente”*⁶³.

⁶¹ FARRANDO Ismael, Op. Cit. pp. 38 y 39

⁶² Ibidem. pp. 38 y 39

⁶³ *El Concepto de Derecho Administrativo y sus Características*. Ob. Cit. p. 10.

A continuación se hace referencia a la Administración Pública desde los orígenes del derecho administrativo hasta la actualidad.

Teoría de la División de Poderes.-

Es menester aclarar que la División de Poderes significa que, la creación de las leyes (función legislativa) corresponde al poder legislativo – que ha de ser necesariamente representativo - y la aplicación de las mismas (funciones ejecutiva y judicial) a los poderes ejecutivo y judicial. Pero esta separación no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes funciones y poderes del Estado constituyesen compartimentos aislados, totalmente incomunicables entre sí. Al contrario no se trata propiamente de una rígida separación sino más bien de una distribución de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e interacciones mutuas y recíprocas. Y ello debido a que el significado histórico de este principio reside en el hecho de que más que una separación de poderes lo que pretenden evitar es la concentración de los mismos. Es, pues, un simple arbitrio práctico e instrumental, una técnica organizativa ingeniosa y mecánica para proteger la libertad. Este es el sentido que, frente a la concepción británica, atribuye a este principio Montesquieu⁶⁴.

El nacimiento de los partidos⁶⁵, supone una modificación de este principio; no sustancial, por cuanto el principio de concentración sigue vigente, pero sí fuertemente cualificada.

⁶⁴ **RACIONERO CARMONA, Francisco.** *Temas del Derecho Administrativo I: “Conceptos fundamentales de Derecho Administrativo, Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativo.* Primera Edición, Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación. San Salvador, El Salvador, 2004. P. 19

⁶⁵ **DUVERGER. Maurice.** *Los partidos políticos.* Fondo de Cultura Económica. Méjico 1979. p. 320.

En los países cuasi bipartidista o en los casos en que un solo partido obtenga la mayoría absoluta del Parlamento, el jefe del Gobierno es, a la vez, líder del partido mayoritario. En consecuencia, a través del mecanismo del voto que impone el partido, el líder controla de facto la mayoría parlamentaria y el Gobierno. De ello se deduce que, en estos supuestos, la diferenciación entre estos dos poderes es más formal que real, si consideramos que un mismo partido político controla de hecho a ambos⁶⁶

La división de Poderes es una Teoría necesaria para combatir el absolutismo, establecer un gobierno de garantías se ha convertido en el principio básico de la organización de los Estados constitucionales modernos⁶⁷.

2.2.1 La Administración Pública Nociones Generales.-

Cuando se habla de administración pública se refiere a una Organización del poder público que actúa con potestades administrativas cuya finalidades van encaminadas a satisfacer las necesidades que por parte de la ciudadanía se hacen exigibles debido a su necesaria actuación; porque con potestades administrativas? Es por el carácter público de la administración pues la finalidad de la misma es; la satisfacción de los intereses generales.

2.2.2 La Administración Pública, como parte del Poder Público.

Esta debe de pertenecer al poder público de una manera objetiva y jurídica, objetiva pues parte de su objetividad va encaminada a la prestación

⁶⁶ **COSCULLUELA Montaner, Luis.** *Manual de Derecho Administrativo.* Ed. Civitas. Madrid 1993.

⁶⁷ **FRAGA, Gabino.** *Derecho Administrativo,* D.F, México, primera edición, Editorial Porrúa, año 1963. p. 28.

y satisfacción de servicios públicos a la comunidad que de alguna manera mejoren la calidad de vida de los ciudadanos, pero también se hace necesario verla desde un punto de vista jurídico; que tenga la administración la capacidad de crear, modificar, extinguir unilateralmente derechos y obligaciones; administrar tiene su origen en el vocablo latín “ad y ministrae”, que significa servir, la palabra servir en el vulgo se utiliza como sinónimo de gobernar, cuidar, o gestionar, en este sentido administración viene a significar el equipo de gobierno de un país con la finalidad de cuidar los intereses públicos de un país.⁶⁸

La Administración Pública es identificada, comúnmente, en esa época con el poder ejecutivo haciéndola ver como parte integral del poder ejecutivo y por ende el Derecho Administrativo era la rama especializada de la administración, el órgano ejecutivo como tal en su momento podía llevar a cabo potestades propias de la administración pero esto lo hacía absolutamente independiente; pues ya que la personalidad jurídica del Estado no es únicamente el poder ejecutivo, sino mas bien es una fusión de órganos encaminados a servir a la población, siendo así que el Estado posee una personalidad jurídica única y completa y que por lo tanto los diferentes órganos se convierten por ende en simples expresiones orgánicas del Estado.

Dentro del Estado se encuentran los diferentes órganos de poder, los cuales por sus diferentes potestades, cumplen funciones distintas entre sí, lo que los hace independientes conforme a la ley para ejercerlas, la administración pública no es en si el órgano ejecutivo más bien se identifica con este órgano; para el derecho administrativo, la administración pública no

⁶⁸ **MENA GUERRA, Ricardo**, *Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador*. El Salvador, 2005, p. 46.

viene a significar mas que, una persona jurídica; ya que la personificación de la administración pública constituye parte de la personalidad jurídica del Estado y por ende su permanencia en el Estado es casi eterna ya que no cambia como cambian los órganos y cambian las funciones y es a ello que se debe el Derecho Administrativo.⁶⁹

La Administración Pública, como puede expresarse en los párrafos anteriores, permanece en tiempo mientras que las distintas instituciones tienden a cambiar su funcionarios, su formas de administrar etc., lo que la hace distintas con el gobierno pues el Gobierno se encuentra sometido a las mutaciones políticas que surgen de un proceso electoral consensado por los gobernados, y que los electos vienen a conformar un nuevo gobierno distinto al anterior mientras que la administración pública posee estabilidad en el tiempo; Marienhoff, define la Administración Pública como: la actividad permanente, concreta y practica del Estado que tiende a satisfacer las necesidades de grupos sociales y de los individuos que la integran, esto viene a constituir que la administración, es un ente orgánico dotado de facultades que utiliza para la satisfacción de las necesidades tanto de individuos como de particulares, lo que viene a fundamentarse como función administrativa.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, ha establecido que la Administración Pública en el país se erige como una pluralidad de órganos al servicio de la comunidad y que realizan función administrativo y por ende titulares de relaciones jurídicas administrativas incluyendo en estas el poder ejecutivo y sus dependencias como las instituciones oficiales autónomas.⁷⁰

⁶⁹ *Ibíd*em p. 49.

⁷⁰ Sentencia Definitiva del 31-X-1997. Con Ref. 45-V-96. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

A continuación se presentan algunas Características de la Administración Pública:

- a) Persigue fines como el Bien Común: este fin es la idea que se tiene en la mayoría de Constituciones del mundo, como lo es la persecución del bien común y nuestro país no es la excepción pues en el Art. 1 de la Constitución de la Republica de El Salvador establece que uno de los fines del Estado es la del bien común.
- b) Está Compuesta por Órganos-Persona: esto significa que la administración pública tiene personas a cargo de los diferentes Organos-Institucion, los cuales se rigen por las respectivas leyes, estos deben actuar plenamente encaminados a cumplir con los fines de la administración puesto que si estos no cumplen respectivamente con las finalidades de esta, provocaría una decadencia dentro de la administración llevándola a ser ineficiente y perder credibilidad en sus actuaciones.
- c) Cuenta con una Tarea Perdurable: lo perdurable, se debe a que como anteriormente se dijo, que la administración pública es permanente, ya que sus miembros están obligados a seguir frente a sus cargos dentro de la administración aun, cuando no esté el Gobierno, es decir a falta de un Gobierno, los miembros que laboran para la administración pública deberán permanecer en ella, aunque no deja de ser está subordinada al Gobierno.
- d) Cuenta con un Poder Organizado: el cual es utilizado para imponer las decisiones que se adoptan en la institución la cual forma parte del poder que la administración tiene para administrar siempre y cuando se dé dentro de los límites del ordenamiento jurídico.⁷¹

⁷¹ **CASSAGNE, Juan Carlos**, *Derecho Administrativo*. séptima edición, ED. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, pp. 98 y 99.

2.3 APARECIMIENTO DEL ESTADO

A través del tiempo se han dado diferentes formas de ejercicio de poder para algunas personas, todo para lograr lo que hasta el día de hoy se busca y es la convivencia pacífica en la sociedad, sin embargo este punto se ha visto de diferentes perspectivas a lo largo de la historia. Es por ello que a continuación se hará una reseña histórica de cómo ha evolucionado el ejercicio del Poder al paso del tiempo.

Según *JORGE OLIVERA TORO* en su Manual de Derecho Administrativo⁷², manifiesta que “el estado para imponerse ante los particulares requiere cuatro elementos fundamentales que son: La *titularidad*, es decir el órgano encargado de realizar la función; es decir la forma de actividad del Estado, luego esta la *legitimación*: para el caso es la existencia de una norma que valide al Estado el poder de actuar; la *finalidad*: que obviamente es el objeto de mando y finalmente una *Organización Compleja*, que es el orden que se ha establecido de acuerdo a la realidad”.

Al tener en cuenta lo anterior se inicia hablando de las formas de organización que con el paso del tiempo la sociedad se ha ido transformado. El Matriarcado es la organización primitiva donde la mujer predominaba sobre el hombre, puesto que esta es la que tiene la capacidad de crear la descendencia, esta forma de vida se vio en las Tribus.

Posterior a ello la forma de organización del patriarcado surge con el objeto del predominio del hombre sobre la mujer, es decir lo contrario de la primera, el ejemplo de este tipo de organización es en la época de Moisés,

⁷² **OLIVERA TORO, Jorge.** *Manual de Derecho Administrativo.* 7° Edición, Argentina, 1997 p. 9

llevando una vida nómada, siendo este un personaje representativo de organización en la humanidad.

Después de la época primitiva, Grecia es otro de los referentes en el tema del manejo del poder, las ciudades eran soberanas e independientes, es entonces que al mencionar estos dos conceptos, da paso a hablar de la existencia de libertad, su forma de organización se dividía entre Asamblea, Consejo y magistraturas; la primera consistía en un grupo de ciudadanos que no tenían mayor fundamento, el segundo desempeñó su función con mas potestades de hecho y de derecho regulaban las actividades de los magistrados vigilaban la administración pública, y manejaban la política ciudadana; y finalmente la tercera que solo tomaban decisiones de poco interés, solo ejecutaban lo ya decidido.

Asimismo Roma también contó con una forma de organización para ejercer el poder dividiéndose así en tres períodos: Monarquía, Republica, e Imperio. En la Monarquía el poder lo maneja o se encuentra en unos pocos.

Sin embargo, en la República, donde se sustituye al Rey por Cónsules que tenían el poder, que luego este se expandió y ya el poder lo tenían los senados y magistrados. La etapa de la civilización Romana se da con el Imperio Romano, sin embargo cae a fines del siglo V, por esclavos y colonos y así mismo Los Bárbaros que dividieron en clanes y elegían a sus jefes, distribuyéndose la tierra en común, teniendo un lote cada familia y una parte que pertenecía a todo el clan.

Es en el siglo VII donde surge el Feudo que es la tierra concesionada por parte del señor feudal a los vasallos que se encomendaban a este y le mostraban fidelidad. Es importante destacar que en esta época los hombres

poseían la característica de ser libres, sin embargo tenían que encomendarse a un señor que es el que les brindaba la ventaja de las tierras.

Los vasallajes eran jerarquizados siempre al servicio del Rey, dividiéndose en territorios y Estados. Luego con el poder de la monarquía se ve un panorama religioso que otorga un derecho divino a los reyes y la soberanía de Dios

Entre los siglos XIV y XV, entra en crisis el feudalismo; concentrándose la soberanía en el pueblo, y no de la divinidad como se manejaba con anterioridad teniendo una diferente percepción de poder, es así como nace el Estado Moderno, que surgió de conflictos entre los poderes medievales, obteniendo un estado nacional centralizador y territorial de todos los poderes públicos.

En esta misma etapa del estado liberal de Derecho, se da el reconocimiento de derechos individuales a través de una constitución escrita, así mismo se enfatizó en los derechos fundamentales, entre ellos derecho a la vida, la integridad física, a la dignidad, libertad de creencia, libertad de pensamiento, con ello el estado moderno se fortaleció; sin embargo el Capitalismo y el Proletariado se abrió paso gracias a vacíos que este sistema tenía. Es por ello que se da una transformación encaminada a darle mayor interés a otros derechos de interés nacional.

El Estado Social de Derecho surge dándole auge a los Derechos Sociales, definiendo esto como una progresión evolutiva beneficiando a los más desprotegidos de protección Económica y Jurídica, cambiando así la

organización política para que se tenga un nivel de vida aceptable, además surge la intervención del ciudadano inclusión de las clases y movimientos sociales a las nuevas ideologías que se crearon después de la segunda guerra mundial.

2.3.1 El Estado como medio de Poder

Para avanzar de manera cronológica y por lo tanto histórica en el tema de investigación, es de suma importancia hablar del Estado. Ahora es necesario hablar de este tema desde el punto de vista de su concepto, atribuciones y funciones.

“El Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva otorga”⁷³. El ser humano al verse imposibilitado de alguna manera para realizar algunas acciones como satisfacer sus necesidades, es menester de un ente que sea intervencionista para regular las relaciones entre particulares y la actividad privada, dándose así una progresión evolutiva.

A lo largo del tiempo, también se ha ido transformando el Estado, sin embargo, en este caso se tratará el Estado desde las actuaciones materiales que realiza para lograr obtener sus fines, entre ellas están la de la intervención, regulando la actividad privada como un derecho de libertad económica, para este caso es la existencia de leyes o políticas que regulen

⁷³ Gabino Fraga en su libro “Derecho Administrativo” expone esta definición y también hace la reflexión del porque el uso de la palabra “atribuciones” y menciona que su connotación gramatical, la más adecuada porque puede adecuarse a cualquiera de las organizaciones políticas y estructuras de Estado. **FRAGA, Gabino**. *Derecho Administrativo*, D.F, México, primera edición, Editorial Porrúa, año 1963. p. 13

dicha actividad, nuestra Constitución regula esta actividad en su Artículo 102⁷⁴, específicamente en su inciso segundo garantiza que el estado fomentara la iniciativa privada siempre y cuando sirva para enriquecer la nación y dar beneficio a los habitantes del país, todo lo anterior sin que se oponga al interés social, es decir coordinar los intereses individuales con el interés público.

Lo anterior es una relación entre el Estado y los particulares, y es que este ente tiene las facultades para poder regularlo, ya que el Estado cuenta con soberanía y poder. Sin embargo existe un concepto denominado Servicio Público⁷⁵ que objeta la soberanía del Estado, argumentado que la actividad del Estado es la de prestar servicios.

Es en este contexto en donde fundamenta la existencia del Derecho administrativo, pero esta tesis no es válida ya que El Derecho Administrativo es más que eso, es también regular, mandar, un ejemplo, es el control que existe del Acto administrativo, esto no lleva a que se niegue la existencia del Servicio público por parte del Estado pero como bien se mencionó al principio Gabino Fraga afirma que es menester utilizar el concepto de Atribuciones de Estado.⁷⁶

Acotado el tema de Estado relativo a las atribuciones del mismo corresponde hablar sobre las formas de actividad del estado que es su

⁷⁴ Constitución de la República de El Salvador 1983. Art. 102: Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social. El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.

⁷⁵ Manuel María Diez en su "Manual de Derecho Administrativo", define a Servicio Público: como la prestación que realiza la administración de forma directa o indirecta para satisfacer necesidades de carácter general. **DIEZ, Manuel María**, *Manual de Derecho Administrativo*, t 2, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, p. 13.

⁷⁶ **FRAGA, Gabino**. Op. Cit. p. 86.

Función, es decir llevar a la práctica las atribuciones de las que anteriormente se han mencionado. En el marco de dichas funciones la administración pública ejerce funciones y entre ellas están la de brindar un servicio a los particulares un servicio público magno ya que es brindado a través del Estado.

2.3.2 Estado, Poder y Funciones.

En la presente investigación se tratará la perspectiva del Estado desde las diferentes teorías que explican la existencia de éste, pero antes de ello se inicia con la noción que se tiene de Estado.

Para el interés de la presenta investigación, es de hacer notar que en las ciencias políticas se tiene la noción de Estado en distintas teorías: la sociológica, la jurídica, la política:

- a) Teorías Sociológicas: estas teorías hacen referencia la situación en la cual se encuentra un país, visto desde diferentes indicadores:
 - i) *Como Hecho de Convivencia*: al ver el Estado como un hecho de convivencia es de pensar en las distintas relaciones que ha tenido el hombre desde épocas antiguas, las relaciones entre los hombres ha sido la forma en que se ha logrado la convivencia y la satisfacción de las más grandes necesidades que este ha tenido en la historia de la humanidad desde A. de C., hasta la actualidad, pero en síntesis, estado como hecho de convivencia no es referirse a aquellas normas de convivencia que a través de la sociedad se tiene y se hacen necesarias para poder convivir en una sociedad cambiante, una sociedad territorialmente establecida a lo cual se sigan los mismos patrones de conducta para poder convivir en ello.

de su poder de imperio que tiene cada estado hace efectiva su aplicación.

- ii) *Como Relación Jurídica:* es el Estado el medio por el cual la población tiene acceso a los diferentes servicios públicos, desde el agua, hasta la salud; esa relación existente entre el ciudadano y el ente ficticio es lo que se conoce como relación Jurídica, jurídica porque es el ordenamiento jurídico el cual establece las prerrogativas que deben seguir tanto Estado como el ciudadano y demás entre los particulares para poder llevar una convivencia mutua, y por ende jurídica.

 - iii) *Como Sujeto de Derecho o Persona Jurídica:* el estado al igual que las personas tiene su personalidad jurídica, la persona natural nace y se inscribe en el respectivo registro dando así la existencia legal que a partir de ahí es reconocida como tal; al igual que el estado una vez surge se identifica su denominación, así como también surgen sus elementos los cuales lo llevan a poder existir y poder desarrollar sus actividades no con una capacidad legal propia si no que sus actuaciones serán realizadas por las diferentes entidades que a partir de su surgimiento, se descentralicen para su cometido.
- c) Teorías Políticas: las teorías políticas ubican al estado en las siguientes directrices:
- i) *Como Soberanía:* es de conocer que la soberanía se le relaciono con la idea de comunidad autosuficiente, lo que Aristóteles llamara Autarquía; la soberanía no viene a ser más que la manifestación de poder de un estado en la cual tiene como función el no permitir que jurídicamente se esté subordinado a otro orden jurídico que no sea el propio.

ii) *Como Empresa Política*: el Estado está compuesto de una Hacienda Pública la cual realiza una función muy importante la recaudar los diferentes tributos con el fin de hacer producir la actividad económica del mismo, cuyos principales consumidores son la población, misma que demanda la satisfacción de necesidades básicas que únicamente la empresa estatal puede brindar, tales como las regulaciones de precios de la canasta básica, regulación en el área energética, regulaciones a las comunicaciones que estas constituyen intereses generales.⁷⁷

Luego de hacer referencia al Estado desde las diferentes teorías, es de importancia conocer los elementos causales de los cuales se compone el poder estatal, en primer lugar se encuentran:

- 1) Elemento de la Causa Eficiente: dicho elemento viene a significar la tendencia natural que tiene el hombre de socializar con las personas y tener buenas relaciones en la comunidad, la sociabilidad y la politicidad que tiene la persona humana la inclinan a convivir en una sociedad política.

- 2) Elemento de la Causa Material: este elemento viene a constituir lo que compone al Estado, como unidad materializada de aquello que es sustancial, y apreciable en el estado la causa material se manifiesta a través de la población y el territorio; la población al ser todos los individuos que conforman el elemento humano en una comunidad viene a ser la unidad común de una sociedad, mientras el territorio viene a constituir el elemento geográfico donde se asienta la población.

⁷⁷ **FARRANDO, Ismael y otros.** *Manual de Derecho Administrativo.* Buenos Aires, Argentina, Editorial De Palma, Primera Edición, año 2000. pp. 2 y 3.

- 3) Elemento de la Causa Final: la finalidad con la que tiene que actuar el Estado viene a constituir lo referido al bien común, este elemento hace referencia a cuáles son las directrices a tomar por parte del estado, para poder llevar a cabo sus cometidos es lo que llamamos el bien común; el bien común viene a constituir en palabras de Ismael Farrando que literalmente dice: *“el bien común es un bien público distribuido entre todos los ciudadanos conforme a sus aptitudes y condiciones sin diferencias ilógicas y arbitrarias”*⁷⁸
- 4) Elemento de la Causa Formal: esta viene a constituir el orden con el cual el Estado mantendrá la convivencia interna, puesto que el orden está subordinado tanto al poder como al ordenamiento jurídico, esto lo hace un elemento que en cierta medida esta muy relacionado al poder debido a la formalidad requerida por este elemento, es de recordar que la formalidad de una nación y la que sus individuos actúen como debe ser todo es producto del orden jurídico y el poder de imperio con el que actúa el estado.

Después de desarrollar ideas básicas sobre el Estado en sus perspectivas, jurídicas, sociológicas etc., se presenta a continuación el Estado visto desde la perspectiva jurídica administrativa analizando cada una de las directrices y forma en la cual funciona el estado, para ello se enfoca principalmente en la estructura básica del estado, la administración del

⁷⁸ FARRANDO, Ismael. *Ibidem*, p. 6, literalmente dice: ***“el bien común es un bien público distribuido entre todos los ciudadanos conforme a sus aptitudes y condiciones sin diferencias ilógicas y arbitrarias”***, esto significa que el estado no únicamente deberá beneficiar a un grupo determinado de personas solo porque este grupo sea de su confianza o mejor aprecio, es importante ver lo que este autor manifiesta puesto que cuando se refiere a que el bien común será distribuido entre todos los ciudadanos es más que claro que es la persona humana como el origen y fin de la actividad del estado lo que en el derecho interno se materializa en el Artículo 1 de la Constitución de la Republica de El Salvador.

mismo y sus elementos direccionales; a continuación se hace referencia a uno los elementos característicos del estado:

- A)** Precisión Conceptual: al introducirse en esta conceptualización sobre el poder que ejerce el estado como ente soberano e independiente de otros poderes partimos de la teoría de la división de poderes de *CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU*.⁷⁹, escritor y jurista francés quien fuera el que sentó las bases de lo que hoy se conoce como la Administración Pública. Montesquieu no distinguió bien las tres nociones confundiendo el poder del Estado con las funciones del Estado, ésto lo hace de una manera señalando que poder ejecutivo, poder legislativo, y poder judicial no pueden diferenciarse por naturaleza pues cada uno de ellos conforman lo que es el mismo poder unificado, al decir que existen tres poderes; para Montesquieu lo que existe desnaturalizadamente es una distinción de tres funciones fundamentales del estado siendo estas ejecutivas, legislativas, y judiciales.
- B)** Poder: el poder como se ha sostenido se hace referencia a aquello que tiene fuerza, aquello que se conoce como la subordinación de unos sobre otros, para el estado esto viene a significar la capacidad que como ente legítimo tiene de crear, modificar, derogar las leyes, las cuales vienen a poner el orden jurídicamente establecido en determinado territorio, en palabras de *ISMAEL FARRANDO*⁸⁰ esto significa: “el poder es una capacidad cualitativa y moral del Estado que se presenta como un medio para lograr el bien común”.

⁷⁹ Charles-Louis de Montesquieu (1689-1755), fue un gran escritor y jurista francés nacido en el castillo de La Brède y conocido universalmente por sus Cartas persas y El espíritu de las leyes. Pero fue en este último que hizo su aporte más valioso “el principio de la división de poderes”.

⁸⁰ **FARRANDO, Ismael**. Op. Cit. pp. 6 y 7.

Cuando el autor cita esta aseveración la hace de una manera genérica al establecer que únicamente es una capacidad cualitativa y moral, pero es de recordar que no solo por la moral se rige el hombre, puesto que los convencionalismos sociales son normas de convivencia que sirven de guía a una sociedad, por lo tanto no es correcto al decir que es de carácter moral sino también de carácter normativo, puesto que el Estado es a través del ordenamiento jurídico que tiene vida propia y por ende el Estado crea y aplica el derecho, haciéndolo muchas veces de manera coactiva por su poder de imperium que posee; es por ello que debe hablarse de un único poder, que es el que posee el Estado como ente soberano y que existen pluralidad de órganos y funciones que desarrollan las actividades del Estado.

- C)** Órganos: para que el poder pueda materializarse necesitará de entes que puedan desarrollar la actividad que por ende se le atribuyen a cada ente de la administración, es decir, que la administración necesita de personas humanas, inteligentes y con capacidad para poder desempeñar todas las funciones del poder, cuando se habla en este párrafo de órganos se hace referencia a órganos individuos que desarrollan dichas actividades como parte de los Órganos Institución.
- D)** Funciones: dentro de las funciones del Estado podemos encontrar tres tipos de funciones:
- 1)** Función Gubernativa: es aquella que traza las directrices del poder, la forma en cómo debe dirigirse la nación, cuáles son sus políticas gubernamentales con las que pretenden dirigir determinado país, esta función está conferida según Farrando Ismael⁸¹, al órgano legislativo,

⁸¹ Ibídem. p. 9.

ya que este es aquel que tiene la facultad de crear, modificar y derogar leyes; es así como a este órgano en el sentido que es la Asamblea Legislativa en el caso de nuestro país la cual debe crear leyes dirigidas a determinados fines, los cuales ayudan a dirigir las actuaciones de los funcionarios que en alguna medida pueden administrar la nación una vez dotados de tan importantes herramientas, es por eso que se le atribuye dicha función pero no es el único ente que desarrolla tal función, también se encuentra el órgano ejecutivo y el órgano judicial ejerciendo dicha función, por lo tanto se estima que son los tres órganos del Estado quienes ejercen esa función.

No, únicamente, la función gubernativa, es aquella que sirve de guía en la administración misma del Estado; encontrándose también que dentro de la función gubernativa se materializada por los llamados actos políticos, los cuales se subdividen en:

- a) Actos Institucionales: este tipo de actos son aquellos que son ejercidos con la absoluta soberanía que reviste este tipo de actos, ya que su función es la de desarrollar y ejecutar una norma de carácter Constitucional este tipo de actos se caracterizan por:
 - i) Ejecutan directamente una norma constitucional,
 - ii) No Inciden en la esfera jurídica del ciudadano; tales como: una declaración de guerra, declaración de estado de sitio, como también los que nombran ciertos funcionarios de gobierno o cargos importantes.
- b) Actos de Gobierno: son aquellos tipos de actos que ejecutan directa e inmediatamente una norma constitucional que se caracterizan por:

- i) Son actos jurídicos que producen efectos de derecho respecto de terceros.
- ii) Son revisables judicialmente, ya que inciden directamente en la vida individual del particular.⁸²

2) Función Legislativa: la función legislativa es aquella mediante la cual se tiene la capacidad de dictar normas generales de carácter imperativas, declarativas, como interpretativas, permanentes en el tiempo con la finalidad de definir la vida política y jurídica de un país; es por ello que podemos decir que es la Asamblea Legislativa en nuestro ordenamiento jurídico quien ejerce dicha función al estar facultada según Artículo 121 de la Constitución de la Republica, la cual establece la función de legislar, es decir; crear, modificar, reformar, interpretar y derogar las leyes conforme al procedimiento previamente establecido, cual importante es la función de legislar en un país, puesto que en sus manos está la estructura jurídico política de cada nación. Dicha función se lleva a cabo a través de dos elementos principales a saber:

- a) Elemento Material: el cual tiene que ver con el objeto de la ley, revestido de las características tales como la impersonalidad, la generalidad y la obligatoriedad.
- b) Elemento Formal: este elemento hace referencia a lo que se le conoce como leyes en sentido formal; porque, puesto que han seguido el procedimiento que de ley se establece para poder crear una norma jurídica general, tal es el caso de la Asamblea

⁸² Ibídem pp. 18 y 19.

Legislativa que para la adopción de una ley se hace necesario el pleno cumplimiento de el proceso de formación de ley, previsto en la Constitución de la Republica en el Artículo 133 de la Constitución, y el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa (RIAL) para poder dar vida a una ley.

- 3) Función Judicial:** esta función se materializa cuando existe una controversia que luego de encontrarse la verdad material, esta encuentra los logros al poder concluir un proceso judicial exitoso y por ende ejecutada la función que le corresponde al órgano judicial, y que se impone a las partes una vez resuelto el conflicto, este tipo de función hace referencia a actos de decisión que ejecuta la administración de justicia al emitir sus sentencias estas son el acto judicial que es el medio por el cual se concreta esta función; esta función se caracteriza por constituir una garantía en cuanto al ordenamiento jurídico, puesto que tiene como finalidad la de imponer el orden y la paz social en la comunidad, la función judicial en el orden jurídico salvadoreño se encuentra regulada en el Artículo 172 de la Constitución de la Republica y conferido al Órgano Judicial.⁸³

Así puede establecerse una finalidad expresa de la jurisdicción, la cual se concreta al momento de resolver el conflicto judicial y plasmarse ya de una forma fundamentada y personalizada las actuaciones de las partes, que se hace a través de la Sentencia que emite el funcionario, juez o tribunal.

⁸³ Al referirnos al Artículo 172 de nuestra Constitución vemos como se plasma lo que es el principio de independencia judicial, según el cual todo funcionario de la administración de justicia tiene que actuar conforme a las leyes, tal es el caso de los jueces que no deben adherirse a las sugerencias que le hiciere otro funcionario, juez o tribunal en cuanto a las decisiones que este tomara o deberá tomar en sus sentencias ya que el mandato para los mismos esta estrictamente subordinado a la Constitución de la Republica y las Leyes fuera de ahí a ningún otro órgano o funcionario puede influenciar en los demás.

- 4) **Función Administrativa:** siendo esta función de mucha importancia, no puede dejarse atrás su conocimiento de manera generalizada, cuando hablamos de la función administrativa nos recuerda la función gubernativa, aquella contribución que todos los órganos del Estado hacen y que está encaminada a la satisfacción del bien común de los ciudadanos a continuación se hace referencia a la noción de administración.

NOCIÓN DE ADMINISTRACIÓN.-

Administración, etimológicamente, proviene del latín “ad” (a) y “ministrae” (servir). Por lo que su significado es “servir a” debe distinguirse a partir de esto un doble aspecto de la idea de administración, vista la administración desde un punto de vista objetivo y otro subjetivo.

- i) **En Sentido Objetivo:** si bien la administración se conforma de todos aquellos entes gubernamentales y no gubernamentales que por concesión actúan en función de la administración pública, todas estas instituciones u órganos desarrollan un papel decisivo en sus actuaciones, puesto que la finalidad de cada uno de ellos es la mera satisfacción del bien común de la población, para ello cada una de estas instituciones ha sido dotada de facultades-poder que la misma Constitución y las leyes secundarias le prevé para llevar a cabo sus actividades; entonces esta actividad positiva que realiza la administración viene a constituir la llamada función administrativa.⁸⁴
- ii) **En sentido Subjetivo:** desde este punto de vista la administración viene a constituirse todo aquel aparato estatal, aquella estructura orgánica que

⁸⁴ **FARRANDO Ismael.** Op. Cit. pp. 25, 26.

sincroniza sus actividades a través de los diferentes entes descentralizados para lo cual han sido creados a este conjunto de estructura orgánica, es lo que se le denomina por el autor antes citado “Administración Pública”.

2.4 LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA⁸⁵.-

En amplios términos se identifican dos modelos para el juzgamiento de las actuaciones de las Administraciones Públicas:⁸⁶ primero, *el sistema anglosajón*, en el cual todos los procesos judiciales, sin distinción, incluyendo las demandas contra el Estado, son del conocimiento de los tribunales comunes; en cambio en el segundo, *el sistema de Derecho Administrativo*, las actuaciones de la Administración son sujetas del control por tribunales especializados cuya competencia es precisamente el dirimir los conflictos en los que estén vinculados los entes del Estado. Estos tribunales son conocidos como la “*jurisdicción contenciosa administrativa*”⁸⁷

⁸⁵ La expresión contencioso-administrativa procede desde los orígenes de la Revolución Francesa, el término une dos conceptos opuestos: contencioso y administrativo. El vocablo “contencioso” significa contienda – cuando se comenzó a utilizar en Francia se le entendía como litigio-. La palabra “administrativo”, sustantivación de la Administración, significa dirección ejecutiva de personas y cosas – cuando comenzó a usarse en Francia representaba la materia correspondiente a esta clase de litigio-. Por ello, en su origen, la prenombrada expresión significó “litigio administrativo”, pero como debían tramitarse ante órganos que formaban parte de la Administración Pública, se llamó “Contencioso Administrativo” La denominación es confusa, pero ha sido aceptada por los diferentes ordenamientos jurídicos administrativos. Citado por **FARRANDO, Ismael**. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. Cit. pp. 667-668.

⁸⁶ En cuanto a una definición de quiénes conforman la Administración Pública en El Salvador, el artículo 2 inciso segundo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece quienes son el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y, el Gobierno Local.

⁸⁷ **ENTRENA CUESTA, Rafael**. *Curso de Derecho Administrativo*, v.I, Ed. 12, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 51-62.

Uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es la subordinación del ejercicio del poder público a la Constitución y al resto de la normativa jurídica. De los tres órganos fundamentales, *“el que más incidencia tiene en la esfera jurídica de los individuos es sin duda alguna el Órgano Ejecutivo a través de la Administración Pública, la cual mediante el ejercicio de sus potestades puede incidir en la vida de los ciudadanos”*.⁸⁸.

En virtud de lo anterior, se advierte que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (JCA) es el mecanismo de control de legalidad constitucional con el que cuentan los particulares frente a las actuaciones ilegítimas de las entidades gubernamentales, *“el cual es el encargado de dirimir las controversias que se susciten en relación a la legalidad de los actos de la Administración Pública”*⁸⁹, llamémosle a esta (Administración Central, entes descentralizados y desconcentrados) y los administrados; el cual permite a los particulares, impugnar los actos administrativos⁹⁰ que impliquen la

⁸⁸ **RACIONERO CARMONA, Francisco.** *Temas del Derecho Administrativo* I. Op. Cit. p. 248.

⁸⁹ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Comentada. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. Comentario al Art. 2. “La Administración Pública en El Salvador, a diferencia de otros ordenamientos, no posee personalidad jurídica única, sino que se constituye como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídica y otros sin ella, que realizan función administrativa... En conclusión, conforme a esta ley, la acción contenciosa administrativa procede únicamente contra funcionarios, órganos o entes de carácter público, que encajen dentro de la concepción de Administración Pública. (Resolución Interlocutoria del 22/V/2000, Ref. 230-C-2002)

⁹⁰ La Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido que no todos los actos administrativos de trámite pueden ser impugnados por esta vía. Solo los siguientes: a) los que deciden directa e indirectamente el fondo del asunto, b) los que generen una situación de indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, c) los que impiden continuar el procedimiento. Tal postura ha sido congruente con la doctrina y el Derecho comparado, que sostiene que los actos de trámite son recurribles de forma autónoma por excepción, cuando “aun bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación”, acotando que el resto de actos de trámite no son impugnables separadamente, y habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para impugnarla y plantear entonces todas las irregularidades o vicios de

vulneración a un derecho subjetivo ó un interés legítimo de un administrado⁹¹.

Asimismo, no dejando de lado lo anterior, se establece que un acto administrativo *“Es una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho Publico, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la administración, o bien con simples efectos dentro de la esfera administrativa”*⁹²

2.4.1 Surgimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo

Para entender la situación actual del ámbito y del objeto del recurso contencioso-administrativo, resulta imprescindible conocer su origen histórico, que dio lugar a la cristalización de dicho concepto, también llamado el “dogma del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

En este sentido, es de remontarse al modo en que el principio de separación de poderes se transmuta en la Francia napoleónica en los albores del siglo XIX. Inicialmente, ya en la época clásica, el principio de separación de poderes fue concebido por Aristóteles como una mera distribución de funciones que podían confluir en una misma autoridad, pero

los actos de trámite. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 14/10/2003, Ref. 199-A-2001.-

⁹¹ **MENA GUERRA, Ricardo.** “Comentarios a la propuesta de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”, *Estudios Legales*, FUSADES. Biblioteca UTEC.-

⁹² Esta es una definición dada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en las Sentencia de 28 de octubre de 1998, ref. 134M97 y Sentencia de 16 de octubre de 1998, ref. 109-A-96.-

más cercanamente a nosotros, con el pensamiento de Polibio y de Marsilio de Padua, adquiere una vertiente política, al objeto de separar la función legislativa de la ejecutiva y limitar así los poderes del rey. En el siglo XVIII, John Locke en *Two Treaties on Civil Government* (dos Tratados de Gobierno Civil), insiste en este mismo planteamiento y lo difunde por todo occidente, inspirando las revoluciones constitucionalistas de finales de dicho siglo⁹³.

Es a partir de la proclamación de la Revolución Francesa en la cual por ser esta una revolución política, social y económica se construye el Estado de Derecho y el Liberalismo, como modelo económico y político imperante, dando fin con esto al Estado Absoluto, originándose la limitación de poderes en la Organización política, no solamente por encontrarse separado al Estado en sus poderes para realizar el adecuado balance y contrapeso entre ellos, sino porque el poder legislativo y a través de él, la ley va a tener la supremacía, frente al poder personal y arbitrario existente con anterioridad, el gobierno por y en virtud de las leyes va a prevalecer, y de ahí la sumisión del Estado al Derecho y al Principio de la Legalidad⁹⁴.

Aunado a ello, la Revolución Francesa es la que formula los principios de la filosofía política que permanecerán como base de toda la elaboración ulterior: la primacía de la ley, la separación de las autoridades administrativas y judiciales, el liberalismo político, la igualdad de los ciudadanos ante la Administración y el liberalismo económico⁹⁵.

⁹³ Citado por **GAMERO CASADO, Eduardo**. *Temas de Derecho Administrativo II, "La Jurisdicción Contencioso Administrativa"*. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". San Salvador, Julio 2004. p. 3

⁹⁴ **BREWER-CARIAS, Allan R.** *Derecho Administrativo*, Tomo I, Los Supuestos Fundamentales del Derecho Administrativo. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1975. pp. 38-39.

⁹⁵ **RIVERO, Jean.** *Derecho Administrativo*. Traducción de la 9ª Edición. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Público. Caracas, 1984. p. 23.

La separación de poderes que nace a partir de la Revolución francesa en 1789, es la época donde podemos hablar del nacimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁹⁶ todo ello para controlar el Acto administrativo⁹⁷ el fin de que este sujeto a control jurídico de parte del estado. Se reflejan en esta época el uso de dos principios capitales: el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos y el principio de libertad⁹⁸.

Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Francia

La jurisdicción francesa aproximadamente en el Siglo XVIII, dividía la misma en dos tipos una en Judicial y la otra en Administrativa. La primera es la que resuelve conflictos entre los particulares, mientras que la segunda es la que resuelve conflictos entre el particular para con el Estado, este control lo tenía el rey, sin embargo no era del todo positivo ya que ellos mismos eran juez y parte en los litigios. Por otra parte, se hace una división entre la administración activa y la contenciosa, siendo esta última la que se encarga de regular únicamente los actos administrativos, buscando la no intromisión ni buscar favoritismos.

En el Derecho francés, la competencia para juzgar a la Administración se encomendó inicialmente al Consejo de Estado, que se erige en un órgano de carácter mixto (compuesto por jueces y por funcionarios públicos administrativos), de carácter tanto consultivo como revisor, creándose una

⁹⁶**MEJÍA, Henry Alexander.** "La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador". *Publicación del Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Quinto Año. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 2010. p. 9.

⁹⁷ El Código Tributario en su Art. 20 define que un acto administrativo es la declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos

⁹⁸ **MENA GUERRA, Ricardo.** "Comentarios a la propuesta de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo", *Estudios Legales*, FUSADES. Biblioteca UTEC.-

Sección específica (que actualmente es la décima), a la que se encomienda la competencia jurisdiccional para dirimir los litigios que enfrenten a los ciudadanos con la Administración⁹⁹.

Este acaparamiento por parte de la Administración de sus asuntos litigiosos, y la impunidad judicial que comporta, son sencillamente inadmisibles en un Estado de Derecho.

En efecto, como asevera *JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ*, “cuando es el Estado la parte que deduce o frente a la que se deduce la pretensión, únicamente existirá proceso (y función jurisdiccional) en la medida en que se dé una independencia real del órgano al que se confía la satisfacción de la pretensión”¹⁰⁰. Por ello, el sistema evoluciona después inevitablemente.

La solución que se va articulando en el Derecho francés –primero, con ficciones de justicia retenida; después, proclamando un sistema de justicia delegada, y por último, proclamando la independencia de los órganos judiciales contencioso-administrativos– es el surgimiento de una verdadera jurisdicción, paralela a las restantes y dotada de todas las garantías constitucionales de independencia frente al poder político.

No es procedente hablar ahora de esta evolución: nos basta con saber que, en la actualidad, el Consejo de Estado francés es el máximo órgano judicial de una jurisdicción específica, que se encuentra compuesta por otros órganos jurisdiccionales inferiores. (Tribunales Regionales de Apelación).

⁹⁹ **COSIMINA PELLEGRINO, Pacera.** Derecho Administrativo y Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Su objeto ¿Pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo. *Revista 112. Publicaciones Jurídicas Venezolanas.* Venezuela 2005.

¹⁰⁰ **GONZALEZ PEREZ, Jesús.** *Justicia Administrativa, Legislación y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.* Editorial Civitas, Madrid, 1999. P. 124.

En el modelo de control jurisdiccional del contencioso administrativo francés se inspiran después todos los ordenamientos jurídico-administrativos, que son los que imperan en la Europa Continental (España, Italia, Alemania, Bélgica, etc.) y también en muchos países de América Latina (Colombia, Argentina, El Salvador).

Lo que sucede es que la evolución que experimentan esos modelos de control judicial de la Administración difiere en cada Estado, como consecuencia de sus propios avatares políticos y también del contexto jurídico que va desatándose en cada ordenamiento.

Es en 1789 que se decreta la “Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano”¹⁰¹, que contendría los principios elementales en que descansaría el nuevo sistema de libertades públicas que habían sido vedadas en el régimen absolutista; es el artículo 16 el que plantea la necesidad de controlar los actos dictados por la Administración, aunque en principio predominó la idea que los actos de la administración fueran controlados por ella misma, por la desconfianza que existía hacia los tribunales, que estaban a favor del nuevo sistema¹⁰².

Es por ello que se crea un Consejo de Estado teniendo este un papel de consultor mas adelante se crean los Consejos de prefectura ya con la existencia de estos se les atribuye una doble función, ayudando así a una construcción del Derecho Administrativo.

¹⁰¹ La cual plantea que con la finalidad de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos, se reconocen y se declaran los derechos del ciudadano y del hombre.

¹⁰² **MEJÍA, Henry Alexander.** *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador.* Ob. Cit. p. 12.

Jurisdicción Contenciosa Administrativa en España

España hereda un derecho administrativo nacido en Francia contando con los principios de legalidad y libertad como mencionamos con anterioridad aplicada por órganos no jurisdiccionales. Es así que, en la Constitución de Cádiz de 1814, España se empieza a nutrir del derecho administrativo, pero es hasta 1845 donde se forma una verdadera Jurisdicción administrativa a través de Consejos Provinciales con Jurisdicción Delegada y un consejo real¹⁰³.

En España, tras experimentar diversas fórmulas que se fueron revelando insatisfactorias, se dictó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956¹⁰⁴, que instaura un nuevo modelo de justicia administrativa absolutamente pionera en todo el Derecho comparado.

Consiste en la inserción de la jurisdicción contencioso-Administrativa en el corazón mismo del sistema jurisdiccional, encontrándose integrada por jueces y magistrados pertenecientes al Órgano Judicial. Este sistema es valorado mundialmente como el mejor de los posibles sistemas, por cuanto que logra conciliar todas las necesidades desatadas por el problema:

- No supone una jurisdicción paralela del Estado, sino un simple orden jurisdiccional, cuyos miembros accedan de acuerdo con los mismos

¹⁰³ Siempre siguiendo el modelo francés: La Justicia Delegada es en la que existe poderes de decisión propios, mientras que en la Justicia Retenida únicamente se tienen facultades que el gobierno puede tomar o no.

¹⁰⁴ La LJCA Española de 1956, en su Art. 1 expresa: “La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley”, la cual dotada de las características y atribuciones imprescindibles para asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizaba los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración.

mecanismos y procedimientos que el resto de componentes de la carrera judicial.

- Los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo están por tanto sujetos a las mismas facultades disciplinarias que el resto de jueces y magistrados, y ejercidas por el mismo órgano (en el caso de España, el Consejo General del Poder Judicial).

- Este orden jurisdiccional se caracteriza por su especialización por razón de la materia, de tal manera que sus integrantes han de especializarse en Derecho Administrativo, lo que redundará en una mejora técnica de la justicia que se imparte.

Este mismo modelo de organización judicial se extendió después a otros ordenamientos jurídicos, como el alemán. Y es, también, el que rige en El Salvador, por acogerlo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1978, y consagrarlo también el Art.172 Cn. y el Art.1 de la Ley Orgánica Judicial.

A pesar de la diferente evolución que experimentan los sistemas de control judicial de la Administración en los ordenamientos jurídico-administrativos, todavía subsisten vestigios que evidencian el modo en que, a golpe de reformas legislativas y de sentencias jurisprudenciales, se ha ido construyendo un auténtico sistema de control judicial de la Administración verdaderamente digno de tal nombre.

En cualquier caso, hay un vestigio más, enraizado en el origen del contencioso francés, que todavía persiste, y que constituye un indudable argumento restrictivo de la tutela judicial que dispensan los órganos del

orden jurisdiccional contencioso-administrativo: el llamado privilegio del préalable. El dogma o privilegio del préalable tiene que ver con el origen del contencioso-administrativo en Francia, ya apuntado, y con la evolución de que es objeto posteriormente. A fin de resolver la tensión que entraña la exclusión jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública, termina reconociéndose la independencia de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, pero manteniendo un sistema de recursos administrativos previos, sobre los que se construye toda una dogmática jurídica.

Emerge así el denominado privilegio de autotutela en segunda potencia (*GARCÍA DE ENTERRÍA*), que reconoce a la Administración la potestad de pronunciarse previamente, en vía de recurso administrativo, acerca de las pretensiones que la enfrenten a los particulares. De tal manera que la intervención judicial se concibe como sucesiva y subsidiaria de la revisión por parte de la Administración de sus propios actos envía administrativa.

2.4.2 Antecedentes Históricos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña.-

En El Salvador, la Jurisdicción Contencioso Administrativa consiguió relevancia relativamente tarde, aunque es la Constitución del Estado de El Salvador de 1824 en su Art. 51 la que da vida al Estado Salvadoreño, ésta mencionaba la creación de ciertos tribunales administrativos, pero no se le dio aplicación a tales disposiciones. Es hasta la Constitución de 1939, que se promulgo en la dictadura militar del General Maximiliano Hernández Martínez, que estableció en el Art. 77 numeral 17, como atribución de la

Asamblea Nacional, erigir jurisdicciones y establecer funcionarios que, a nombre de la república conozcan, juzguen y sentencien en toda clase de asuntos administrativos¹⁰⁵.

Después se promulgaron las siguientes Constituciones en las cuales se hacía alusión a la competencia que debía tener el poder judicial en asuntos administrativos. Es así que la Constitución de 1950 establecía la posibilidad de la creación de un tribunal de esa naturaleza. Y dado el contexto en el cual se estaba viviendo existía la urgente necesidad de tener un Tribunal Contencioso Administrativo, ya que las actividades de la Administración cada día estaban expuestas a arbitrariedades en razón de los regímenes dictatoriales militares de la época, encontrándonos con frecuentes quebrantamientos a la ley, y la imposibilidad de concebir un verdadero Estado de Derecho¹⁰⁶.

Se crean propuestas de iniciativas de ley, siendo así que en el mes de agosto de 1978, por iniciativa del Presidente de la República, y la Corte Suprema de Justicia a través del Ministro de Justicia, con fundamento en el artículo 47 ordinal 13o de la Constitución Política de 1962, presentó un proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰⁷ y proyecto

¹⁰⁵ **MEJÍA, Henry Alexander.** *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador.* Op. Cit. p. 13. Cita a GÓMEZ CAMPOS, O., en su obra "El Control Jurisdiccional de la Administración Pública", Tesis de grado presentada en la Universidad de El Salvador, 1961, y Tenorio, J. E., *El Contencioso Administrativo en El Salvador*, Tesis de grado presentada en la Universidad de El Salvador.

¹⁰⁶ Sin embargo, es hasta 1979 donde la norma secundaria le da vida a dicha aspiración constitucional, constituyendo uno de los más importantes sucesos forenses en el derecho público salvadoreño del siglo pasado, ya que antes de esa fecha, el derecho administrativo de nuestro país se circunscribía a establecer las facultades y competencias del Estado para efectos de administrar; no obstante (aparte del amparo), no existía un mecanismo idóneo que permitiera impugnar los actos administrativos que implicaran la vulneración a un derecho subjetivo o un interés legítimo de un administrado.

¹⁰⁷ Este instrumento jurídico crea la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual conoce de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la

de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Secretaría de la Asamblea Legislativa, constituyéndose expediente de formación de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la referencia 202-8-78, y es la Asamblea Legislativa la que se consagra a estudiar las propuestas, dictando el catorce de noviembre de 1978, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual entró en vigencia el uno de enero de 1979, instituyéndose la Sala de lo Contencioso Administrativo, adscrita a la Corte Suprema de Justicia (SCA)¹⁰⁸, mediante Decretos Legislativos números 81 y 82, con la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial (ahora Ley Orgánica Judicial)¹⁰⁹.

Al entrar en vigencia la actual Constitución de 1983, se estableció como potestad del Órgano Judicial, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia (...) de lo contencioso administrativa (...) ¹¹⁰, y como resultado de los Acuerdos de Paz que se realizaron posteriormente en 1992, que se dio por terminado la guerra civil y se reformo la Ley Orgánica Judicial, aumentándole el número de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de catorce a quince, contando la SCA, con cuatro Magistrados, un presidente y tres vocales¹¹¹.

Administración Pública. El tribunal competente para esta nueva jurisdicción es la Sala de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰⁸ **CUESTAS, Humberto.** “Breve reseña Histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo”, en *“Sentencias. Quince Años de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”*, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1995, pp. 1-9.

¹⁰⁹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** *Historia de la Corte Suprema de Justicia*, en <http://www.csj.gob.sv/contencioso/historia.htm>. Sitio visitado el 17 de agosto de 2011.

¹¹⁰ Art. 172 de la Constitución de la República. “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”.

¹¹¹ Art. 4.2 de la Ley Orgánica Judicial. Decreto Legislativo No. 123, de Fecha 06 de junio de 1984, Publicada en el Diario Oficial No. 115, Tomo: 283, el 20/06/1984.

2.4.3 Sistema Administrativo Salvadoreño

La Corte Suprema de Justicia en el año de 1978, presentó a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, fundamentando la existencia de dicha ley en el Art. 47 ordinal 13 de la Constitución de 1962, que sienta las bases para que El Salvador cuente con una jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo podemos mencionar que es la Constitución de 1950 en el Art. 90, la que trae indicios de regular la necesidad de la creación de dicha jurisdicción.

Es hasta 1979 que se crea un tribunal especializado al cual se le da la competencia de conocer el Accionar de la Administración Pública, la cual es la Sala de lo Contencioso Administrativo, siendo este un logro para el sistema judicial salvadoreño, ya que no se contaba con un mecanismo que regulara los conflictos entre el particular y la misma, es decir teniendo competencia únicamente para regular los Actos Administrativos.

En la Constitución de 1983 que es la vigente, le otorga la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado al Órgano Judicial en su Art. 172, en este caso podemos ver la independencia judicial de este órgano para con otros.

La Constitución de la República de El Salvador, como máxima y jerárquica norma, puede respaldar el funcionamiento jurídico de la pretensión de los administrados, la cual la definimos como la “declaratoria de ilegalidad del acto administrativo en cuestión- y su consecuente anulación”, y naturalmente es tomada en cuenta por el Tribunal, es decir por la Sala de lo Contencioso Administrativo, para la aplicación e interpretación de la normativa secundaria- e incluso para hacer uso del control difuso de

constitucionalidad conforme al artículo 185 Cn., la impugnación de los actos no puede centrarse únicamente en violaciones a la Constitución¹¹².

El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo (LJCA) y el Art. 86 de la Constitución de la República, establecen quienes conforman la Administración Pública, entre ellos están: el Órgano Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas¹¹³, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; los Órganos Legislativo y Judicial¹¹⁴ y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos¹¹⁵; y, el Gobierno Local.

Si bien es cierto que en el plano teórico la tutela contra los actos administrativos de forma judicial nace en 1979, el verdadero auge de la justicia administrativa surge a finales de la década de los noventa, situación que aún está presente y se acrecienta cada vez más y ello se debe a que los temas de derecho administrativo son los prevalentes en la actualidad. A manera de ejemplo podemos citar: la privatización de los servicios públicos, las atribuciones de los entes reguladores de los servicios públicos, los conflictos de competencia entre la Administración Central y Municipal, la tutela efectiva de los derechos de los consumidores o usuarios, etc¹¹⁶.

¹¹² Resolución interlocutoria del 26/I/2001, Ref. 140-R-2001., y Resolución Interlocutoria del 21/XI/2001, Ref. 123-S-2001. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

¹¹³ Entre estas instituciones oficiales autónomas están: SIGET, SSAP, y SCOMP, entre otras...

¹¹⁴ Constitución de la República de El Salvador, Decreto Número 38, de fecha 15/12/1983, Diario Oficial Número 234, Tomo 281, Publicado en el Diario Oficial del 16/12/1983. Título III El Estado, su forma de Gobierno y Sistema Político, Art. 86.

¹¹⁵ Además los Órganos Constitucionales, los cuales son: la Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Cuentas de la República y el Consejo Nacional de la Judicatura, únicamente sólo cuando ejerzan función administrativa.

¹¹⁶ **MENA GUERRA, Ricardo.** "Comentarios a la propuesta de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo", *Estudios Legales*, FUSADES. Biblioteca UTEC.

En la actualidad, la Asamblea Legislativa estudia un anteproyecto de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, bajo el expediente con referencia número 711-5-2010-1, presentado el día diecinueve de mayo de dos mil diez, por los Representantes del Grupo Parlamentario de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), en el cual expresan: *“que en vista que se tiene una legislación relacionada a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, también sobra decir, que nuestra legislación data del año 1978, habiendo entrado en vigencia en enero de 1979, permitiendo los controles jurisdiccionales relacionados a la Administración Pública, la cual ha perdido actualidad. Proyecto que se apega a la actualización de los gobiernos modernos en materia administrativa, acoplando los casos a través de la historia procesal de esta materia, potenciando la defensa de los derechos e intereses de los particulares y permitiendo el control judicial en las actuaciones de tipo administrativo”*¹¹⁷

De lo anterior, a modo de conclusión, advertir que es necesario contar con una legislación de lo Contencioso Administrativo, que se ajuste y adecue a las doctrinas de vanguardia en esta materia y guardando las características de nuestro ordenamiento jurídico.

¹¹⁷ Asamblea Legislativa, República de El Salvador. Moción de Diputados de ARENA, en el sentido se emita una nueva Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo. Expediente 711-5-2010-1. Comisión: Legislación y Puntos Constitucionales. S. S. 20/05/2010.

CAPITULO III LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR

3.1 EL DERECHO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO A LA LUZ DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

3.1.1 Nociones básicas de Constitución.-

La Constitución Política, es sin duda alguna en todos los Estados constitucionales de Derecho, la fuente principal del derecho, y de la que derivan su legitimidad las demás fuentes.

La idea de Constitución se ha venido desarrollando a través del tiempo, el uso de la expresión constitución se remonta a la Grecia antigua, en la que se le designaba “politeia”, mientras que los romanos la denominaron “constitutio”, ambas expresiones significaban la forma total de ser de la comunidad en el que se incluía el aspecto jurídico.¹¹⁸

Subsiguiente a ello le llamaban constituciones a los cuerpos legislativos promulgados por los emperadores, siendo dentro del Medioevo que se amplió este término a los actos legislativos de otros cuerpos políticos o no, entre ellos la iglesia. En la Edad Media se reconocieron cuerpos normativos con la jerarquía que ahora se les da a las constituciones, aunque no se les designaba de esa forma y tampoco se contemplo un sistema de control que asegurara la aplicación de la misma.

¹¹⁸ **POHL GALINDO, Reynaldo.** *Guión Histórico de la Ciencia del Derecho*, T. I, UCA Editores, San Salvador, 1978, pp. 524 y ss.

En la época del Renacimiento entre los siglos XV y el XVIII, al aparecer el moderno Estado, la Constitución cobra realce y es concebida como el instrumento jurídico político más idóneo para sentar las bases del Estado de Derecho y normar las reglas básicas que aseguren que el ejercicio del poder sea en beneficio de su titular: el pueblo.¹¹⁹

Parece importante señalar que la palabra Constitución para este estudio no se utilizará como la total realidad de una sociedad, ni como la totalidad de la normativa jurídica, sino como solo parte esencial, la cual constituye las normas básicas y fundamentales de la estructura de un Estado, de tal manera lo afirma Lucas Verdú *“como estructura, como conjunto de elementos interdependientes cuya ordenación jurídica – normativa e institucional- organiza y delimita el poder del Estado”*¹²⁰

En ese sentido, el orden jurídico de todo estado, se encuentra enmarcado dentro de límites: en un extremo, la norma fundamental sobre la que no hay otro precepto que la rijan, y el otro, las inferiores, formadas por los actos individualizados, cuyos resultados no tienen generalidad, sino que vinculan solamente a los órganos emisores y a los destinatarios de los mismos.

El Derecho positivo salvadoreño se compone de las siguientes normas jurídicas: la constitución, los tratados internacionales, las leyes secundarias, los reglamentos, las ordenanzas y las normas jurídicas individualizadas (llamados decretos con contenido individual, sentencias judiciales y

¹¹⁹ **BERTRAND GALINDO, Francisco**, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I. Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia. 4ta. Edición, año 2000. Talleres Gráficos UCA, San Salvador. p. 4.

¹²⁰ **VERDÚ, Pablo Lucas**. *Curso de Derecho Político*. Vol. II, 3ra. Edición., Tecnos, Madrid, 1983, p. 422.

resoluciones administrativas, actos jurídicos de los particulares como las cláusulas de un contrato).

Es indiscutible que las normas constitucionales, son aquellas que señalan las directrices fundamentales del ordenamiento jurídico, el cual es una unidad y que hacen que los distintos grupos de esta unidad parezcan partes de un todo. Balladore Pallieri estima *“excelentísimo decir... que el derecho constitucional suministra el fundamento de todas las otras disciplinas jurídicas internas”*¹²¹

- **La Constitución como fuente principal del Derecho**¹²²

Como ya se estableció anteriormente, la constitución en su calidad de norma suprema, emanada de la potestad constituyente, es la fuente principal del ordenamiento jurídico, de donde derivan las restantes. Es a través de la Asamblea Constituyente como mecanismo democrático y participativo que se elabora, reforma e interpreta la Constitución. Pero la Constitución es además en sí misma, fuente del Derecho, por las siguientes razones:

1. Crea jurídicamente los órganos del Gobierno, y los limita. Estos existen porque la Constitución los establece por lo que deben actuar conforme a ella, y solo dentro de los límites que ella señala pueden crear derecho.
2. Es norma inmediatamente aplicable tanto por el Juez como por cualquiera de los órganos llamados a aplicar el Derecho, lo que

¹²¹ Citado por **QUINTANA, Segundo V. Linares**. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. T. I. Alfa, Buenos Aire, 1953, p. 303.

¹²² **BERTRAND GALINDO, Francisco**, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. pp. 44 y ss.

significa que tiene eficacia directa, atribución que nuestra Constitución otorga a sus normas al vincular directamente a los órganos fundamentales del gobierno.

3. Es además la fuente formal de mayor jerarquía, donde resulta que todas las fuentes del derecho incluido la ley tienen la posición que la Constitución les adjudica.
4. Como consecuencia de su supremacía, todas las restantes fuentes formales se subordinan a ella, se dice que esa subordinación es de dos caracteres: a) Subordinación de carácter formal, que consiste en que las otras fuentes formales deben ser creadas por los órganos y los procedimientos que la Constitución le establece; y b) Subordinación material, es decir, que las otras fuentes no pueden contradecir el contenido o a la Constitución.
5. No siempre regula completamente el sistema de fuentes en el conjunto, sino que da los lineamientos a seguir y las reglas básicas para resolver los problemas que puedan surgir, todos estos demás ordenamientos jurídicos deberán mantener relación con la Constitución, ya que si se contradicen quedan derogados.

Como quiera que se defina, la Constitución es siempre, el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse. La Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, concluyendo que es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución, de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. Esta regla de creación de las

normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución, en un sentido propio, originario y estricto del término¹²³.

3.1.2 Estado Constitucional de Derecho

Ya tratada una básica noción sobre lo que es una Constitución, es menester proceder a tratar lo que se denomina Estado Constitucional de Derecho, sin embargo antes de comenzar con ello es importante conocer lo que es un *Estado de Derecho*, por lo que se tiene a bien iniciar con una reflexión de *INDER KUMAR GUJRAL* “*Cuáles serían los elementos clave del buen gobierno?*”. *En primer lugar, el buen gobierno reside en el Estado de derecho. Si hay algún elemento más que cualquier otro, que constituye el núcleo interno de la democracia y distingue una sociedad progresista y moderna de una sociedad atrasada y medieval, este es el Estado de Derecho. Se trata del funcionamiento imparcial del Estado de Derecho, que da dignidad a los débiles y justicia a quienes carecen de poder. Garantiza la separación de poderes y salvaguarda a los ciudadanos de las arbitrariedades del poder absoluto. Protege las libertades individuales y las libertades civiles... Hay suficientes ejemplos, incluso en el mundo actual, que nos advierten de que las sociedades que carecen de un Estado de Derecho eventualmente vivirán bajo el Estado de la jungla, donde el poder tiene la razón y quienes tienen las armas establecen las reglas.*”¹²⁴

¹²³ **KELSEN, Hans.** *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Primera Edición 2001. Servicios Gráficos S. A. de C.V p. 198.

¹²⁴ **INDER KUMAR, Gujral.** “*Diferencias para el Nuevo Milenio*”. Escritos, político y Ex Primer Ministro de la India. Disponible en: <http://www.unesco.org/issj/rics162/qujralspa.htm>. Sitio consultado el día 26 de octubre 2011.

De lo anterior, es importante aclarar que muy a menudo se utiliza el concepto de Estado de Derecho para hacer referencia fundamentalmente al principio de legalidad, es decir al sometimiento del poder a leyes y normas previamente establecidas. En tal sentido, se afirma que hay Estado de Derecho en un país, cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes. Sin embargo, este concepto resulta a todas luces insuficiente hoy en día, pues no basta con que las autoridades y el Estado ajusten su actuación a la ley en general, pues urge que también y fundamentalmente que adecuen el ejercicio del poder a la Constitución.¹²⁵

El problema con el concepto de Estado de Derecho, es que no quedaba claro, si dentro de esta expresión, se comprendía a la Constitución. Es por ello que en doctrina, se distinguen dos conceptos, el *Estado Legal de Derecho* y el *Estado Constitucional de Derecho*. El primero, está centrado en la ley, reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política, el segundo centrado en la Constitución, reconociéndosele además de naturaleza programática, fuerza vinculante.¹²⁶

El conocido jurista italiano *LUIGI FERRAJOLI* sostiene “*que existen fundamentalmente dos formas de entender el derecho. Para el positivismo jurídico, el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el constitucionalismo jurídico, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia*

¹²⁵ **DÍAZ PALACIOS, Julio.** *El Estado Constitucional de Derecho en el Marco de Descentralización en los países Andinos.* Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización Un programa de InWEnt para los países andinos (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Chile) 2007 - 2009, p. 5

¹²⁶ **DÍAZ, PALACIOS, Julio.** *ibidem.* p.5

de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones”¹²⁷.

En otras palabras, y siguiendo a *FERRAJOLI*, en el *Estado Legal de Derecho* (positivismo jurídico) la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre “cómo” decir el derecho. A diferencia de éste, en el Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre “cómo decir derecho”, se establecen reglas sobre “qué cosas” el derecho no puede decir y “sobre “qué cosas” debe decir”.¹²⁸

Este sistema de normas por encima de la ley (meta-legales) dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada, al legislador, constituyen en conjunto la Constitución. En otras palabras, estas condiciones sustanciales de validez están contenidas en la Constitución Política, en el Estado Constitucional de Derecho. Estas normas sustanciales, condicionan la validez de las leyes: ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales.¹²⁹

Como señala *FERRAJOLI*, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: “De hecho, todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de

¹²⁷ Citado por **RUIZ M. Juan Carlos**. “Estado Constitucional de derecho, democracia y descentralización”. Abogado, Profesor de la PUCP y miembro del Instituto de Defensa Legal. P. 34.

¹²⁸ **FERRAJOLI, Luigi**. “Positivismo crítico, derechos y democracia”. En Revista Isonomía N° 16, abril 2002, p. 7.

¹²⁹ **FERRAJOLI, Luigi**, Op. Cit., p. 10.

algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho.

Siguiendo en la misma sintonía, agrega *FERRAJOLI*: “Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos”.¹³⁰

Por lo tanto se puede afirmar que El Estado Constitucional de Derecho no es cualquier Estado, sino aquel que se identifica por: El carácter vinculante de la Constitución Política, la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su denso contenido normativo y la rigidez constitucional.

- Elementos del Estado Constitucional de Derecho

a) Carácter vinculante de la Constitución Política

La Constitución Política si bien es una norma política en la medida que organiza y limita el ejercicio de poder, sin embargo es fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios

¹³⁰ *Ibíd*em, pp. 13 y 14.

particulares sin excepción alguna. Señala *PRIETO SANCHÍS* que la Constitución no es un “*catecismo político*” o una “*guía moral*” sino una norma con la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe¹³¹.

Ello significa tomar distancia de ciertas doctrinas, que señalan que las Constituciones no son más que un manifiesto político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador. Para ellas, los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales sino solo las normas que se recogen en las leyes.

Por lo que uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional -independientemente de su estructura o de su contenido normativo –es una norma jurídica legítima, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. El fundamento de este carácter tiene que ver con la función de la Constitución al interior del Estado Constitucional de Derecho de límite del poder político. En efecto, “*toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político*”.¹³²

Señala *CASTILLO CÓRDOVA*, que “*esta finalidad intrínseca a toda Constitución no podría ser posible si el texto constitucional no es considerado como un texto normativo, es decir, si es considerado como una simple declaración, sin que genere una necesaria y efectiva vinculación a sus*

¹³¹ **PRIETO, Luis Sanchís**, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 116

¹³² **CASTILLO, Luis Córdova**, *Los Derechos Constitucionales*. Elementos para una Teoría General, Palestra, Lima 2007, p. 184.

*destinatarios, particularmente al mismo poder político en sus distintas manifestaciones, ejecutiva, legislativa y judicial*¹³³.

La cobertura constitucional de esta afirmación se encuentra en el artículo 83 de la Constitución de la República, el cual señala que *“El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”*; en relación al artículo 86 que establece *“El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes”*¹³⁴, Esto implica reconocer que tal como lo señalamos en la introducción, que no hay zonas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución

b) Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes

La Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuente del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que *PRIETO SANCHÍS* señale con propiedad que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario; y que ello solo es posible, gracias *“a la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria”*¹³⁵

¹³³ **PRIETO, Luis Sanchís**, Op. Cit. p. 116

¹³⁴ Constitución de la República de El Salvador, artículo 83, y artículo 86, Título III, El Estado, su forma de Gobierno y Sistema Político.

¹³⁵ *Ibídem*, p. 116

c) Eficacia y aplicación inmediata de la Constitución

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución, es que ésta es de aplicación inmediata y efectiva. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legal de Derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere su desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria¹³⁶.

d) La garantía jurisdiccional de la Constitución¹³⁷

La denominada garantía jurisdiccional o judicial, no es otra cosa que la exigibilidad judicial o jurisdiccional de la Constitución. Esto significa que la *primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no es enjuiciable por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores*¹³⁸.

En efecto, la garantía jurisdiccional no es otra cosa que la exigibilidad jurisdiccional del cumplimiento de la Constitución. Esto implica reconocer la competencia de los jueces para resolver litigios desde el ordenamiento jurídico incluido la Constitución, pudiendo concretarse a través del control

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 117

¹³⁷ **KELSEN, Hans.** *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Op. Cit. p. 201.

¹³⁸ **GARCÍA PELAYO, Manuel,** *El status del Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional N° 1. Madrid, 1981, p. 18

concreto y del control abstracto, y a priori y a posteriori, encomendado a órganos especializados o a los jueces ordinarios¹³⁹.

En otras palabras, en aquellos casos en que algún funcionario público o un particular desconoce o incumple una norma constitucional, se encuentran expeditos los procesos constitucionales para la defensa de la Constitución Política. En efecto, significa que con la finalidad de proteger y hacer eficaz lo señalado por la Constitución (derechos, valor o principio constitucional), existe una jurisdicción o una justicia especializada: la constitucional. La razón de esta garantía de la Constitución es que ésta es una norma jurídica, y como tal, tiene una garantía que resguarda su ejecución¹⁴⁰.

e) Denso contenido normativo

Este es quizá uno de los principales rasgos que diferencian el Estado de Derecho del Estado Constitucional de Derecho. A diferencia del primero, el segundo está caracterizado por un denso contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, aplicables a los casos concretos, siempre que resulten relevantes.

Este elemento del constitucionalismo es de suma importancia, pues supone pasar de una concepción formal de la Constitución a una concepción material de la Constitución, la cual se convierte en un criterio sustancial de validez de las normas expedidas por el legislador, el poder político y de las resoluciones de los jueces. Esto supone no solo respetar un conjunto de procedimientos democráticos mayoritarios para tomar decisiones, sino que

¹³⁹ PRIETO, Luis Sanchís, Op. Cit. p. 116.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 117

los contenidos de dichas decisiones deben estar ajustados a los principios, derechos, valores y directrices contenidas en la Constitución Política.

El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el propio Poder Judicial, si bien son titulares de un conjunto de competencias, no tienen un poder absoluto e ilimitado. Existen condiciones sustanciales de validez contenidas en la Constitución Política que su actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional debe respetar, si queremos ser coherentes con el Estado Constitucional de Derecho¹⁴¹.

Las normas formales y las normas sustanciales se encuentran en todas las Constituciones. En la primera parte de las mismas se encuentran las normas sustanciales que sancionan, a través de los derechos fundamentales y los fines del ordenamiento (parte dogmática). En la primera parte de las mismas se encuentran las normas sustanciales que sancionan, a través de los derechos fundamentales y los fines del ordenamiento (parte dogmática). En las partes sucesivas se encuentran las normas formales que instituyen a los órganos del Estado, en tanto instrumentos para la observancia de dichos derechos (parte orgánica)¹⁴².

f) Rigidez constitucional

Esta es también una característica de todo Estado Constitucional de Derecho y constituye una herramienta para defender la vigencia de la Constitución. Según *PRIETO SANCHÍS*, “el constitucionalismo, es decir la

¹⁴¹ **FERRAJOLI, Luigi.** *Positivismo crítico, derechos y democracia.* Op. Cit. p. 10.

¹⁴² **DÍAZ, Julio Palacios.** *El Estado Constitucional de Derecho en el Marco de Descentralización en los países Andinos. Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización.* Un programa de InWEnt para los países andinos (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Chile) 2007 - 2009, p. 41

*vigencia de la Constitución resulta más fuerte cuanto más costosa sea la alteración del texto, es decir, cuanto más inaccesible se muestre frente a la mayoría legislativa”.*¹⁴³

Como señala con propiedad *CASTILLO CÓRDOVA*, solo será posible considerar a la Constitución como una norma fundamental de modo que la ley y consecuentemente, tampoco el reglamento pueda contraponérsele eficazmente si es que se considera a la Constitución como una norma rígida.¹⁴⁴

Por lo tanto, es indiscutible que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución”.

Aunado a lo anterior, la importancia de mantener en un Estado Constitucional de Derecho, los denominados mecanismos constitucionales, es que estos sirven como herramientas para exigir el cumplimiento de obligaciones establecidas en la ley o alguna norma reglamentaria vinculada para dirimir conflictos entre diferentes órganos, o cuando no está clara la función de alguno de ellos, o cuando alguno de ellos no quiere cumplir con la función que la Constitución ha establecido, impugnado una norma de naturaleza reglamentaria cuando viole alguna disposición constitucional y cuando alguna norma con rango de ley vaya en contra de alguna disposición constitucional.

¹⁴³ **PRIETO, Luis Sanchís**, Op. Cit. p. 117.

¹⁴⁴ **CASTILLO CÓRDOVA, Luis**. *Los derechos constitucionales*. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima, 2007, p. 187.

3.1.3 Derecho Administrativo

Es importante comenzar por hacerse la pregunta ¿porqué y para que existe el Derecho Administrativo?.

El Derecho administrativo surge propiamente tras las revoluciones constitucionalistas del siglo VIII, y especialmente tras la Revolución Francesa de 1789. El fin perseguido por estos movimientos revolucionarios, en relación con la Administración pública, es el de frenar el poder, acabando con su ejercicio despótico mediante dos grandes máximas o principios: la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho; y el control judicial de su actuación.

Surge el “modelo de Derecho administrativo”, conforme al cual se apodera a la Administración con unos privilegios exorbitantes –a los que técnicamente llamamos *potestades*– de los que carecen los ciudadanos. La principal particularidad del sistema es que tales atributos no se le confieren de manera libre o desvinculada, sino con el fin específico de satisfacer el interés general.

La Administración pública se erige pues en una organización social, dotada de poderes públicos con el fin institucional de satisfacer el interés general, y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Por esta razón, advertimos que la Administración pública es una organización vicaria, que carece de fines propios, y cuya entera actividad se supedita a la persecución del interés general.

Esto supone la necesidad de que la Administración se someta a un continuo proceso de cambio y adaptación, conforme evoluciona el sistema

político, económico y social, a fin de satisfacer las demandas que se le dirigen.

Por ello, no es posible determinar una nota característica o dominante de la actuación administrativa, ya que la misma es como un ser vivo, que se transmuta y se transforma continuamente para atender al fin institucional que justifica su existencia.

- **La división de Poderes y el Derecho Administrativo**

También es importante advertir acerca de la fundamental importancia política que tiene la interpretación que se asigne a la primigenia teoría de la división de los poderes, frenos y contrapesos, etc. Ella fue concebida como “garantía de la libertad,” para que “el poder contenga al poder” a través del mutuo control e interacción de los viejos tres grandes órganos del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial.

Hoy en día se busca la *fractura* del poder, para que nadie lo pueda volver a reunir en una única mano; por ello se agregan más órganos constitucionales independientes. Sin embargo, es muy frecuente que la teoría se distorsione y que la práctica no ofrezca sino un remedo de la división de poderes; por ello es necesario preguntarse cuál es realmente el equilibrio previsto en la Constitución, qué es lo que ocurre en la realidad y cuáles son las tendencias que se deben seguir o evitar.

Equilibrio teórico de los poderes

Pues bien, el sistema de la división de poderes previsto en las Constituciones está en principio contemplando un determinado equilibrio. En

ese equilibrio que no es necesariamente “igualdad”, sino más bien la jerarquía relativa de los poderes en el cual en algunas legislaciones el Poder Ejecutivo está supeditado al Poder Legislativo y el Poder Legislativo al Poder Judicial.

Sin embargo, ese equilibrio previsto en las Constituciones no es el que funciona en la práctica ni tal vez haya funcionado nunca realmente así. Por una serie de circunstancias sociales y políticas, como por ejemplo que el Poder Ejecutivo depende del Poder Legislativo para tomar ciertas decisiones¹⁴⁵.

3.1.4 La Transición del Estado de Legalidad al Estado de la Constitucionalidad y al sometimiento a las Reglas Universales mínimas de Derechos y Garantías Individuales.

Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado: la sujeción de la administración a la ley, y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución; queda así superado por el paso final de la subordinación de todo el derecho interno a un derecho supranacional e internacional.

Estas transiciones otorgan un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete del significado de las normas constitucionales y supranacionales y por lo tanto de la validez de las normas legislativas, aunque no en todos los países los jueces adoptan la postura que les corresponde de acuerdo con su deber constitucional¹⁴⁶.

¹⁴⁵ **GORDILLO, Agustín.** *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I, Parte General. Octava Edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. 2003, p. -3.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

De cualquier modo, el Poder Judicial ha receptado algunas reglas de fundamental importancia para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando en particular el principio fundante o rector de la *razonabilidad* de las leyes y de todos los actos estatales, de acuerdo con el cual toda norma que sea *desproporcionada* en los medios que emplea con relación a sus fines, carezca de sustento fáctico suficiente, que sea arbitraria, persecutoria, etc., debe ser tachada de antijurídica y por lo tanto no aplicada.

Los derechos individuales frente al Estado

La Constitución y las normas supranacionales no son un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; son un *orden jurídico imperativo*, para el Estado y los habitantes. Este orden jurídico constitucional y supraconstitucional, al crear al Estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes, establece y reconoce también los derechos de los individuos frente al Estado.¹⁴⁷

La Constitución y el orden jurídico supraconstitucional ofrecen un equilibrio de las atribuciones que otorgan; reconocen atribuciones al Estado, pero también derechos inalterables a los individuos. Ni unos ni otros pueden tener supremacía; ambos deben armonizarse dentro del orden jurídico. La enunciación de los derechos de los individuos no es una declaración programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado al que también reconoce aquellas facultades. Tal como lo señala ALBERDI: “*La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner*

¹⁴⁷ Esta es una característica esencial de los derechos fundamentales que “ellos se dirigen contra el Estado,” son su límite y por ello sólo serán verdaderos cuando se apliquen “también contra la voluntad del Estado”.

*límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.*¹⁴⁸

En definitiva se establece que del orden jurídico constitucional y supraconstitucional nacen, en igualdad de situación y en equilibrio jurídico necesario, los derechos de los individuos y las atribuciones del Estado; que estas últimas no tienen en ningún caso características suprajurídicas, de “soberanía” o “imperio”: son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas con exceso, se transforman en antijurídicas y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado. Cabe reiterar que el Estado está sometido a normas básicas de la comunidad internacional, cuyo orden jurídico mínimo en materia de derechos humanos igualmente torna antijurídicas las conductas violatorias que aquél pueda cometer.¹⁴⁹

Los derechos individuales en el Estado de Derecho

Estos principios y otros más de índole similar, integran así uno de los más trascendentales avances en la organización política y jurídica de los pueblos, que se designa bajo el nombre genérico de “Estado de Derecho.” El concepto de “Estado de Derecho,” por cierto, no es unívoco y ha sufrido una evolución que lo ha ido perfeccionando: en un primer tiempo se pudo decir que lo fundamental era el respeto a la ley por parte del Poder Ejecutivo; esto era y es el todavía vigente principio de la *legalidad de la administración*. Luego, los límites que el Estado de Derecho impone son extendidos a la

¹⁴⁸ **ALBERDI, Juan Bautista**, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125

¹⁴⁹ **GORDILLO, Agustín**. Op. Cit. p. 17

propia ley: se dice entonces, que también la ley debe respetar principios superiores; es el otro principio fundamental del respeto a la Constitución por parte de las leyes, manifestado a través del control judicial de dicha constitucionalidad.

Se llega por fin a la etapa de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera también como derecho interno, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales. El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: por un lado, que la administración respete a la ley y por el otro, que el legislador respete a la Constitución, a la Convención y demás pactos supranacionales.

El centro de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos. Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa: ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares.

3.1.5 Inserción de la Constitución en el Ordenamiento Preconstituido

No fue nada sencillo cuando La Constitución entro en vigencia el veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, ya que no apareció en un vacío jurídico, sino que se insertó en un ordenamiento preexistente, el cual no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, sino que pervivió, aunque afectado y modificado por la nueva

regulación constitucional; lo que plantea el problema relativo a la inserción de la Constitución en el ordenamiento preconstituido.

En virtud de que la actual Constitución se construye sobre un fundamento *ideológico personalista o humanista*, distinto al de las Leyes Primarias bajo las cuales se promulgaron las disposiciones preconstitucionales; esta circunstancia produce una cierta incompatibilidad lógica entre ciertas disposiciones o cuerpos normativos del ordenamiento preexistente y la Constitución, y hace necesario definir el efecto que tal incompatibilidad producirá.

- La Persona Humana como origen y fin del Estado

Ahora bien, en El Salvador, su Constitución en el artículo 1 reconoce a la persona humana como el origen y fin de la Actividad del Estado, y es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la que ha resaltado *la función que esta disposición constitucional desempeña en la construcción y aplicación del concepto de Constitución: "la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo –art. 83 Cn.–, y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado –art. 1 Cn.–, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona".*¹⁵⁰

¹⁵⁰ Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, Considerando II 4. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

Asimismo en la concepción personalista del Estado, la Sala de lo Constitucional fundamentando su posición en el Informe Único emitido por la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, al expresar que la Ley Suprema: (...) *el Estado (...) tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana (...), como un instrumento para la realización de los fines de ésta*". *Que el Derecho existe por causa de los hombres "significa dos cosas: una, que el Derecho es obra del hombre; otra, que el Derecho está al servicio del hombre"*.¹⁵¹

La jurisprudencia constitucional ha clarificado el *sentido personalista de los fines del Estado* al expresar: *"de modo figurado, la Constitución habla de los fines del Estado (...), [ya que] estos 'fines' estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos 'fines' de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria"*¹⁵².

La Sala de lo Constitucional sostiene que con el concepto derechos fundamentales *"se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el*

¹⁵¹ Sentencia de 19-VII-1996, Inc. 1-92, Considerando IV 1. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

¹⁵² Sentencia de 19-VII-1996, Inc. 1-92, Considerando IV 4. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución" ¹⁵³

Asimismo se establece que la dignidad humana es la premisa básica de los derechos fundamentales: *"Indisolublemente relacionada con los derechos fundamentales se encuentra la dignidad humana como premisa básica que les es inherente; tomando como premisa que la dignidad es un elemento perteneciente, por definición, a la persona humana, y siendo ésta el sustento de la estructura que conforma el cúmulo de derechos garantizados por el Estado, éstos están destinados a la persona humana que nace, crece y se desenvuelve bajo el andamiaje de la estructura jurídica de un Estado"*¹⁵⁴

Es por lo tanto que el Estado debe velar por el respeto a los derechos y garantías que posee todo ciudadano, estar al servicio de la persona humana, su función básica es la de fomentar el cooperativismo social, la armonía y la paz entre las personas, de la mano con la función que se le ha otorgado al Derecho, la cual es el velar por el cumplimiento de las libertades individuales, permitiendo que este se realice libremente en sus fines.

Por otra parte, la Constitución en su seno ha *vinculado las funciones públicas con los fines del Estado*: "Funcionario público es, en sentido general, aquel que participa y desempeña funciones públicas; y éstas, también en sentido genérico, son aquellas mediante las cuales el Estado realiza sus fines". Es decir que el funcionario es un servidor público el cual sus potestades son otorgadas por los ciudadanos y su actuación debe ir en interrelación con los parámetros que la Constitución y demás leyes le

¹⁵³ Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 1. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

¹⁵⁴ Sentencia de 20-VIII-2002, Amp. 25-S-95, Considerando II. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

conceden, siendo el desempeño de su función donde se garantizan el cumplimiento de los fines del Estado.

De lo anterior, es de hacer notar que la Constitución específicamente, ha vinculado la *actividad administrativa* con el *cumplimiento de los fines estatales*: Para comprender a cabalidad la naturaleza de los actos administrativos, debe partirse del hecho que la actividad administrativa del Estado está compuesta por una serie de actuaciones, mediante las cuales se busca cumplir con sus fines primordiales, consagrados en el artículo 1 de la Constitución. Cuando tales actuaciones consisten en actos que determinan situaciones jurídicas concretas se habla de *acto administrativo*. Así, como repetida jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, “*el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, destinada a producir efectos jurídicos, individuales y concretos, en el cumplimiento de los fines del Estado*”¹⁵⁵

3.1.6 El Derecho Administrativo en el Estado Constitucional de Derecho.

Significa y conlleva, que la Constitución, conforma de manera determinada jurídicamente, todo el conjunto de la organización, estructura y funcionamiento, relaciones y acciones de todos los poderes públicos y también e incluso, la configuración de las relaciones de los ciudadanos con ellos y de los ciudadanos entre sí (Derecho privado). Al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, le competen el control constitucional y jurídico del cumplimiento y realización del Estado Constitucional.

¹⁵⁵ Resolución de Sobreseimiento de 10-XII-1997, Amp. 19-G-94, Considerando I 1. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

El Derecho Administrativo, ocupa en el “Estado Constitucional” un puesto relevante. Le corresponde una importantísima, doble función:

- A)** Por una parte, regular jurídicamente, el gran instrumento, aunque no único, ni exclusivo, de satisfacción de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, mediante las diversas acciones intervencionistas de las Administraciones Públicas, fomento y servicio público.

- B)** De otra parte, establecer y posibilitar, con base en la Constitución, el adecuado ejercicio y funcionamiento de un sistema de garantías jurídicas, preventivas, ejecutivas, disciplinarias, sancionadora de reclamaciones y recursos, frente a posibles excesos de las intervenciones administrativas o de las “inactividades” de las Administraciones Públicas.

En un Estado Constitucional de Derecho los principales derechos, principios y garantías que fundamentan al Derecho Administrativo son: principio de seguridad jurídica, derecho a la protección jurisdiccional, garantía del debido proceso, principio de legalidad, los cuales se desarrollan a continuación:

Derecho a la Protección Jurisdiccional

Parte de las garantías constitucionales que se otorga en un Estado Constitucional de Derecho, es el Derecho a la Protección Jurisdiccional, existiendo, entonces, un proceso jurisdiccional, el cual debe tener una realización conforme a la misma, la que obliga a que dentro de cada proceso o procedimiento existan formalidades esenciales, categorías jurídicas o

"derechos" que hagan posible una completa y plena conservación y defensa: finalidad del constituyente plenamente vigente hoy en día.

La regulación infraconstitucional de esas formalidades esenciales corresponde, evidentemente, al Órgano Legislativo, quien establecerá sus concreciones, presupuestos, límites, así como la posibilidad de disponer de dichas formalidades en aplicación de criterios materiales. Ahora bien, habrá casos en que las concreciones legislativas puedan resultar lesivas al ordenamiento constitucional. En efecto, los "derechos" procesales sólo pueden disponerse si se está frente a una situación concreta y conocida; es decir, sólo si el sujeto la realiza dentro de una realidad completamente desarrollada, pues si se renuncia o pacta sobre la base de unos determinados acontecimientos procedimentales futuros, que por la falta de concreción al tiempo de renunciar o elaborar la convención no se producen o se realizan defectuosamente, la disposición carecería de valor, pues podría posibilitar procesos reñidos con la Constitución o, en última instancia, en contra del acceso efectivo y completo al derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos, es decir, en contra de la institucionalidad que los acompaña.

La Sala de lo Constitucional se ha pronunciado al respecto sosteniendo que *“El derecho a la protección jurisdiccional, se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica de la persona humana, al permitirle reclamar válidamente frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos”*.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad de 15-II-2002. Ref. 9-97. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

Por lo que se sostiene que el derecho a la protección jurisdiccional reconoce de manera expresa la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración inconstitucional a sus derechos *-lo que en doctrina procesal se conoce como derecho de acción-*.

La constitución obliga al Estado Salvadoreño a proporcionar protección jurisdiccional a todas las personas, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten su esfera jurídica, a través del instrumento heterocompositivo que es también creado constitucionalmente diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

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

A partir del derecho a la protección jurisdiccional, se hace necesaria la creación de una serie de categorías jurídicas subjetivas activas e integrantes de la esfera jurídica del individuo, cuya naturaleza jurídica corresponde principalmente a garantías y que se engloban bajo la denominación del "debido proceso", la cual posibilita de forma efectiva aquella protección.

Principio de Seguridad Jurídica

Se ha considerado a la seguridad jurídica como una condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.

La misma puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta objetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad¹⁵⁷.

Sobre las *dimensiones de la faceta objetiva de la seguridad jurídica*, se ha mantenido que "relacionadas las principales características y dimensiones del concepto de seguridad jurídica, todas ellas se pueden englobar en dos exigencias básicas: a) *corrección funcional*, que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación, es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y b) *corrección estructural*,

¹⁵⁷ Sentencia de Inconstitucionalidad de 10-VI-2002. Ref. 12-99, 2-00. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.¹⁵⁸

Respecto de los requisitos *derivados de la corrección estructural*, se establece que "aunque es frecuente identificar ésta última corrección estructural con el principio de legalidad, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico al propiciar una interpretación del término ley, trascendiendo más allá del principio de legalidad, desglosándose en los requisitos de:

- 1) *ley promulgada*, porque lo que define a la ley no es sólo el ser un precepto general, justo y estable, sino el haber sido objeto de adecuada promulgación; la cual responde a la demanda de publicidad de la norma, es decir, a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento;
- 2) *ley manifiesta*, es decir, la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad y dicha claridad normativa requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho;
- 3) *ley plena*, que implica que no se producirán consecuencias jurídicas para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas;
- 4) *ley previa*, porque el derecho a través de sus normas, introduce la seguridad en la vida social, al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y

¹⁵⁸ Sentencia de 17-XII-1999, Amp. 48-98, Considerando III 2). Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

- 5) *ley perpetua*, en tanto que la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica frecuentemente invocadas: la cosa juzgada, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso; y los derechos adquiridos, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas.¹⁵⁹

Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica, siendo una de ellas la *interdicción de la arbitrariedad del poder público*: precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. *“Un juez está obligado a respetar la ley y sobre todo la Constitución al momento de impartir justicia. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica”*¹⁶⁰

Entre otra manifestación de la *seguridad jurídica como principio* se deriva la *obligación de motivar las resoluciones judiciales*; es decir, "si bien es cierto que la obligación de motivación no se encuentra expresamente determinada en una disposición constitucional, encontramos, vía

¹⁵⁹ Sentencia Definitiva de 17-XII-1999, Amp. 48-98, Considerando III 2). Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

¹⁶⁰ Sentencia Definitiva de 26-VI-2000, Amp. 642-99, Considerando IV. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

interpretativa, disposiciones como los arts. 1 y 2 de la Constitución¹⁶¹ de los que se deriva la seguridad jurídica y la protección en la conservación y defensa en juicio de los derechos constitucionales. Así pues, la falta de motivación de una resolución judicial, implica una violación a la seguridad jurídica y al derecho de defensa en juicio"¹⁶²

Principio de Legalidad

Uno de los rasgos más característicos en el Estado Constitucional de Derecho es el de la sumisión o respeto de la legalidad, del ordenamiento jurídico, por parte de los poderes públicos y en función del mismos, *la actuación de estos poderes queda descrita, condicionada y limitada por las normas abstractas que configuran un ordenamiento jurídico* y determina que la totalidad de las Administraciones Públicas junto con el resto de Poderes del Estado: Legislativo y Ejecutivo: actúen respetando las reglas vigentes¹⁶³.

En el país, el principio de legalidad esta regulado en el Art. 86 de la Cn, en donde establece que la Administración Pública en El Salvador, se

¹⁶¹ Constitución de la República de El Salvador, **Art. 1.** El Salvador 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... "Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción"... En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social....

Art. 2. Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos... Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen... Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

¹⁶² Sentencia Definitiva de 25-VIII-1999, Amp. 7-98, Considerando III 1. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

¹⁶³ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. 1a edición. San Salvador, El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Año 2003. p. 21

encuentra sometida al principio de legalidad en un sentido o versión positiva, esta sujeción significa que los entes que la articulan, en el ejercicio de la función administrativa no poseen más potestades que la que la ley expresamente les reconoce; sin embargo el principio de legalidad entendido en su vertiente negativa es considerado como lo mínimo que se le puede exigir a la Administración al momento de respetar sus normas, “nunca un acto podrá ir contra lo dispuesto en la norma”.

El hecho de que la administración tenga estrictamente delimitados su forma y campo de acción, idealmente implicaría que ésta se ajustare siempre a dichas limitantes y por tanto sus actuaciones deberían ser siempre legales. Sin embargo en la práctica la Administración se aleja de tales parámetros, por consiguiente, el mismo legislador plantea como consecuencias ante este supuesto, las nulidades, la inexistencia de los actos dictados, etc.¹⁶⁴

En virtud del Principio de Legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho, los funcionarios públicos deben actuar con estricto apego al ordenamiento jurídico y sólo pueden ejercer aquellas potestades que dicho ordenamiento les confiere, por los cauces y en la medida que el mismo establece (art. 86 inc. 3° Cn.)¹⁶⁵.

Sobre este principio la Sala de lo Contencioso Administrativo, cita a *MARIENHOFF* en el sentido que éste, plantea en su Tratado de Derecho Administrativo “*La actividad de la administración pública se concreta en*

¹⁶⁴ Líneas Jurisprudenciales. Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia. <http://www.csj.gob.sv/LINEAS%20JURISPRUDENCIALES.nsf/0/14119779c34f746d0625699e006da81b?OpenDocument>.

¹⁶⁵ Sentencia de 7-III-2007, Ref. 96-D-2003, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

hechos y actos jurídicos y no jurídicos, cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de las atribuciones legales. Este círculo de atribuciones legales determina la capacidad legal de la autoridad administrativa”¹⁶⁶

Se establece que la relación jurídica entre la Administración Pública y los administrados está regulada por el Derecho Administrativo, por lo que en un Estado de Derecho la Administración actúa conforme a las exigencias que el ordenamiento jurídico aplicable le ordena y que en otros términos significa “sometimiento estricto a la ley”.

Este principio, el cual como ya se estableció anteriormente esta consagrado en nuestra norma suprema, se erige para la Administración Pública, no como un mero límite de la actuación administrativa, sino como el legitimador de todo su accionar.

En virtud de lo anterior se afirma que las facultades con que se encuentran revestidos los entes y órganos de la Administración Pública para la consecución de sus fines, están expresamente consignadas en la normativa jurídica reguladora de la actividad pública que están llamados a desarrollar. En consecuencia, los titulares tienen la obligación de supeditar las facultades encomendadas conforme a los lineamientos establecidos en la ley. Contrario sensu, conllevaría transgresiones a la ley y por supuesto violación al principio de legalidad¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sentencia de 30-III-1998, Ref. 20-T-96, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

¹⁶⁷ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** *Líneas Jurisprudenciales.* Centro de Documentación Judicial. Disponible en :

Garantía al Debido Proceso

La idea del debido proceso -como concepto omnicomprendivo de un conjunto de garantías que tienen los justiciables al momento de accionar el órgano jurisdiccional– es tan vaga y compleja que es difícil que mediante una ley o a través de la Constitución pueda ser establecida de forma concreta y cerrada. Incluso, cabe decir que el concepto de debido proceso va de acuerdo con el ordenamiento jurídico de que se trate. Por ello, se hace necesario que sea el juzgador el que, caso por caso, vaya determinando o configurando los alcances de dicha institución¹⁶⁸.

De lo anterior es menester aclarar que si se considera que es el juez quien debe construir las distintas garantías que deben componer el debido proceso, se está en presencia de la idea de la creación del Derecho por parte del juzgador. Ciertamente, este es el caso de la jurisdicción constitucional, la cual va delimitando el concepto de debido proceso de conformidad con el caso concreto que se le presente, es por ello que nos adherimos a la tesis de que los tribunales constitucionales crean Derecho. Y, precisamente, este es el caso de la construcción del debido proceso: se trata de la creación de Derecho por parte de los juzgadores.

Hoy en día, la incorporación del debido proceso como una garantía de orden constitucional no plantea ningún problema en casi la totalidad de ordenamientos jurídicos en el planeta; esta masiva incorporación no sólo ha

<http://www.csj.gob.sv/LINEAS%20JURISPRUDENCIALES.nsf/0/14119779c34f746d0625699e006da81b?OpenDocument>. Sitio visitado el día 11 de octubre de 2011.

¹⁶⁸ **BENAVIDES, Louis Alain.** *El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional.* Doctrina Publicada en las Revistas elaboradas por el Centro de Documentación Judicial. Doctrina. Centro de Documentación Judicial. Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2008. p. 2

sido a nivel de los ordenamientos jurídicos internos, sino que, además, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos la han incluido en sus respectivas cartas de consagración de derechos como pilar de esos sistemas¹⁶⁹.

Para ello, se considera conveniente referirnos primero a las garantías constitucionales, como la matriz de donde se desprende la seguridad del debido proceso, en cuanto a certeza de derechos individuales que nuestra constitución otorga.

Las garantías constitucionales son instrumentos o mecanismos que protegen o tutelan los derechos que establece la Constitución siguiendo la doctrina de Pablo Lucas Verdú quien, al establecer el significado sociológico de las garantías constitucionales, las define así: “Las garantías constitucionales son, pues, instrumentos jurídico-formales que tutelan el libre y seguro desenvolvimiento del individuo en una estructura social (...)”¹⁷⁰ Además, explica que el objeto protegido por estas garantías evoluciona de acuerdo con la estructura social de la época. Así, el objeto protegido durante el Estado liberal de Derecho no sería el mismo que durante el Estado social de Derecho; no obstante, considera que las garantías siempre atienden a un “estricto interés constitucional” que para él es la “exigencia de la regularidad constitucional” y al que relaciona con la denominada fuerza constitucional.¹⁷¹

Estos mecanismos de tutela de los derechos constitucionales obedecen al hecho de que el simple reconocimiento o declaración de estos formalmente –mediante una Constitución– no es condición *sine qua non* de

¹⁶⁹ *Ibidem.* p. 3

¹⁷⁰ **LUCAS VERDÚ, Pablo.** *Curso de Derecho Político.* Volumen II, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1981, pp. 662- 676.

¹⁷¹ *Ibidem.*, pp. 662- 676.

la eficacia de los mismos. Siguiendo a Joaquín García Morillo, en su obra *Las garantías de los derechos fundamentales* quien considera que para la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución y la tutela ante posibles vulneraciones no basta su reconocimiento formal, sino que éste debe ir acompañado de la implementación de mecanismos jurídicos de rango constitucional que aseguren su protección.¹⁷²

En reiterada jurisprudencia en los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, se consideraba al derecho de audiencia que establece el artículo 11 de la Constitución, como el equivalente “natural” del debido proceso, pero en la Sentencia del 2 de julio de 1998, Amparo 1-I-96, la Sala rompe con la uniformidad de dicha jurisprudencia. En dicha sentencia, la Sala ya no habla del derecho de audiencia, sino que introduce en la jurisprudencia de amparo la expresión “debido proceso”, expresión cuyo origen jurisprudencial más conocido es el norteamericano, otorgándole para ello el rango de derecho constitucional¹⁷³.

Así, se señala que “el derecho constitucional al debido proceso únicamente puede considerarse desde el punto de vista procesal, con exclusión del punto de vista material, porque el mismo, dentro de un Estado de Derecho en el cual vive la independencia judicial a todo nivel jurisdiccional, rige sin vulneración al anterior principio si sólo se controla en relación a las garantías procesales y procedimentales de las personas, mas no cuando se pretende llevar a las tierras materiales y ser considerado como un mecanismo de control de la esfera discrecional que todo juzgador posee al momento de aplicar las leyes que sustenten sus decisiones. En suma, el

¹⁷² Citado por **LÓPEZ GUERRA, Luis** y otros, *Derecho Constitucional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª edición, 1997, pp. 421 a 423.

¹⁷³ Sentencia de 2-VII-1998, Amparo 1-I-96, Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

derecho constitucional al debido proceso, en nuestro ordenamiento jurídico, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva”¹⁷⁴.

Aunque la Sala se aparta de la jurisprudencia que había sostenido y desarrollado, al enfatizar en la idea que el debido proceso como derecho constitucional únicamente puede considerarse desde la óptica procesal, se acerca en gran medida a la jurisprudencia norteamericana en el siguiente sentido; y es que la jurisprudencia norteamericana configura la institución del debido proceso de acuerdo a dos vertientes, una procesal y la otra sustancial.

En ese sentido, la Sala limita el alcance del debido proceso. En primer lugar, lo ciñe al ámbito del derecho procesal al expresar que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se refiere exclusivamente a la estructura básica constitucional de todo proceso y procedimiento. En segundo lugar, le imposibilita influir en el ámbito del derecho sustancial cuando manifiesta que no se refiere a la aplicación razonable de las leyes materiales, lo cual está sujeto a la discrecionalidad de juzgador.

Principio de Derecho de Acceso a la Jurisdicción

La tutela judicial reclama que todos los conflictos jurídicos que se planteen entre los ciudadanos o entre éstos y los poderes públicos (en este

¹⁷⁴ **BENAVIDES, Louis Alain.** *El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional.* Op. Cit. p. 19

punto, órganos administrativos) se resuelvan por los jueces y tribunales que forman parte de un Poder del Estado independiente y autónomo, no sometido a relación jerárquica o de dependencia con el Poder Legislativo o con el Ejecutivo.¹⁷⁵

Una de las facetas más trascendentes de esa tutela judicial es la del control de la legalidad de:

Las actuaciones administrativas singulares que se dicten por las Administraciones Públicas;

Las disposiciones generales que proceden de una Administración Pública y que tienen un valor jurídico inferior al de Ley formal (Reglamentos).

En la Constitución salvadoreña, el derecho de acceso a la jurisdicción se deriva de una serie de disposiciones. Así, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo ha localizado en los Arts. 11, 15 y 172 de la Constitución, y lo ha definido como: *“el derecho que toda persona tiene a acceder a los tribunales – a través de las vías legalmente establecidas- para la defensa de sus demás derechos, con el propósito de obtener una resolución motivada y fundada en derecho”*¹⁷⁶.

En la misma sentencia la Sala determinó que entre los aspectos esenciales que comprende el derecho al acceso a la jurisdicción, se encuentran los siguientes: a) *el libre acceso al órgano judicial* – entiéndase tribunales unipersonales ó colegiados-, siempre y cuando se haga por las

¹⁷⁵ **AYALA, José María** y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. Op. Cit. p. 27

¹⁷⁶ Sentencia de 29-II-1999, Amparo 384-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

vías legalmente establecidas; *b) obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; c) que en el proceso, se conceda a las partes la posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que, desde su propia posición, puedan defender sus derechos; y d) que el fallo pronunciado efectivamente se cumpla.*¹⁷⁷

Aunado a lo anterior y para tener un conocimiento completo de la extensión que la Sala de lo Constitucional ha reconocido a este derecho en cuanto al acceso a la vía judicial para el control de la legalidad de los actos administrativos, debe tenerse en cuenta que dicho Tribunal ha sostenido que: “tanto el derecho al planteamiento de los recursos en sede administrativa como el acceso a la vía judicial para el control de los actos administrativos, son derechos que sólo pueden ejercerse a través de los cauces que el legislador secundario establece, en cuya regulación se podrá establecer límites al ejercicio de tales derechos, que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están orientados a preservar otros derechos, bienes o fines constitucionalmente reconocidos y que guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Así que, sea el derecho al planteamiento de los recursos en sede administrativa como el derecho de acceso a la vía judicial para el control de los actos administrativos, pueden verse conculcados por aquellas disposiciones o por aquellos actos aplicativos que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores, que puedan resultar innecesarios, excesivos y carecer de razonabilidad; así como la imposición de condiciones o

¹⁷⁷ Ibidem. Amparo 384-97

consecuencias meramente limitativas ó disuasorias del ejercicio de los recursos o pretensiones legalmente establecidos”¹⁷⁸.

En virtud de lo establecido en las disposiciones constitucionales y a los anteriores criterios sentados por la Sala de lo Constitucional en los amparos relacionados, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha reconocido expresamente que en base al derecho de acceso a la jurisdicción no pueden existir zonas exentas de control judicial.

3.2 SURGIMIENTO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE 1978.

Se pretendía que con la introducción de la Jurisdicción "contencioso administrativa" en nuestro sistema de justicia, se designara la potestad para conocer y dirimir controversias suscitadas en relación con la legalidad de la actividad de la administración pública.

La creación de la Jurisdicción contencioso administrativo en El Salvador se remonta al año de 1978, año en que la Asamblea Legislativa emitió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuya creación en el sistema jurídico salvadoreño representaría un gran avance, al encarnar un eficaz instrumento para garantizar al administrado la tutela de sus derechos subjetivos e intereses legítimos frente a la actividad de la administración pública y, por ende, una importante herramienta para el aseguramiento de la legalidad y la certeza del derecho.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Sentencia de 17-XII-1997, Amparo 117-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

¹⁷⁹ *Publicación de Versión Actualizada del Documento Base que forma parte integrante de los Informes de los Estados Partes. República de El Salvador.* Enero 2011. Oficina del Alto

La instauración de dicho régimen llenaría un vacío existente en la legislación salvadoreña, ya que mediante la ley mencionada, se garantizan tanto los derechos reconocidos a los administrados, como los derechos de la administración pública.

Éste ordenamiento concibe y estructura la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia y en el contexto de la organización de ésta, como potestad de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Por lo tanto, el sistema de justicia administrativa es un sistema de instancia única en el Órgano Judicial.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa constituye una norma secundaria de disposiciones sencillas y de fácil aplicación, inspirada en principios rectores del derecho administrativo y en normas sobre esta materia, procedentes de códigos y leyes de otros Estados.

3.2.1 Instauración de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

El control judicial de la Administración pública se configuró en El Salvador desde 1978, en los albores de una guerra civil. El conflicto armado y sus nefastas consecuencias explican los reiterados esfuerzos de la ciudadanía y, además, del gobierno por hacer llegar la justicia a toda la población y garantizar a los particulares sus derechos¹⁸⁰.

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Documento Básico Común. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/coredocs.htm>. Sitio visitado el día 12 de octubre de 2012.

¹⁸⁰ **VENTURA, Sara E.** *Breve Aproximación a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador. Aspectos Esenciales y Elementos Contrastantes con el Modelo Español.* Revista Aragonesa de Administraciones Públicas (Nº 32. Junio 2008), Editorial: Gobierno de Aragón (Departamento de Presidencia). p. 628.

Los avances que se han dado en la historia administrativa de El Salvador se pueden catalogar como significativos, ya que han ocurrido desde que imperaba el sistema de justicia retenida, bajo el cual el contencioso administrativo se concebía como un control interno de la Administración sobre su propio aparato.

Durante años se mantuvo arraigadamente la idea que “juzgar a la Administración sigue siendo administrar”, y el dogma de la separación de poderes justificó que el poder judicial no interviniese en el control de las acciones de la Administración. De tal trinchera se amparaba la negativa a trasladar el control de la Administración a un poder distinto¹⁸¹.

Las tendencias que impulsaron pasar dicho control a manos del Poder Judicial, propugnaron por otorgar al sistema contralor un carácter garantista. En “La lucha contra las inmunidades del Poder”, *EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA* señala que el contencioso administrativo “no es ya un recurso montado desde dentro de la propia Administración y en su propio interés, sino que es un heterocontrol, un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente, y por consiguiente, en interés de los demandantes”¹⁸².

La jurisdicción contencioso administrativa tiene una génesis reciente en el sistema jurídico salvadoreño. No obstante varias Constituciones amparaban la creación de la jurisdicción contencioso administrativa (Art. 77 no. 17 de la Constitución de 1939)¹⁸³, fue ésta Constitución la base

¹⁸¹ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. Op. Cit. p. 130

¹⁸² Citado por **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*, p. 131

¹⁸³ Art. 77. Corresponde a la Asamblea Nacional: (...) 17 § «Eriger jurisdicciones y establecer en ellas funcionarios que, a nombre de la república, conozcan, juzguen y sentencien toda clase de causas o negocios civiles y criminales, a propuesta de la corte suprema de justicia;

fundamental de las Constituciones posteriores, ya que el constituyente deja sentada la posibilidad de que el órgano judicial del Estado de El Salvador, cuente con una jurisdicción contencioso administrativa, las Constituciones Políticas de 1950 (Art. 46 no. 13)¹⁸⁴ y de 1962 (Art. 47) reproducen, en términos idénticos, lo expuesto por el texto de la de 1939.

Sin embargo, no es sino hasta enero de 1979, que se ahonda sobre la necesidad de tutelar los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a la actuación de la Administración Pública, concretizándose, en desarrollo de los preceptos de la Constitución de 1962, erigiéndose la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Esto constituye posiblemente el hecho histórico forense más importante del siglo pasado en nuestro país, ya que antes de ello no existía un mecanismo judicial idóneo y especializado aparte del Amparo Constitucional que nos permitiera impugnar las resoluciones de las Autoridades Administrativas; pues bien, sólo a partir de esa fecha creemos que podemos hablar de “La Génesis” de un Régimen Administrativo completo, en donde se establecen las prerrogativas de la administración, y de la existencia de un mecanismo jurisdiccional de tutela a favor de los administrados.

En el anteproyecto de Constitución del año 1949 elaborado por los doctores David Rosales, Héctor Henríquez Jiménez, Mauricio Guzmán y Fernando Basilio Castellanos se ponderó la idea de crear un tribunal especializado en materia contencioso administrativa; sin embargo, la

y, a propuesta del poder ejecutivo, para que conozcan, juzguen, sentencien y hagan ejecutar lo juzgado en toda clase de asuntos administrativos. Constitución de la República de El Salvador de 1939.

¹⁸⁴ Art. 46.— Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...)13º— Erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles o laborales y a propuesta del Poder Ejecutivo para que conozcan en toda clase de asuntos contencioso-administrativo. Constitución de la República de El Salvador de 1950.

Asamblea Constituyente de 1950 no aceptó la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro del Capítulo VIII, que trataba de las atribuciones del Poder Judicial, dejándose como único vestigio del tema la posibilidad que la Asamblea creara, vía ley, la jurisdicción especializada.¹⁸⁵

Se suscito así la discusión sobre que tipo de tribunal encajaba en los términos de la Constitución. La discusión en su primera etapa fue coordinada por el Ministerio de Justicia¹⁸⁶, con la participación de la Corte Suprema de Justicia y abogados independientes; se realizaron una serie de eventos, que dieron lugar a posturas concretas. Durante la elaboración del referido texto surgen las primeras disputas de orden político institucional, las cuales versaban sobre la posición estructural de dicho tribunal, se discutía sobre la viabilidad de incorporarlo en el seno del Poder Ejecutivo o en del Poder Judicial.

La problemática fue sometida a discusión en la Segunda Convención Nacional de Abogados, en la cual se analizó la normativa constitucional y se llegó a la conclusión que la decisión más acertada era situar a la jurisdicción contenciosa dentro del Poder Judicial, en la cual encontraba su fundamento de creación en la atribución treceava del Art. 47 de la Constitución de 1962, que señalaba como competencia de la Asamblea Legislativa erigir jurisdicciones, en los términos siguientes:

“Corresponde a la Asamblea Legislativa: 13) Erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los

¹⁸⁵ Anteproyecto de Constitución Política de la República de El Salvador / El Salvador. San Salvador, El Salvador. : Tipografía La Tribuna, 1949.

¹⁸⁶ **CUESTAS, Humberto**, «Breve reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo», artículo publicado en la *Revista «Sentencias»*, Separata de la Revista Judicial Tomo 2, Quince años de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, San Salvador, Editado por la Corte Suprema de Justicia. pp. 1-9

funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles o laborales; y a propuesta del Poder Ejecutivo, para que conozca en toda clase de asuntos contencioso-administrativos...”.

La propuesta que se formuló se resumía en tres puntos:

- 1- La necesidad de erigir el contencioso administrativa como una jurisdicción;
- 2- El carácter judicial del órgano que la tuviera a su cargo, y
- 3- La elaboración de una ley que regulara la materia.

Dichas conclusiones se retomaron por el Ministerio de Justicia¹⁸⁷, fue así como se presentó en agosto de 1978 al Poder Legislativo el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁸⁸ en el cual se instituía el Tribunal Contencioso Administrativo con independencia absoluta de la Administración, a su vez, se presento un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, para acoplar la creación del nuevo Tribunal a la estructura jurisdiccional existente, establecía que el tribunal de lo Contencioso Administrativo seria independiente de cualquier autoridad administrativa, la cual tendría una autonomía propia para dictar sus resoluciones, y estaría conformado por 7 magistrados y dividido en 2 salas “Sala de lo General Administrativo” y “Sala de Asuntos Fiscales”. Donde sus funcionarios serian electos por la Asamblea Legislativa.¹⁸⁹

La Corte Suprema de Justicia objetó lo referente a la división en dos Salas, y propuso que se integrara una sola, dentro de la Corte Suprema de

¹⁸⁷ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*, Op. Cit. pp. 127-132.

¹⁸⁸ La Secretaría de la Asamblea Legislativa tramitó el proyecto de la jurisdicción contenciosa bajo el número de expediente 202-8-78.

¹⁸⁹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, *Historia de la Corte Suprema de Justicia*, en <http://www.csj.gob.sv/contencioso/historia.htm>. Sitio visitado el 25 de octubre de 2012.

Justicia. Se elaboró así un segundo proyecto, que luego fue avalado por el Ejecutivo, y a iniciativa de ambos se presentó a la Asamblea Legislativa para su examen. El referido proyecto fue puesto a disposición de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, emitiéndose el 11 de noviembre de 1978 un dictamen favorable en relación con el mismo. Se promulga así el 14 de noviembre de 1978 la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por medio del Decreto Legislativo número 81 la cual entra en vigencia el uno de enero de 1979, y se creó la Sala de lo Contencioso Administrativo¹⁹⁰, estableciéndose tal jurisdicción en el país.

Así es como la Corte Suprema de Justicia tuvo un fundamento, el cual se basaba en el ordenamiento Constitucional y la necesidad impostergable de crear la Jurisdicción que tuviera competencia para poder llevar el control de la administración pública. El Salvador al tener como ejemplos los diferentes prototipos de tribunales administrativos, como los Tribunales Administrativos Autónomos que fueron creados por el Consejo de Estado francés ó bien por los Tribunales enmarcados en el seno del poder judicial, como el sistema español.

De la exposición de motivos se extrae que los creadores del anteproyecto tenían como objetivo crear un cuerpo legal acorde a los principios fundamentales de la época, es decir el debate se centro en que dicho proyecto debía estar apegado a la Constitución de la República vigente en ese momento, es decir, a la Constitución de 1962, asimismo establecer un control eficaz de la actuación de la Administración pública. Los redactores exponían: «Se trata de un instrumento legal, en cuya redacción han sido tomados en cuenta principios que figuran en el Derecho Administrativo y

¹⁹⁰ **CUESTAS, Humberto**, «Breve reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo», Op. Cit. pp. 1039-1057.

preceptos contenidos en códigos y leyes de otros Estados, relativos a esta materia; pero dentro del marco de nuestra tradición jurídica, tanto en lo que respecta a los órganos de la jurisdicción, como en el procedimiento que se establece”¹⁹¹.

La Constitución salvadoreña vigente de 1983 otorga pleno reconocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa en el art. 172, el cual prevé que es competencia del Órgano Judicial juzgar a la Administración pública. En suma, el sistema jurídico salvadoreño opta por un modelo de control externo de la Administración, al igual que el sistema español, y no por el sistema de justicia retenida que aún prima en el Derecho francés.

3.3 PARTICULARIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR.

El Estado Derecho como bien se ha manifestado, es el control judicial respecto de derechos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce. Desde esa perspectiva es imposible que no exista la jurisdicción, para el caso se hablará de la jurisdicción contencioso administrativa.

“La jurisdicción es una función estatal, que consiste en incidir como tercero en una relación jurídica, decidiendo con arreglo al ordenamiento jurídico la pretensión que una parte esgrime frente a la otra”¹⁹²,

¹⁹¹ Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Miembros de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia.

¹⁹² **GAMERO CASADO, Eduardo.** *Temas de Derecho Administrativo II, “La Jurisdicción Contencioso Administrativa”*. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”. San Salvador, Julio 2004. p. 1.

La jurisdicción surge con la separación de poderes en órganos, es decir dividirse facultades para evitar la acumulaciones en los mismos. Es en el derecho Francés que a través de los llamados Consejos de Estado de la época, que nace la jurisdicción en materia administrativa para resolver los conflictos entre los ciudadanos y la administración. Es así como se tiene un antecedente de jurisdicción administrativa que lo retoma España y otros países de Europa, sucesivamente lo retoma Colombia, Argentina y El Salvador¹⁹³. La LJCA en El Salvador fue promulgada en el año de 1978, siendo una ley preconstitucional, y actualmente lo regula la Constitución vigente en su Artículo 172 y respectivamente el Art. 1 de la Ley Orgánica Judicial.

Según el Manual de Justicia Administrativa de *JOSÉ MARÍA AYALA*, nos menciona los caracteres propios de la jurisdicción contenciosos administrativa:

- En primer lugar, nos menciona que *debe ejercitarse por órganos judiciales*, es decir en uno de los tres poderes del estado relativo a la separación de poderes que con anterioridad ya se ha mencionado, esta de mas aclarar que estos órganos deben ejercer un poder del Estado autónomo e independiente del Poder Ejecutivo, al cual como sabemos están adscritos todas las instituciones que ejercen la Administración Pública;

- Asimismo la *característica del Objeto*, que radica en tener el control de la actuación de la administración pública, siendo esta característica que más importa o mejor dicho, la base ya que cubre el mandato que nuestra

¹⁹³ En el capítulo I se habla de la evolución histórica en cuanto a LJCA, sin embargo es importante destacar que España es el referente del mejor modelo de jurisdicción en derecho administrativo.

constitución;¹⁹⁴ regula el acceso a la jurisdicción estrictamente basándose en la tutela judicial efectiva;

- La jurisdicción contenciosa es llevada a cabo a través de un proceso, esta característica cobra relevancia en el sentido que no solamente constituye un proceso judicial, sino el que determina: a) los órganos judiciales competentes para resolver las controversias planteadas por los ciudadanos frente a esas actuaciones públicas, b) el procedimiento ordinario por cuyo caso debe seguir el conflicto judicial va junto con el procedimiento especial existente; c) los recursos que quepa interponer contra las diversas decisiones que se vayan adoptando por los Juzgados y Tribunales, c) la ejecución de las sentencias judiciales, d) las medidas cautelares que estos dictan para la efectividad de la sentencia definitiva,

- Carácter revisor para controlar la legalidad de los actos administrativos que se produzca por la reclamación del administrado que sea afectado por un acto que no este apegada a derecho¹⁹⁵.

Con las características anteriores de la jurisdicción contenciosa administrativa, se establece que el proceso contencioso administrativo es un juicio, que está a la defensa de los derechos del administrado, así mismo verifica la legalidad del acto administrativo que esta en conflicto, que aparte de cumplir con los principios constitucionales cuenta con una ley (Ley de la jurisdicción contencioso administrativo) que regula las controversias como ya se dijo por un acto administrativo.

¹⁹⁴ Art. 172 de la Constitución de la República manifiesta el componente del Órgano Judicial, en su inciso primero regula que le corresponde a este órgano juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las materias civil penal mercantil, laboral, agraria y de lo Contencioso administrativo.

¹⁹⁵ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. Op. Cit. p. 128

En los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales, es la Constitución la que determina los caracteres, parámetros y fines que caracterizan al sistema contencioso administrativo, es así como se le otorgan una notable función relevante desde el parámetro de una eficaz protección y garantía del Estado de Derecho: entre los principales están en asegurar el cumplimiento del principio de legalidad por parte de los poderes públicos que ejercen actividades administrativas; garantizar la adecuación entre las normas jurídicas dictadas por un ordenamiento específico y la actuación específica de los órganos administrativos los cuales están facultados con una serie de potestades y prerrogativas públicas, con el objeto de lograr los objetivos de interés general que persiguen los poderes, y para finalizar el asegurar la eficaz tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados por cualquier arbitrariedad de la Administración Pública.¹⁹⁶

Los Tribunales que tengan competencia objetiva en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo deben tener siempre presente asumir y actuar de conformidad a los *principios y preceptos constitucionales*, al constituir estos la base de la paz social y jurídica de un Estado y el sustrato de la totalidad del sistema normativo que, al desarrollar su función de control de la legalidad de las actuaciones administrativas, han de aplicar: *la interpretación que, en desarrollo y entendimiento de estos principios y preceptos constitucionales, haya fijado el Tribunal Constitucional ó la Corte Suprema de Justicia.*

La superior vinculación jurídica del texto constitucional frente a los ciudadanos como en lo que hace a la totalidad de los Poderes Públicos determina la relevancia que para los Tribunales de lo Contencioso

¹⁹⁶ *Ibidem.* p. 130

Administrativo, tiene la doctrina constitucional, al seguir la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en nuestro caso la Sala de lo Constitucional, al corresponder a esté tribunal la interpretación auténtica del valor y sentido de los preceptos y principios constitucionales.

Una vez acotado el tema de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, se pasa a establecer el carácter de dicha jurisdicción en El Salvador, además de dejar claro que es una jurisdicción especializada en razón de la materia; se afirma en primer lugar que es un verdadero juicio, es decir, al ser éste un garante de la defensa de los derechos o intereses del administrado que han sido vulnerados por el accionar ilegal o arbitrario.¹⁹⁷

Aclarar que la LJCA no debe ser considerada como un mero revisor de lo actuado por la Administración Pública, sino más bien, se configura dicha jurisdicción como un verdadero proceso, en el cual se pueden presentar todo tipo de pruebas en el que se garantice el derecho de audiencia y de contradicción por parte de los administrados¹⁹⁸.

Pero la importancia más relevante que hay que recalcar en este punto es la contribución que la justicia administrativa efectúa, la cual va mucho más allá de erradicar las actuaciones contrarias a Derecho sobre las que se resuelve, es decir, dicha importancia radica en la creación de un precedente que la Administración tendrá la obligación de considerar al resolver una situación similar.

Se sostiene que juzgar a la Administración Pública contribuye a administrar mejor, “al exigir una justificación cumplida de las resoluciones en

¹⁹⁷ *Ibidem.* p. 136

¹⁹⁸ Sentencia con referencia 17-T-96. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

cada caso exigidas por la Administración, obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio, y otros riesgos menos disculpables”¹⁹⁹

Asimismo se establecen una serie de principios que el proceso contencioso-administrativo deberá respetar los siguientes Principios²⁰⁰:

Principio de contradicción²⁰¹ y defensa²⁰², este principio hace referencia a la igualdad de condiciones de los litigantes tanto demandantes como demandados; sin embargo hay que aclarar que entre los rasgos más característicos y trascendentes del actuar de la Administración Pública que a la vez conforma una prerrogativa administrativa, es el de la presunción de legalidad de los actos administrativos, no obstante una vez cuestionada esa legalidad, el órgano administrativo emisor deberá tener la carga de acreditar: tanto el que ese acto administrativo respeta el ordenamiento jurídico, que el mismo es congruente con los presupuestos

¹⁹⁹ Citado por Tomás Ramón Fernández, en un estudio realizado para homenajear al maestro Jesús González Pérez. Revista de Administración Pública No. 166. Fecha de Publicación 2005/01-04. Enero- Abril 2005. Director: **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**. Secretaria: CHINCHILLA MARÍN, Carmen. p. 14.

²⁰⁰ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. Op. Cit. p. 137

²⁰¹ Como ya se expuso anteriormente al sostener que el juicio contencioso administrativo es un verdadero proceso, en el cual las partes tienen una verdadera calidad de sujetos procesales, por lo tanto estos pueden participar activamente presentado prueba incluso distinta a la que se vertió en sede administrativa.

²⁰² El Art. 28 de la L.J.C.A. establece que existe la posibilidad de ejercer la defensa presentando prueba pertinente para todas las partes en el proceso: actor, autoridad demandada, tercero; asimismo tienen oportunidad de presentar sus alegatos cuando se les corran los respectivos traslados

de hechos y fundamentos jurídicos aportados, y la certeza de esos presupuestos fácticos y jurídicos. No está de más sentar que las partes procesales cuentan con el legítimo derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes al objeto que se debate.

*Principio de audiencia*²⁰³, constituye una garantía de todo demandado de ejercer su derecho al manifestar su conformidad o inconformidad con las imputaciones que se le atribuyen; sin dejar de lado que los Tribunales administrativos tienen la obligación de emplazar a los interesados en la causa, con el solo objeto de que estos van a poder en protección de sus derechos e intereses, defender en sede propia del conflicto respectivo.

*Principio dispositivo*²⁰⁴, este principio determina el cauce a seguir en el proceso contencioso administrativo, así como la congruencia judicial con las alegaciones que las partes ofrezcan y con las pretensiones que éstas formulen ante el Tribunal. En algunos casos es confundido con el principio de Oficiosidad sin embargo este consiste en la facultad que se le otorga a la administración para poder ordenar o efectuar algún acto dentro del procedimiento administrativo que considere pertinente y que no haya sido solicitado por las partes.

²⁰³ La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su Art. 13, establece que podrán mostrarse parte en el juicio los terceros beneficiados con el auto impugnado. Si bien es cierto no se establece expresamente que el Tribunal es el que debe notificar la existencia de un proceso a todos los sujetos que pudieren verse afectados en sus derechos subjetivos con la sentencia que se emita, tal obligación deriva del propio texto constitucional, ya que en Art. 11 de la Cn., establece que nadie podrá ser privado de ninguno de sus derechos sin ser previamente oído y cencido en juicio con arreglo a las leyes.

²⁰⁴ En Sentencia de 17-I-1997, con referencia Juicio N° 29-H-95, Sala de lo Contencioso Administrativo ha abordado este principio en los términos siguientes: "...verificada por la Sala la falta de algún requisito de la demanda, se notifica esta situación al impetrante concediéndose un plazo para subsanar defectos, y solo si no se subsanan en el plazo concedido, es cuando procede declarar su inadmisibilidad. Evidentemente, contraría a este principio, el hecho que no habiendo esta sala por una omisión realizado la prevención, se considerare tal hecho imputable al impetrante. Es decir, no ocurre que ante la falta de un requisito de la demanda deba declararse automáticamente su inadmisibilidad".

*Principio relativo al control de oficio de los presupuesto ordinamentales*²⁰⁵, lo constituyen tanto la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales en esta materia, como el resto de presupuestos formales que condicionan y limitan el enjuiciamiento de fondo, de la controversia: -legitimación de las partes, -agotamiento de la vía administrativa, -formulación en plazo, del Recurso Contencioso Administrativo, -actividad administrativa impugnada debe ser controlada “ex officio” por los tribunales con el fin de constatar que el seguimiento de los trámites procedimentales previstos en esta ley va dirigido a obtener una decisión de fondo sobre el objeto del conflicto.

Principio de certeza judicial, es la certeza que tiene el administrado de una existencia de criterios comunes y estables en las sentencias judiciales, los cuales garantizaran el derecho de igualdad de los ciudadanos en el trato de la aplicación de Derecho.

Principio de rapidez, los tribunales competentes en la materia deben evitar la prolongación excesiva de los conflictos judiciales y alcanzar un resultado de fondo a las cuestiones jurídicas que les planteen los ciudadanos en relación con una previa actuación administrativa.

*Principio de Ejecución judicial*²⁰⁶, la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales de lo Contencioso-administrativo

²⁰⁵ El Art. 32 de la L.J.C.A. establece para dicho proceso “la sentencia recaerá exclusivamente sobre los asuntos que han sido controvertidos...” Con ello, las pretensiones y resistencias sostenidas por las partes delimitan el ámbito sobre el cual debe pronunciarse el tribunal.

²⁰⁶ En caso de que la Sentencia Definitiva no sea cumplida voluntariamente por la Administración, la L.J.C.A. , en su Art. 36 y 37, prevé medidas subsidiarias, que van desde el requerimiento al superior jerárquico hasta el cumplimiento coactivo y la posibilidad de mandar a procesar al funcionario desobediente.

constituye una exigencia objetiva del sistema jurídico como un derecho subjetivo fundamental de los ciudadanos el cual es ejercitable frente a los tribunales.

3.4 ESTRUCTURA ORGÁNICA JURISDICCIONAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

En materia contencioso administrativa, El Salvador cuenta con una estructura liderada por mandato Constitucional, que como ya se ha dicho con anterioridad, nuestra carta magna es la que impera en nuestro cuerpo normativo y manda al órgano judicial a ejercer la justicia en todas las materias del Derecho, no siendo la excepción lo contencioso administrativo.

Como ley secundaria para regular los conflictos que esta rama del derecho produzca se encuentra la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa que desde su Considerando²⁰⁷ manifiesta que es necesaria esta ley para llenar un vacío en el derecho positivo, relativo a la legalidad de los actos administrativos emanados de la Administración Pública.

El Art. 2 de la LJCA correspondiente al capítulo I que regula la Jurisdicción y Competencia, manifiesta que la Jurisdicción contencioso administrativa debe conocer sobre controversias que se susciten con relación a la legalidad de los actos de la administración pública.

Se debe establecer que la Administración Pública la conforman El Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas,

²⁰⁷ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Decreto Legislativo No. 81 1979

semi autónomas y otras entidades descentralizadas del Estado; entendiéndose también que hay unas dependencias del órgano central que no poseen personalidad jurídica, ya que por mandato constitucional no están dentro del órgano ejecutivo así mismo existen otros órganos que también emiten Actos Administrativos como los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan únicamente actos administrativos.

Así mismo, el Art. 3 de la misma ley establece los casos en los cuales procede la acción contenciosa administrativa:

- a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales incurriendo en desviación de poder.

En cuanto a la potestad discrecional, siendo esta la facultad que tiene la administración de decidir entre varias posibles soluciones la más adecuada, existen también elementos reglados²⁰⁸ que permiten reducir y comprobar la regularidad de la decisión discrecional entre ellos están la existencia de la potestad, la extensión de esta potestad, la competencia del órgano para ejercitarla, formas y procedimiento, fin y tiempo, es por ello que dichos actos pueden impugnarse por razón de ilegalidad.

- b) contra la denegación presunta de una petición. Hay denegación presunta cuando la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados

²⁰⁸ **MENA GUERRA, Ricardo.** *Generalidades de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador.* Disponible en: http://www.menaguerra.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=76:generalidades-de-la-jurisdicci%C3%B3n-contencioso-administrativa-dr-ricardo-mena-guerra&Itemid=168. Sitio visitado el 02 de noviembre de 2011.

desde la fecha de la presentación de la solicitud; sin embargo este plazo puede variar según el tiempo que establezca cada ley específica en el proceso.

La Sala de lo Contencioso Administrativo “manifiesta que la denegación presunta de una petición es una ficción legal de consecuencias procesales que habilita la interposición de la acción contencioso administrativa, se constituye cuando la autoridad o funcionario no haga saber su decisión de un acto administrativo al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de la presentación de la solicitud; en este caso el plazo para interponer la demanda en el caso de denegación presunta, será de sesenta días contados desde el siguiente a aquél en que se entienda desestimada la petición.”²⁰⁹

A parte del plazo hay elementos indispensables que nos indican en que momento se está frente a una denegación presunta²¹⁰: Que se formule una denegación presunta, que haya transcurrido el plazo para que la administración resuelva, que haya existido silencio en la Administración o falta de comunicación en lo resuelto, que se impugne el acto denegatorio presunto y no la mera omisión de resolver.

c) contra actos que se pronunciaren en aplicación de disposiciones de carácter general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad.

²⁰⁹ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia.

²¹⁰ **MENA Guerra, Ricardo.** Ibídem.

La ilegalidad de un acto se conoce a partir de estudiar la norma que regula el acto en cuestión, sin embargo la impugnación no es la norma misma sino un recurso indirecto²¹¹ es decir no se impugna el reglamento u ordenanza sino el acto ilegal que este en conflicto, teniendo en cuenta la existencia del acto ya sea presunto o expreso.

El Art. 4 de la ley en comento manifiesta quienes No corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa y desglosan una serie de literales que nos manifiestan quienes son las instituciones que no están bajo esta jurisdicción, sin embargo antes de explicar cada una de ellas es menester exponer en este punto las materias ajenas y las materias excluidas²¹².

Materias Ajenas: Son aquellas actuaciones que por su naturaleza no corresponde que la jurisdicción contenciosa a que conozca.

Materias Excluidas: Son materias que aun siendo sustancialmente actos administrativos, es decir materias que caen en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, se excluyen del conocimiento de esta por diversas razones.

i. Los actos políticos o de gobierno:

Estos actos corresponden a la Materia Ajena ya que por mandato constitucional²¹³ es la que regula estos actos, ya que estos son actos

²¹¹ El recurso indirecto es la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de disposiciones de carácter general, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

²¹² El Art. 15 la L.J.C.A. regula que La falta de aclaración o de corrección oportuna, motivará la declaratoria de inadmisibilidad

²¹³ Art. 168 y 131 de la Constitución de la República. Editorial Fespad. Quinta Edición. San Salvador. El Salvador.

que tienen trascendencia nacional, así mismo forman parte de la potestad discrecional, es decir que tienen la facultad de tomar, de escoger las mejores decisiones según las posibilidades, todo esto nos lleva a concluir que no están al alcance de la jurisdicción contencioso administrativa.

ii. la actividad privada de la Administración Pública;

Esta actividad corresponde a Materia excluida ya que estas actuaciones son realizadas por la administración sin su poder de imperio es decir, que en este caso la administración actúa en carácter de particular que se derivan de una relación contractual,²¹⁴ y por lo tanto no están sujetas a impugnación estas actuaciones.

iii. Los actos del Tribunal Supremo Electoral y demás organismos electorales relacionados exclusivamente con la función electoral;

El Art. 208 de la Constitución regula la existencia del Tribunal Supremo Electoral, este es el ente superior encargado de los asuntos electorales, es independiente de otros órganos y tiene su propia normativa que en este caso es el Código Electoral. En este caso debemos entender que si bien es materia ajena, únicamente relacionada a la función electoral.

Los actos que estén fuera de la consideración anterior si son impugnables ante la Sala de lo Contencioso Administrativo como por ejemplo la contratación de un empleado o destitución del mismo.

²¹⁴ Ejemplos de estas actuaciones pueden ser: Contratos de compra venta, Permuta, Arrendamiento y otros negocios relativos a bienes inmueble y valores negociables.

- iv. Los actos del Consejo Superior de Salud Pública ejecutados en virtud de la facultad que le confiere el artículo 68 de la Constitución Política;
- v. Las resoluciones del Tribunal de Servicio Civil;

La Sala de lo Contencioso Administrativo en el año 2004 emitió una sentencia²¹⁵ en la cual falló declarando inconstitucional la letra “e” y por conexión la letra “d” del Art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que siendo la LJCA una norma preconstitucional es contrario a lo que la Constitución vigente regula en el Art. 249 puesto que manda a derogar la Constitución de 1962..

El Art. 7 de la LJCA manifiesta que no se admite la acción contencioso administrativa respecto de los siguientes actos:

1. los consentidos expresamente, y aquéllos en que no se haya agotado la vía administrativa. Se entiende que está agotada la vía administrativa, cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes y cuando la ley lo disponga expresamente; y

En cuanto a los actos consentidos expresamente, la Sala hace relevancia entre el consentimiento Tácito y el expreso. El primero es aquel que se constituye cuando el administrado deja pasar los términos para impugnar un acto sin interponer los recursos

²¹⁵ Sentencia de 22-X-2004. Referencia 9-2003. Inconstitucionalidad. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

pertinentes; y el segundo es cuando el administrado manifiesta su conformidad con el acto en conflicto.

2. los que sean reproducción de actos anteriores ya definitivos o firmes, y los confirmatorios de acuerdos consentidos por haber obtenido estado de firmeza.

En este caso, la firmeza del acto lo vuelve estable, sin poderse atacar, es decir no se puede revisar en sede administrativa o judicial. Todo esto le brinda Seguridad Jurídica al administrado al momento dar firmeza a la resolución de un acto administrativo en conflicto.

3.4.1 La Sala de lo Contencioso Administrativo como único Tribunal especializado en la materia.

En El Salvador la Jurisdicción Contencioso Administrativo es un sistema que ha evolucionado continuamente, como ya anteriormente se acoto tiene sus orígenes en instituciones como la Carta Magna de 1824, en donde se da la primera Constitución Federal Decretada en consideración a las bases constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente de la Federación en la cual se hace alusión por primera vez a la administración de justicia y por ende de manera no expresa la regulación de la rama administrativa prevista su regulación a partir del Artículo 46 de la Constitución de 1824.

En las Constituciones de 1824 y 1939 el constituyente no utilizo expresión alguna que hiciera referencia lo que hoy en día se conoce como “Jurisdicción Contencioso Administrativo”, que son las comúnmente

utilizadas por la doctrina, pero se hacen alusión a la creación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, como en diferentes constituciones salvadoreñas como lo fueran las de 1945, 1950, 1962 y 1983.

Los preceptos Constitucionales con los que se pretendió darle origen a los Tribunales administrativos o a la creación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, no se concretaron en una ley secundaria que regulara los conflictos entre la administración y los particulares originados por la misma actividad del Estado. No obstante es aproximadamente por la década de los 70's en adelante que surge un interés mayor por instituir un tribunal que debía de conocer de este tipo de conflictos, para garantizar los derechos e intereses legítimos de los particulares, proclamados en la Constitución.²¹⁶

Es así como al haberse establecido la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y atribuido a la Sala de lo Contencioso Administrativo, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esa materia, que se reforma la Ley Orgánica Judicial, aumentando a 13 los Magistrados y 4 las Salas de la Corte Suprema de Justicia en su momento, cuyos cambios efectuados actualmente se compone de 15 magistrados y 4 salas.

Es así como el 11 de noviembre de 1978, tras una serie de sesiones, con el objeto de discutir la aprobación de los proyectos, se emiten consideraciones propias de la ley, siendo el dictamen favorable número 52 el que dio origen a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su respectivo Tribunal Contencioso Administrativo.²¹⁷

²¹⁶ **CUESTAS, Humberto**, «Breve reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo». Op. Cit. pp. 1039-1057.

²¹⁷ Decreto Legislativo N° 81 de Fecha: 14 de Noviembre de 1978, D.Oficial: 236, Tomo: 261. Publicación de D.O 19 de Diciembre de 1978. "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", esta ley propiciaría lo que fuera una nueva etapa en la forma de juzgar y

La creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y el establecimiento del tribunal que habría de ejercerla, ha significado un cambio fundamental en el Derecho Administrativo Salvadoreño, su función radica en que se pueda Administrar Justicia en el ámbito administrativo desde ese tiempo, sin embargo es de saber que la ley secundaria no es suficiente para una tutela efectiva, por lo que se vuelve sumamente importante la necesidad de adecuar la legislación secundaria preconstitucional a la Constitución de la República vigente, en vista que muchas de las actividades o actos administrativos emanados por las instituciones que ejercen actividad administrativa, entran en conflicto con la Constitución, lo que hace tener una menor efectividad en cuanto a su aplicación.

En el Ámbito Constitucional la Jurisdicción Contencioso Administrativo adquiere una importancia relevante al determinar la forma en que se ventilan las causas y se desarrollan, ya que lo ideal sería que su aplicación se base en la Constitución de la República.

En primer lugar, cuando se suscita una causa en contra de la Administración Pública es de saber que a quien se está demandando es la misma administración pública que emitió un acto administrativo o quien realizó la actividad impugnada, en cuya potestades esta la persecución del interés general, tal y como se establece en el Art. 1 Cn : “El Estado está organizado para la consecución del bien común”. Esto viene a constituir uno de los fines del Estado Salvadoreño. Por otra parte los ciudadanos tienen una serie de derechos y garantías Constitucionales y Legales, que deben de ser respetados por la administración en el respectivo proceso.

ejecutar los juzgados puesto que desde este momento las actuaciones de la administración podían ser ventiladas en un tribunal especializado con potestades autónomas para poder juzgar los conflictos que se dieran entre Administración Pública y Particulares.

Cabe mencionar que las actuaciones de la Administración Pública no se deben únicamente a la Ley secundaria o Reglamentos, sino a la Legislación primaria, así como legislación internacional, las cuales establecen las directrices que deberán tomarse para la aplicación de ley secundaria, siendo erróneo interpretarse la ley de manera aislada, es por ello que esta actividad se debe realizar a la luz de la Constitución para garantizarle al ciudadano todos sus derechos, en vista que al omitir recurrirse a la carta magna podría estarse en presencia de arbitrariedades en el proceso.

En la actualidad se establecen una serie de principios que están encaminados a determinar el grado de Constitucionalidad de las pretensiones, y que se adapten a la necesidad de la administración moderna para que luego se formen cuerpos de leyes específicos que reúnan la normativa correspondiente.²¹⁸

La Facultad que Constitucionalmente le corresponde al Órgano Judicial de sancionar está establecida en el art. 14 Cn, *“Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa, la cual podrá permutarse por un período igual”*. Esta potestad dada en el Artículo 14 de nuestra carta magna como se especifica anteriormente, reviste la facultad punitiva del órgano judicial y por excepción de la Administración. Es esta disposición en la que se encuentra en el ordenamiento jurídico salvadoreño la potestad penal y la potestad sancionadora de la administración.

²¹⁸ **OLIVERA TORO, Jorge**. *Manual de Derecho Administrativo*. 7° Edición. Editorial Porrúa. México 1997. p. 215

Esta potestad sancionadora tiene relación en cuanto al art. 131 Cn, Corresponde a la Asamblea Legislativa, ordinal 31: “Erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia”. para que los funcionarios respectivos, en este caso los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo, conozcan en toda clase de causas que se ventilan ante ellos es decir que el Órgano Legislativo es a quien corresponde dictaminar las leyes, reglamentos etc. que se relacionen en cuanto al ámbito administrativo, pero siendo así los reglamentos los cuales determinen en cierta medida la potestad sancionadora de la administración pública, pues son ellos quienes regulan las actuaciones internas de cada ente descentralizado.

Es de destacar que la Competencia constituye, aquel conjunto de atribuciones que los órganos gubernamentales realizan en el ejercicio de sus atribuciones. Es de conocer que la competencia como tal es imperativa y potestativa es decir el órgano al cual se le está delegando determinada competencia deberá ejercerla de una u otra manera, pues es un mandato que le corresponde cumplir, podría ser el caso de que si no se ejerciera como se debe la competencia esta estaría en situación de una posible Nulidad de Pleno Derecho en razón de la competencia puesto que esta determina el camino que deberá tomar la causa una vez se establezca la pretensión.

Es así como la Constitución de la Republica, establece las competencias a los diferentes Órganos de Gobierno, así se encuentra establecido en el Titulo VI Capítulo III, Órgano Judicial, la disposición del Art. 172 Cn, “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a esta Órgano la potestad de

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”. Es pues esta disposición la cual le atribuye una competencia de manera generalizada, con la única finalidad de incluir al poder judicial las actuaciones de la Administración Pública.

Los juzgados y Tribunales que tengan competencia objetiva en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo deben tener siempre presente asumir y actuar de conformidad a los *principios y preceptos constitucionales*, al constituir estos la base de la paz social y jurídica de un Estado y el sustrato de la totalidad del sistema normativo que, al desarrollar su función de control de la legalidad de las actuaciones administrativas, han de aplicar: *la interpretación que, en desarrollo y entendimiento de estos principios y preceptos constitucionales, haya fijado el Tribunal Constitucional ó la Corte Suprema de Justicia.*

En el país la Sala de lo Contencioso Administrativo como único Tribunal competente, la sujeción al principio de legalidad en la legislación, presupone una forma de hacer valer el debido proceso, pues la administración pública está legitimada para actuar e incidir en la esfera jurídica de los particulares cuando el ordenamiento jurídico la faculta, claro es que si las actuaciones de la administración pública fueran de una manera no regladas en la ley, sus actuaciones serian cuestionadas e impugnadas en todo momento, ya que no existiría una seguridad jurídica en cuanto a las actuaciones de la administración que tendría repercusiones en contra de los particulares, tal y como reconoce la Sala de lo Contencioso Administrativo, que el Principio de legalidad aplicado a la administración pública, da a conocer que la administración solamente podrá actuar cuando la ley la faculte, ya que las actuaciones administrativas se presentan como un poder

que es dado principalmente por la ley y que sin la cual la administración pública independientemente sus funciones, deberán reconocer y acatar como principio establecido para la misma.²¹⁹

Otra derivación del principio de legalidad de la administración y por ende la legalidad de las resoluciones y las competencias dadas a la Sala de lo Contencioso Administrativo, se plasma en el Artículo 4 de la Ley Orgánica Judicial, en la cual se establece también la integración de este importante órgano de justicia administrativa, siendo conformada la misma por un Magistrado Presidente, mas tres vocales, conforme al artículo antes mencionado.

Es decir, siguiendo a Roberto Dromi en su obra, establece lo siguiente; Competencia: *“Es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo”*.²²⁰ Esto significa que los Órganos a través de la Ley pueden ejercer su competencia legítimamente sin ninguna restricción tal es el caso de la Ley antes mencionada en su Artículo 54, en donde establece que corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, resolver las controversias que se susciten entre la administración pública y los particulares.

De lo anteriormente expuesto se deduce que es el Principio de Legalidad el principal protagonista de una actuación legal por parte de la administración, la administración pública no puede resolver determinadas

²¹⁹ Véase Sentencia del 21-VIII-2001, SCA, 117-R-99, de las Violaciones a Garantías Constitucionales, en esta sentencia puede reflejarse la obligatoriedad con la que debe aplicarse dicho principio pues es el principio quien establece la predeterminación normativa de las conductas y por ende sus sanciones, razón por la cual la importancia de este principio en la administración pública.

²²⁰ **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, Séptima Edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 23 y 25.

actuaciones sin que tenga que fundamentar lo actuado, salvo el caso del Silencio Administrativo que es una forma discrecional en que la administración pública puede resolver de manera escrita, o con la no contestación del acto, siendo la discrecionalidad una estipulación hecha previamente por el ordenamiento jurídico, pues existe discrecionalidad solo si la norma lo establezca.

Es de hacer notar que la Constitución, específicamente, ha vinculado la actividad administrativa con el cumplimiento de los fines estatales, siendo estos fines la sumisión de las actuaciones de las instituciones Gubernamentales, la Seguridad de los Ciudadanos de la República, entre ellos podemos incluir la actuación de la administración, debe partirse del hecho que la actividad administrativa del Estado está compuesta por una serie de actuaciones, mediante las cuales se busca la obtención de todos los fines para la cual está constituido el Estado.

En el Derecho Positivo salvadoreño existen una mezcla de procedimientos en las diferentes leyes, para cada una de las instituciones administrativas con las que cuenta la administración pública, es de aceptar que la diversidad de leyes con las cuales se cuenta para impugnar determinados actos administrativos no son lo suficientemente efectivas para la resolución de causas que no solamente deben ser resueltas por un tribunal administrativo común, en ciertas causas que se ventilan ante los tribunales administrativos en determinadas ocasiones se hace necesario el conocimiento de la causa por un ente de mayor jerarquía y no solamente la jerarquía sino también el amplio y vasto conocimiento con el cual se deberá dar un tratamiento distinto al de los comúnmente resueltos, es el caso en que se hace necesario la intervención del único tribunal especializado como lo es la Sala de lo Contencioso Administrativo.

La L.J.C.A fue decretada el 14 de Noviembre de 1978, y publicada el 19 de diciembre del mismo año, y que posteriormente entrara en vigencia el primero de enero de 1979, dicha ley tiene a cargo la regulación de los sujetos intervinientes en una causa contenciosa, hoy en día la legalidad de los actos administrativos, constituye una de las responsabilidades del Estado Constitucional de Derecho, y el cual es ejercido por el sistema administrativo, específicamente por la Sala de lo Contencioso Administrativo.²²¹

A partir de lo anteriormente expuesto inicia una nueva era en el derecho positivo salvadoreño en el ámbito administrativo, pues es esta ley que viene a dirimir todas las controversias que se suscitan entre la administración pública y los particulares.

Es así que en el Artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, establece lo relativo a la Jurisdicción y Competencia de este tribunal con atribuciones especiales, como lo es el resolver las causas que ante él se presente en el ámbito administrativo, el artículo 1 de dicha ley, establece: “Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia”. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, esta importante disposición en cuanto establece la responsabilidad plena por parte de dicha sala para el conocimiento y regulación, y no únicamente esto, sino también la solución de los conflictos que se presenten ante ella, siendo esta una forma de manifestar seguridad jurídica en cuanto desde ese momento las actuaciones de la administración pública estarían sumisas al control de la legalidad de la emisión de dichos

²²¹ **RACIONERO CARMONA, Francisco.** *Temas de Derecho Administrativo I.* Consejo Nacional de la Judicatura, Proyecto de Capacitación Inicial y continúa de operadores jurídicos, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador. pp. 79 y 80.

actos, no debe de verse la Jurisdicción Contencioso Administrativo solamente como una forma de controlar la administración sino también una forma de regular las actuaciones que por parte de los funcionarios se emiten en resoluciones llamados actos administrativos.

Los actos Administrativos como tales, deben entenderse como todas aquellas Declaraciones de voluntad realizados por la administración pública en el uso de sus facultades administrativas y no de las facultades reglamentarias.²²² Este tribunal ejerce una función de contraloría de los actos administrativos dictados por los funcionarios públicos en ejercicio de potestades, sean éstas regladas o discrecionales.

En este orden de ideas, no por impugnar actos administrativos ante la Sala de lo Contencioso Administrativa, es que se invaden esferas de competencia, sino el ejercer un control sobre los actos, si estos han sido dictados conforme a las potestades enmarcadas en la ley, a las cuales hace referencia el funcionario, por lo tanto, no están en discusión las potestades legales, sino la legalidad del acto dictado en ejercicio de éstas.

Es así como la SCA se revisa principalmente la Legalidad de los actos emanados de la administración pública sin tomar en cuenta las potestades legales que a ella se le encomiendan es así como en su Artículo 2 L.J.C.A, establece que corresponde a dicha jurisdicción en el conocimiento de los actos que susciten emanados de la administración pública, la administración pública en El Salvador no únicamente se conoce con un solo nombre o esta unificada en determinado ente, sino que la administración pública está compuesta por diferentes instituciones legalmente establecida por parte del

²²² **GARCÍA TREVIJANO, José Antonio**, *Los Actos Administrativos*, Segunda Edición, Madrid, España, Ed. Civitas, p. 98

Gobierno central es decir que esta jurisdicción no está dirigida a cualquier acto administrativo, sino que está especialmente creada para que pueda ejercerse en contra de la llamada administración pública en la cual pueden mencionarse los funcionarios que emitan actos administrativos en el uso de sus potestades, a los Órganos de Gobierno, así como también todo ente público que le revista y pertenezca a la llamada Administración Pública.

Es la forma como se establece la competencia del único tribunal especializado en materia administrativa que surge con la finalidad de regular los actos administrativos que de la administración pública emanan. En su artículo 2, la ley establece que dicho tribunal conocerá sobre la legalidad de los actos como anteriormente se dijo, es de reconocer que el objeto que persigue la jurisdicción contenciosa es el conocimiento de las pretensiones que se deducen en ocasión de las relaciones jurídico administrativas entre la administración pública y otros sujetos, es decir todas aquellas pretensiones fundadas en normas de carácter jurídico administrativas, que tienen como única finalidad la de regular las actuaciones de la administración pública, ya sean normas propias de la jurisdicción como también de normas inferiores siempre del mismo ámbito, quedando fuera de esta jurisdicción aquellas controversias que se susciten en contra de otro tipo de Derechos Constitucionales, ya que si bien es cierto este tipo de derechos tienen su fundamento en la Constitución, existe un tribunal especializado también para dirimir esos conflictos jurídicos que surjan en dicha materia.

En el control de la Legalidad ejercido por esta Sala deberá de establecerse ciertos requisitos:

Primero: Que la actuación sujeta a control jurisdiccional sea un acto administrativo, entendiéndose por este tal y como se ha plasmado en

Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como aquellas declaraciones de voluntad ya sea por juicio, o deseó realizadas por la administración pública en el uso de sus facultades.

Segundo: que el acto administrativo el cual está siendo sometido a legalidad sea Definitivo, un acto denegatorio presunto o un acto de trámite que imposibilite la prosecución independiente.

Tercero: que el acto sujeto a control jurisdiccional, incida directamente en la esfera jurídica del administrado.²²³ Esta aseveración nos indica que existe protección para el administrado pues el acto debe producir la afectación de interés legítimo del administrado, tiene que afectarlo de una manera directa o indirectamente, tal es el caso en que la sala no entra a conocer sobre las causas que contenga un contrato por parte de la administración, sino que está únicamente conoce sobre la legalidad de la actuación de la administración, es decir que si la administración emitió el acto en el uso de las facultades que como ente público le corresponde.

En este sentido, puede deducirse que la Sala de lo Contencioso Administrativo, como un tribunal ordinario especializado en lo Contencioso Administrativo, se inhibe de conocer sobre la Constitucionalidad de determinados actos, pues para ello existe lo que es la figura del control difuso de constitucionalidad por medio de la inaplicabilidad de las normas cuando estas van en contra del texto Constitucional, es decir que no únicamente se refiere a actuaciones de mera legalidad si no también a la aplicación de principios como el de legalidad, seguridad jurídica, y principios básicos en un ordenamiento jurídico.

²²³ Sentencia del 11-XII-98, Referencia 126-C-96, Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

3.4.2 Contravención al Derecho de Acceso a la Jurisdicción en el Proceso Contencioso Administrativo.

En este apartado se hace referencia, a todas aquellas actuaciones que van en contra de los actos que por parte del particular se observaren dentro del procedimiento, como es de conocer la Jurisdicción como una forma de resolver los conflictos en un tribunal por parte de un tercero, que deberá ser imparcial para la resolución de las controversias, como ya se ha dicho anteriormente que es la administración pública y el o las particulares los que tienen en sus manos las actuaciones, como las acciones que deberán seguir para poder ejercer su Derecho Constitucional.

El Derecho a la Jurisdicción, es un derecho que todos los seres humanos poseen y que los diferentes Tratados Internacionales conceden tal es el caso del Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y que dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.²²⁴

²²⁴ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). Que fuera suscrito tras la conferencia especializada de Derechos Humanos el 22 de Noviembre de 1969 entrando en Vigencia a partir del 18 de Julio de 1978, que El Salvador Ratificara el 14 de Junio de 1978, Este tratado se firma en la necesidad de contrarrestar todas aquellas violaciones que a nivel regional o continental se suscitaban en determinado momento y teniendo sus fundamentos en convenciones o declaraciones anteriores y en disposiciones y necesidades presentadas por parte de la Organización de Estados Americanos y la necesidad de la existencia de una nueva normativa que tuviera como única y exclusiva finalidad la Protección de los Derechos de la Persona Humana, además de contribuir a la erradicación de la impunidad de ciertas actuaciones por parte de los Estados, este constituye una de las bases Jurídicas mas Importante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Este Artículo hace referencia a que las actuaciones hechas por algún juez o tribunal deberá hacerlas de una manera imparcial, ya que al hacer referencia a la imparcialidad se está refiriendo a que no deberá seguir ni favorecer las pretensiones de determinada parte de manera arbitraria sino mas bien que todas las actuaciones hechas por las partes deberán ser fundamentadas con pruebas legales en las que comprueben sus pretensiones y sus contravenciones a intereses legítimos.

A lo largo del tiempo, han existido diferentes regulaciones que tratan lo que se refiere al derecho de acceso a la jurisdicción, éste forma parte de aquellos llamados derechos fundamentales por estar incluidos en todos los ordenamientos jurídicos internacionales e internos de cada país, otorgándoles la importancia respectiva por estar dentro de la categoría de derechos fundamentales.

La Función Jurisdiccional concebida como la facultad de administrar justicia por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, tiene su fundamento en el Artículo 56 de la Ley Orgánica Judicial, la cual establece su composición y las controversias que deberá conocer tales como conocer de las controversias que ante ella se susciten y la legalidad de los actos administrativos dictados por la administración pública en el ejercicio de sus facultades.

El Órgano Judicial, es uno de los Órganos Estatales que depende de situaciones geográficas, socioeconómicas, y también de divisiones políticas que hacen adaptar las necesidades propias a sus regímenes, es de destacar que la función jurisdiccional tanto en la esfera del derecho como en la

defensa de los Derechos Humanos juega un papel importante en la protección de los mismos a través de su función reguladora.²²⁵

Cuando se hace referencia a asuntos de carácter geográficos se está haciendo referencia a todas las diferentes pretensiones que a nivel regional se pueden tener en determinados lugares, esta sectorización de dichos lugares no se hace con la mera instalación de un tribunal o juzgado sino mas bien tiene su fundamentación para poder contar estadísticamente todas las acciones que en dichos lugares se tengan sobre determinadas materias, como podrían ser civiles, penales, administrativas, constitucionales, etc.

No es de simplificar el trabajo que se hace al establecer un determinado lugar, pues también se toman en cuenta asuntos socioeconómicos, para este caso los asuntos de carácter social como económicos hacen referencia a la accesibilidad que tendrán las personas al momento en que ellas quieran entablar determinada denuncia o demanda pues a manera de ejemplo: si establecemos un único tribunal en Santa Ana que conozca de asuntos en materia penal y que fuera el único que conociera sobre las actuaciones delictuosas, el carácter socioeconómico al que se hace referencia en el apartado anterior, tiene una gran importancia pues sería bastante difícil interponer una acción si la persona se trasladara desde la unión en virtud del principio de economía procesal y por el esfuerzo al trasladarse desde ese departamento, confirmándose con esto que las circunstancias socioeconómicas cobran una gran importancia para el acceso a una Jurisdicción que pueda estar al alcance de las mayorías. Es uno de los problemas que mayormente se enfrentan las personas al querer tener acceso a una pronta e imparcial Justicia, mandato que por orden

²²⁵ **VESCOVI, Enrique**, *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978, pp. 23 y 24

Constitucional se hace Referencia en la mayoría de conceptos Judiciales en los diferentes países.

Las Garantías Judiciales son instrumentos a través de las cuales los ciudadanos pueden hacer efectivas sus pretensiones ante los diferentes órganos de Justicia y demás entes, esto no significa solamente el informar a una determinada autoridad, puesto que en muchos casos donde se da aviso a las autoridades sobre el actuar de manera arbitraria o ilegal, estas únicamente se quedan con la interposición, mas no continúan el procedimiento establecido, siendo una de las deficiencia con las que cuenta la población al momento de exigir ante las autoridades sus derechos.

La Exigencia de los Derechos que como personas se poseen, es decir los Derechos Humanos, debe de hacerse respetando los diferentes actos, establecidos para la exigencia de los mismos, pues el exigir también viene a significar el lograr que las vulneraciones a Derechos que se tienen en ese momento logren respetarse a cabalidad para la consecución de los fines del Estado.

Esta garantía judicial viene a constituir la persecución de que los derechos fundamentales puedan ser exigidos por parte de los ciudadanos y se invoquen ante los tribunales y así poder obtener la protección de los mismos, así es la Garantía Judicial se ha hecho esencial en los sistemas constitucionalista de como los países pues este tipo de derechos se hace referencia a que hoy en día se afirma que un Derecho no existe sino implica una posibilidad de acción ante los tribunales (ubi actio, ibi ius).²²⁶ Es decir

²²⁶ **LÓPEZ GUERRA, Luis**, *Introducción al Derecho Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994, p. 122.

que la existencia de un Derecho no puede estar en el ordenamiento jurídico, como letra muerta sino mas bien debe existir las formas en que esos derechos puedan ser exigidos en determinado momento; es así pues que los códigos, las leyes, los reglamentos, etc., establecen el procedimiento respectivo para la persecución de los fines del Estado como lo es la persecución de la verdad a través de un proceso el cual previamente deberá contener el principio de legalidad como principio básico e indispensable para las actuaciones dentro de la administración pública, es por ello que la posibilidad de acceso a un derecho y garantía a la vez, cobra especial importancia en el caso de los Derechos Fundamentales, los derechos de los ciudadanos derivan del ordenamiento jurídico el caso de este tipo de derechos podemos ver como ellos tienen su origen en la Constitución.

La Constitución como la ley primaria, viene a establecer los lineamientos que deberán cumplirse de acuerdo al espíritu del legislador que la creara con una finalidad, la cual es la persecución del bien común entre los habitantes como también la igualdad de derechos entre las diferentes personas que conformamos la nación, el sustrato histórico de los Derechos Fundamentales nace del pensamiento que concibe a las personas como iguales y sitúan al individuo como eje del deber ser moral, posteriormente el iusnaturalismo medieval al defender la existencia de un Derecho Natural, trajo consigo en los siglos XVI y XVII la afirmación de que existían derechos naturales que pertenecían a la persona humana por el simple hecho de ser humanos.²²⁷

²²⁷ Estas constituyeron las dos bases en la antigüedad en las que habría que sustentarse toda la construcción de los Derechos Humanos, la concepción iusnaturalista concibe que las personas tenemos derechos inherentes por el simple hecho de ser seres humanos y que existen derechos que sin la necesidad del establecimiento o promulgación de una ley poseemos y que son exigibles ante cualquier Tribunal, siendo esta corriente una de las bases firmes para la adopción de derechos fundamentales, a partir de una concepción

Así también, otra de las Regulaciones que a nivel Internacional existe como garantía a poder ejercer el derecho a la jurisdicción es el Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda Persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la consecución de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación en el proceso penal”. Esto viene a confirmar que la garantía del Juez independiente e imparcial, es una forma de protección mas con la que se cuenta para la consecución de los fines por parte del Estado.

Donde existen determinados derechos que merecen la protección jurídica de los diferentes organismos e instituciones, existen intereses legítimos por parte del interesado a que se le tutelen sus derechos y poder hacer efectiva la tutela judicial por parte de estos organismos e instituciones, ya que no existen limitaciones para poder hacer efectivo el Derecho a la Jurisdicción salvo aquellas limitaciones que la ley establezca como parte de los controles de Constitucionalidad que los sistemas judiciales tienen. Es decir que en el caso de El Salvador se puede ver como los controles de jurisdicción están plasmados en la legislación tanto primaria como secundaria, tal es el caso del Artículo 174 de la Constitución de la Republica, disposición la cual establece el Órgano y su competencia en materia Constitucional, es decir la Jurisdicción Constitucional, la cual tiene una intima relación con el Derecho Administrativo puesto que por ser la Constitución el eje Jurídico por el cual se crean todas las normas secundarias es necesario traerla a cuenta esta área pues es la misma quien establece este tipo de garantías que la ley secundaria no puede brindar y

universalista que establece principios con los cuales se deberá regir la población sin irrespetarles sus derechos.

que sirve únicamente para la exigibilidad del catálogo de derechos fundamentales que nos establece la Constitución.

Las Garantías Constitucionales, son el conjunto de declaraciones, medios, recursos, con los que el texto constitucional asegura el pleno goce de los derechos que Constitucionalmente están reconocidos y deben hacerlos exigibles en el momento que exista cierta vulneración a este tipo de derechos, como lo son los derechos fundamentales; pero como nuestro apartado no está referido al tema de la protección de los Derechos Humanos, sin embargo tiene una íntima relación entre el acceso a la jurisdicción como garantía judicial de todo individuo y se hace necesario establecer cuál es su función como medio de impugnar y hacer efectiva dicha garantía, pues no puede tenerse únicamente por estar dicha disposición en el texto constitucional, deben existir los mecanismos mínimos de exigibilidad y respeto o el resarcimiento en caso de ser estos vulnerados.

En la Legislación Salvadoreña, la diversidad de procedimientos en materia administrativa, vienen a constituir una violación a las garantías constitucionales tales como la garantía del debido proceso, la de seguridad jurídica, entre otras, pues es una forma que induce a la arbitrariedad en las resoluciones de los tribunales encargados de administrar justicia.

3.5 EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.

El proceso contencioso administrativo en nuestro país es la forma en que los administrados o particulares pueden ejercer su derecho de defensa mediante los mecanismos que la ley previamente establece, además de

constituir garantía a los administrados, los dota de herramientas jurídicas para que los ciudadanos puedan en su momento recurrir por violaciones a garantías como a casos previstos en las leyes secundarias.

La utilidad para la que ha sido diseñado el proceso deviene del campo propio de determinada materia, en el presente caso nos estamos refiriendo a los que es la materia administrativa. Cuando la administración tiene ese vínculo jurídico junto al administrado, se entiende que ahí donde surge la relación jurídico-administrativo, porque, jurídicamente las relaciones del Estado y los Particulares o administrados ya se encuentran establecidas previamente en el ordenamiento jurídico administrativo pues debido a la finalidad que conlleva el Derecho Administrativo, el cual es el estudio de la administración pública y el funcionamiento de los entes tanto centralizados como descentralizados en un Gobierno, es a ello que se debe dicha asimilación.

El Autor *GABINO FRAGA*, nos dice que el contencioso administrativo puede definirse desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material desde un punto de vista formal “el contencioso administrativo se define en razón de los órganos competentes para conocer las controversias que provocan la actuación administrativa, cuando los órganos son tribunales especiales, llamados tribunales administrativos”.²²⁸

Desde un punto de vista material, el mismo autor expone: que existe el contencioso administrativo cuando hay una controversia entre el particular afectado en sus derechos y la administración, siendo necesario referirse al punto de vista material, ya que es el punto que toma en cuenta lo esencial de

²²⁸ **FRAGA, Gabino.** *Derecho Administrativo.* Op. Cit. p. 442.

la controversia puesto que es la forma en donde se activa la jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues es lo contencioso de la causa, la que hace, de alguna manera de inicio a acción jurisdiccional en sede contencioso administrativa.

RAFAEL BIELSA, también tiene su punto de vista sobre lo que es el contencioso administrativo y nos dice que “Lo contencioso administrativo no es pleito contra particulares, es pleito contra el poder público, es la lucha contra la arbitrariedad del que posee la fuerza material, es el pleito en defensa del derecho subjetivo o el interés legítimo del recurrente, pero lo es también en la defensa de la legalidad como de la moralidad administrativa, pero también como la moralidad política, lo que lo hace totalmente distinto a las controversias civiles, comerciales o penales”.²²⁹

Es así como la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es una parte integrante del Órgano Judicial en nuestro país, pero también constituye el poder Juzgar y hacer Ejecutar lo Juzgado, que tiene ciertos órganos del gobierno. En ella la Administración Pública es sometida a Juicio, pues son las actuaciones de la misma la que conlleva a ser cometida a dicha Jurisdicción debido a la ilegalidad de las actuaciones que ella emana o como también las arbitrariedades en los procesos administrativos que se invocan en su contra.

Algunos elementos esenciales para que las pretensiones lleguen a incoarse a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, según el Autor Gabino Fraga son las siguientes: a) La existencia de una resolución que afecte el

²²⁹ **BIELSA, Rafael.** *Sobre lo Contencioso Administrativo.* Librería castellui, S.A. Santa Fe, Argentina 1964, p. 25.

derecho subjetivo o interés legítimo del recurrente. b) La fijación en la Ley de las autoridades administrativas a las que deberá presentarse. c) La determinación de un plazo en el que deberá interponerse el recurso d) Los requisitos de forma y elementos que deberán incluirse dentro del escrito de interposición del recurso. e) La especificación de un procedimiento para la tramitación del recurso.²³⁰

Esto es lo que la doctrina expone en cuanto al contencioso administrativo y algunas de las generalidades necesarias para el conocimiento, pero ya entrando en materia haciendo referencia a lo que es la Legislación Salvadoreña se hace necesario hacer referencia al Contencioso Administrativo en El Salvador.

La Legislación Salvadoreña en materia contencioso administrativo establece en su ley, que para la interposición del Recurso Contencioso Administrativo, es necesario que se haya agotado la vía administrativa, lo cual nos da a entender que para que proceda el recurso es necesario de haber terminado la tramitación de procesos que sean necesarios dentro del procedimiento administrativo sancionador, ya que es uno de los requisitos principales o esenciales para la tramitación por la vía Contenciosa.

El solo agotamiento de la vía administrativa es una condición objetiva de admisibilidad de la acción contenciosa, esta disposición a la que hacemos referencia es el Artículo 7 Lit. a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, este requisito se entiende cumplido cuando el ciudadano o administrado ha hecho uso de los diferentes procedimientos en tiempo y forma previstos en el ordenamiento jurídico aplicable, y cuando la ley lo

²³⁰ **FRAGA, Gabino.** Op. Cit. p. 433.

disponga expresamente; tal es el caso al que se está refiriendo a aquellas causas en que la misma ley establece en qué casos la Acción contenciosa administrativa resulta facultativa dentro del procedimiento administrativo.

Se entiende que el requisito se ha cumplido cuando el administrado ha cumplido en tiempo y forma los procedimientos administrativos que para ello se ha establecido, cuando la acción contenciosa se endereza contra el acto originario (aquel que restringe o modifica un derecho subjetivo o interés legítimo del ciudadano), o el que rechaza o no admite el recurso que agota la vía administrativa la resolución del primero así como del fondo del asunto estará sometida a que se rechace in limine el recurso también la vía administrativa se entiende agotada, cuando el acto administrativo no puede ser impugnado o recurrido en sede administrativa.²³¹

3.5.1 Actos cuya impugnación no requieren del agotamiento de la vía Administrativa.

Existen actos administrativos que no tienen una revisión dentro del procedimiento frente a la administración pública dichos actos son los de trámite que son los asimilables a los definitivos, si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no hace alusión expresa de la posibilidad de impugnar actos de trámite la Sala ha sostenido que pueden impugnarse actos de trámite asimilables a los definitivos que ponen fin al procedimiento o que hacen imposible su continuación, criterio que la misma Sala ha sostenido que “actos definitivos son aquellos que resuelven el fondo del asunto o ponen fin al proceso o hacen imposible su continuación”

²³¹ Sentencia del 20/11/2002. Ref. 223-C-2001. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

quedándole al interesado expedito su derecho de impugnar frente a la Jurisdicción Contenciosa.

Así también son impugnables los actos de trámite asimilables a los definitivos para lo cual la SCA ha establecido su definición diciendo “Actos de trámite asimilable a los definitivos son aquellos que sin resolver el fondo del asunto ponen fin al proceso o hacen imposible su continuación.”²³² una vez establecidos los requisitos de admisibilidad de la acción contenciosa administrativa se tiene por cumplida y agotada la vía administrativa y por ende momento para poder recurrir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en nuestro país ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

3.5.2 Principios Generales del Procedimiento Administrativo en El Salvador.

Al igual que las demás ramas del derecho el proceso administrativo El Salvador cuenta con principios propios que lo rigen como todo ordenamiento jurídico para su respectiva aplicación es necesario el requerimiento de ciertos requisitos que los rigen para su debida aplicación es por ello que a continuación se presentan algunos de ellos citados por el Catedrático Doctor *HENRY ALEXANDER MEJÍA*²³³ en su publicación *El Procedimiento Administrativo en El Salvador*²³⁴:

²³² Sentencia del 22/08/2002. Ref. 32-U-2002. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

²³³ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Administrativo, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

²³⁴ **MEJÍA, Henry Alexander.** *El Procedimiento Administrativo en El Salvador. Publicación del Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Quinto Año. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 2010. Disponible en:

Principio de Oficialidad: este principio se deriva que mientras en los procesos civiles se debaten intereses privados, lo contrario del procedimiento administrativo que el cual va en caminado a proteger interese públicos, el cual exige que el impulso no depende de meros intereses particulares, sino mas bien en el sentido que la administración está en el derecho y el deber de instruirlo, es decir que es la misma administración a quien le corresponde instruir el proceso porque a la misma administración ¿pues es la misma administración pública la que provoca las irregularidades contra el administrado lo que le faculta al administrado el recurrir frente a la administración, el caso que nos corresponde la Sala de lo Contencioso Administrativa como ente especializado para conocer de las acciones que ante ella se proponen resolver.

Principio de Contradicción: este principio pregona la contradicción que debe existir entre partes es decir la valoración de la contravención a sus derechos e intereses y hacerlos valer en condiciones de igualdad lo que previamente nuestra Constitución ha establecido en el Artículo 3, dentro de los alcances que tiene este principio es, el derecho que tienen los administrados de presentar sus alegaciones en cualquier momento o proponer pruebas y presenciar la práctica de las mismas, es decir que las partes disponen de las herramientas procesales oportunas para hacer valer su pretensión de manera oportuna, lo que puede traducirse también en la aplicación del derecho de defensa consagrado en el artículo 12 de la Constitución Salvadoreña, la SCA se ha pronunciado respecto a este principio diciendo que este se manifiesta cuando una persona se opone a

<http://www.henryamejia.site11.com/docs/obras%20autor/EL%20PROCEDIMIENTO%20ADMINISTRATIVO%20EN%20EL%20SALVADOR.pdf>. Sitio visitado el día 05 de noviembre de 2011.

una prueba y que debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluso del derecho de contraprobar, lo que significa que la prueba debe ser incluida con conocimiento y audiencia.

Principio de Publicidad: en este término no significa que el procedimiento sea amplio y público para cualquier ciudadano, sino más bien tiene como finalidad las actuaciones de la administración pública en relación a las partes en el proceso con la finalidad que las partes tengan acceso al expediente del proceso administrativo.

Principio Pro Actione: este principio presupone que el órgano administrativo que tramite el procedimiento, trate de evitar que las deficiencias formales que puedan suscitarse dentro del procedimiento, y que tengan su origen en una actuación del ciudadano den lugar a la extinción del proceso. Esto presupone que en caso de existir ciertas informalidades del proceso antes de declarar el archivo el expediente en caducidad, se debe de conceder al interesado un término para que subsane la deficiencia formal. Lo que se trata de garantizar es que el incumplimiento de parte del interesado de un trámite formal de mínima relevancia, el procedimiento no pueda seguir su tramitación y la administración no pueda pronunciar la decisión definitiva.

Principio de Audiencia: este principio hace referencia a que el ente administrativo debe conceder audiencia a todas aquellas personas ya sean naturales o jurídicas que puedan resultar afectadas de la resolución por parte de la administración plasmado en un acto administrativo resulta como garantía en la toma de las cautelas necesarias para poder hacer de dicho procedimiento de carácter público abierto a ser conocido por todas las partes intervinientes en el proceso.

Principio Rogatorio o Dispositivo: este principio presupone que las partes deberán plantear ante el juez o tribunal, sus pretensiones y alegaciones identificando debidamente cual es la pretensión como la L.J.C.A lo regula en sus artículos primeros de los casos q conoce dicho tribunal.

La Sala de lo Constitucional ha establecido importantes criterios en cuanto a la garantía de audiencia diciendo que: esta constituye una protección que tiene todo gobernado ante los tribunales ante arbitrariedades de los poderes públicos.

Esto implica que antes de limitar la esfera jurídica de una persona o privársele un derecho debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, según el Artículo 11 de la Constitución de la Republica, en este sentido existirá violación a esta garantía cuando concurra la inexistencia del mismo o no se hayan cumplido todas las formalidades de rango Constitucional para el mismo, tales como las notificaciones de las resoluciones, que adopte el órgano administrativo.²³⁵ Una vez hecho un estudio previo de los principios que rigen el proceso administrativo en nuestro país, es de importancia entrar en el conocimiento del Proceso Contencioso Administrativo en sí.

El Proceso Contencioso Administrativo se inicia con la Demanda. El Art. 9 de la L.J.C.A., establece: Podrán demandar la declaración de ilegalidad de los actos de la Administración Pública, los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tuviere un interés legítimo y directo en ello. La ley es clara en que se está refiriendo a la legitimación procesal en lo contencioso administrativo, la Sala ha definido a la legitimación como: “la aptitud de ser

²³⁵ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 9/09/2003 con Referencia 1095-2002.

parte en un proceso concreto”. La legitimación presupone que toda persona que se encuentre habilitada para poder ser parte en un proceso podrá hacerlo, pero esta no únicamente deberá estar habilitada; sino que también esta deberá tener un interés legítimo o tendrá que formar parte en su momento de la pretensión que se está invocando ante la dicha sala.²³⁶

La legitimación indica quienes son los verdaderos titulares de la pretensión que se pretende dilucidar en el ámbito del proceso y cuya participación procesal es necesaria para que la resolución resulte eficaz. En este sentido si las partes carecen de legitimación el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el conflicto subjetivo que se somete ante los jueces y tribunales y lo que la condición legitima es la eficacia misma que tenga la sentencia al pronunciarse sobre el objeto procesal.²³⁷

La legitimación activa en el proceso contencioso administrativo se da, de una relación previa entre un sujeto y un acto administrativo, ya que el presupuesto esencial y común entre tales categorías es que el interesado en impugnar un acto deberá ser aquel que en verdad este siendo lesionado por un acto administrativo, aquel que de verdad obtenga la lesión por parte de la administración pública y que tenga el interés en invalidar dicho acto.

3.5.3 El interés Legítimo y Directo en el Proceso Contencioso Administrativo.

La legislación salvadoreña hace alusión a lo que es el interés legítimo y directo, con el cual no es posible la impugnación del mismo frente a sede

²³⁶ **GONZALEZ PÉREZ, Jesús.** *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano.* Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p. 115.

²³⁷ **GIMENO SENDRA, Vicente.** *Derecho Procesal Administrativo.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993. p. 204.

jurisdiccional, este interés es aquel que tienen las personas que por situaciones de carácter objetivo se encuentren por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto al de cualquier ciudadano, es decir que este tipo de interés no debe ser simple como cualquier otro sino que debe ser un interés específico y la manifestación de querer controvertir dichas pretensiones e intereses.

El Denominado Carácter revisor de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: este principio obedece a que la administración pública se concibe como un instrumento de revisión de lo actuado previamente por la administración. El recurso Contencioso Administrativo se concibe como Recurso contra el acto puesto que son las actuaciones hechas por parte de la administración este principio introdujo importantes limitaciones a las actuaciones y al conocimiento en sede contenciosa y las limitaciones son las siguientes:

La imposibilidad de recurrir contra la ausencia de respuesta de la administración. (Silencio Administrativo).

Las dificultades que pesan sobre el demandante para probar su derecho.

La imposibilidad de introducir el proceso contencioso administrativo pretensiones que no hayan sido conocidas por la administración previamente en sede administrativa.

3.5.4 El Proceso Contencioso Administrativo desarrollado conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Toda la Administración Pública que emite actos administrativos tiene su procedimiento administrativo en cuanto a los recursos ya sean estos de

Revisión, Apelación y en su caso Apelación de Hecho, sin embargo en este apartado desarrollaremos la estructura del Proceso contencioso administrativo, ya que es el oportuno pues es la base para el análisis de la aplicación de medidas cautelares de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Como ya se dijo anteriormente el Proceso Contencioso Administrativo es un verdadero juicio que debe ser desarrollado siguiendo un proceso regulado en una norma, que es la LJCA.

Las partes intervinientes en el proceso la tienen, el Demandante que tiene la Legitimación Activa, es decir los que tienen la titularidad de un interés legítimo o directo el Art. 9 de la LJCA es el que regula esta legitimación y en cuanto al interés legítimo o directo, es decir que la aplicación de esta jurisdicción no debe aplicarse a actos que afecten un interés general, es decir debe de ser de carácter personal

Asimismo la legitimación Pasiva la tiene la administración pública en su parte de Demandada en el proceso, el Art. 2 de la LJCA manifiesta que la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde conocer sobre la legalidad de los actos administrativos que estos emitan. La legitimación tiene razón en la capacidad o aptitud procesal que se tiene para poder ser parte en dicho proceso.

El Art. 14 LJCA regula también a un tercero en el proceso a quien le beneficie el acto impugnado. También son parte de este proceso como "Amigos del Tribunal" los auxiliares del fiscal general de la república en defensa de los intereses del estado y la sociedad Art. 13 LJCA.

REQUISITOS DE LA DEMANDA

Para la elaboración de una demanda en la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario tomar en cuenta a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, el Código Procesal Civil y Mercantil, y líneas jurisprudenciales, a efectos de ver la posición de la SCA en conflictos similares.

El Art. 53 LJCA y 20 CPCM regula sobre la supletoriedad del código en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la jurisdicción contenciosa.

El Art. 11 y 47 LJCA manifiesta el plazo para interponer la demanda que son sesenta días hábiles, que se cuentan desde el día siguiente de la comunicación del acto.

La demanda se debe elaborar por escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA) según lo establece el Art. 10 de la LJCA, cumpliendo los requisitos siguientes:

1. El nombre, apellido, edad, profesión u oficio, domicilio del demandante, y en su caso DUI, NIT, Carne de abogado de la persona que gestiona por el. De igual forma, si es persona jurídica, además de las generales del representante legal, se expresara el nombre, naturaleza y domicilio de aquella.

Representar para este caso es actuar en nombre ajeno defendiendo un derecho ajeno, siempre y cuando con el consentimiento del titular del derecho.

2. El funcionario, la autoridad o entidad a quien se demanda;

3. El acto administrativo que se impugna;
4. El derecho protegido por las leyes o disposiciones generales que se considera violado;
5. La cuantía estimada de la acción, en su caso;
6. La exposición razonada de los hechos que motivan la acción;
7. La petición en términos precisos;
8. La parte petitoria en términos precisos
 - a) Que se tenga por parte en el carácter que comparece.
 - b) Que se admita la demanda presentada
 - c) Que se suspenda los efectos del Acto reclamado cuando fuere el caso²³⁸. Esta suspensión debe estar fundamentada.
9. Las generales del tercero a quien beneficia el acto administrativo impugnado, en su caso; y,
10. El lugar y fecha del escrito y firma del demandante o de quien lo hiciere a su ruego.
11. Las generales del tercero a quien beneficia el acto administrativo impugnado.
12. Expresión sobre que se carece de inhabilidad legal para procurar, regulado en el Art. 67 CPCM.

²³⁸ Esta es la “única” medida cautelar regulada en El Salvador, que en capítulos posteriores será desarrollada.

En cuanto a la Supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil es el Art. 53 de la LJCA y el 20 del Código que definen la aplicación supletoria como anteriormente se desarrolló. Otra aplicación supletoria es el aporte de prueba documental regulado por el Código en su Art. 288 CPCM, así mismo la etapa de ofrecimiento de la misma manifestado en el Art. 276, también el interrogatorio de los testigos que se encuentran en los Art. 367 368 y 369 del CPCM.

El perito también es otro caso del proceso contencioso administrativo regulado a través de la norma en comento en su Art. 377 y finalmente la audiencia probatoria regulada en el Art. 290 del código en comento.

CAPITULO IV LA TUTELA CAUTELAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

4.1 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DESDE LA CONCEPCION FINALISTA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA.

Una de las manifestaciones dadas por el ordenamiento jurídico salvadoreño en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos, se plasma en una visión filosófica de los Constituyentes al momento de crear nuestra Constitución de 1983, La Constitución de la Republica determina como origen y fin de la actividad del Estado a la persona humana.²³⁹

Esta finalidad como todo ordenamiento jurídico primario, hace reconocer que para el Estado los intereses a defender y las actuaciones que como mismo realice, deben estar encaminadas a la satisfacción de las necesidades que requiera la población en general como sus ciudadanos para la consecución de sus fines.

Esta concepción personalista que contiene nuestra constitución hace referencia a que el Estado deberá estar al servicio de la persona humana, así como también servirá de herramienta propia para la realización de los fines de las mismas; lo que representa una forma de Estado en la cual reconoce al

²³⁹ Artículo 1 de la Constitución de la Republica de El Salvador, en cuanto a los fines y actividad del Estado salvadoreño, considera que es alrededor de la persona humana que giran los fines para los cuales ha sido creado el Estado, este viene a ser como una gratificación por parte de los Constituyentes al reconocer que es el ser humano el ser pensante, el ser que de alguna manera le da un génesis a las normas y que por lo tanto su finalidad está encaminada a que como seres humanos, las normas que se estatuyen en los libros y códigos deben ir dirigidas a la satisfacción de los intereses de cada uno que conforma la comunidad llamada Estado.

Derecho como una obra misma del ser humano y otra; que el mismo ser humano ha creado sus reglas y leyes para que de ellas mismas pueda servirse; así como lo hiciera moisés cuando Dios le plasmó las leyes que regirían la tierra desde aquella época, así también como se adoptara la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 en la Revolución Francesa, es así como ahora el hombre crea sus códigos y leyes las cuales las utiliza para servirse luego de ellas, es así como el Artículo 1 de la Constitución plasma uno de los fines a los cuales se debe el Estado Salvadoreño en cuanto a la adopción del texto que incluye y toma como único fin la Persona Humana y sus intereses.

El Estado viene a Constituir aquel ente Ficticio que a través de la actividad intelectual y lógica del ser humano consigue darse a conocer ante las demás personas ficticias y que reconocen dicha personificación, respecto a que las actuaciones del Estado son realizadas por órganos personas que el mismo hombre crea para el adecuado funcionamiento del mismo; el mismo Estado es un ente que no tiene un agotamiento en el tiempo, sino más bien tiende a fortalecerse conforme se va evolucionando, siendo la persona humana, la que con el tiempo tiende a deteriorarse, y no trasciende en el tiempo, siendo así el Hombre el creador de una de las importantes personas ficticia que el mundo conociera, que aun no teniendo una voluntad propia, no teniendo manifestación física alguna, etc. Pero que a través de las personas que lo componen lleva a la consecución los fines para los cuales ha sido creado; es esta alguna de las razones por las cuales consideramos que el Artículo 1 de la Constitución de la República contenga como origen y fin la actividad del Estado.²⁴⁰

²⁴⁰ Sentencia del 19-VII-96. Considerando IV. Ref. Inc. 1-92. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

La dignidad humana viene a constituir un elemento integrante de la base en la cual se establecen los argumentos de la convivencia nacional así como también, uno de los bienes jurídicos protegidos Constitucionalmente y regulado dentro del capítulo único de nuestra Constitución el cual refiere a que es la figura que el Derecho ha tomado para garantizar la libertad de cada individuo para que pueda llevar a cabo sus fines, mientras que es el Estado el que tiene como finalidad la de la Organización y la puesta en marcha de todos aquellos fines para los cuales ha sido creado, dando cumplimiento al mandato Constitucional que la disposición antes mencionada establece.²⁴¹

Una de las manifestaciones que se da de la tutela judicial efectiva en relación a la concepción personalista de nuestra constitución es la de prestar a los ciudadanos cada una de las herramientas que tienen los mismos para poder ejercer sus derechos la tutela judicial efectiva, es amplia en cuanto refiere a cuestiones como económicas, sociales, jurídicas, y culturales, cada una de ellas tiene una íntima relación, de manera integrada con varios derechos contenidos en la constitución, ya que en nuestro orden jurídico no se encuentra expresamente lo que es la Tutela Judicial Efectiva, al hacer este análisis sistemático se encuentran elementos que constituyen la totalidad de una verdadera tutela al ciudadano.

La Doctrina ha establecido que el principio de tutela judicial efectiva es un pilar importante en el ordenamiento jurídico de la gran mayoría de legislaciones del mundo, los principios de universalidad y el acceso a la jurisdicción son componentes que incluyen la llamada tutela efectiva, pues este principio implica la accesibilidad de una justicia administrativa la tutela judicial efectiva acoge derechos tales como:

²⁴¹ Sentencia del 26-VIII-98. Considerando III. Ref. Inc. 4-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

- A. El Derecho que tiene toda persona al acceso a los órganos de la administración de justicia con la finalidad de poder exigir sus derechos e interés tanto individuales como colectivos incluso difusos pues este derecho de carácter amplio pues con la nueva generación de derechos se esta haciendo posible la exigibilidad de derechos en que tiempos anteriores no eran exigibles mucho menos materializados en el derecho positivo vigente en los ordenamientos jurídicos.
- B. El derecho a una Justicia sin Dilaciones indebidas; este derecho, para el tratadista *GIMENO SENDRA*²⁴²: manifiesta que “ un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo instrumental de la tutela, que asiste a todos los sujetos de Derecho Privado, que hayan sido parte de un proceso judicial y que están siendo llevados al poder judicial aun cuando en su ejercicio han de estar involucrados todos los entes del Estado”; cuando se habla de dilaciones indebidas se hace referencia a la retardación o detención de una cosa en un tiempo, es decir la demora con la actuación la administración de justicia en determinados casos, se pretende la erradicación de la demora con la actúan los entes que conforman la administración misma, con la plena seguridad que el caso debe ser tratado con eficiencia y con prioridad de manera particular y evitar arbitrariedades en cuanto a las resoluciones emitidas por el ente administrativo en un tiempo razonable no influenciados de sentimientos o de las irreflexivas reacciones de la pasión, claro es que deberá buscarse la resolución de la causa con pronta y eficiente diligencia; la Sala de lo Constitucional advierte que han de tomarse en

²⁴² **GIMENO SENDRA, Vicente.** *Derecho Procesal Administrativo.* Editorial Tirant lo Blanch. 2da. Ed. 1994.pP. 89.

cuenta tres elementos para calificar el concepto plazo razonable y dilaciones indebidas:

- I. La Complejidad del asunto: hace referencia a que deberá tomarse en cuenta la complejidad del asunto que se trate, es decir la necesidad de realizar las pruebas requeridas en el ordenamiento jurídico como una forma de dar cumplimiento a lo establecido en la ley, y que la mera realización de las pruebas pueden ocasionar el transcurso de plazos legales previstos en el ordenamiento; pero aun ese transcurso no reviste la posibilidad de considerarse como dilaciones indebidas.²⁴³
- II. El Comportamiento del Recurrente: en ese sentido de ideas la sala también a advertido que dicho comportamiento hecho por el interesado en el caso, tampoco merece ser indebida ya que ha sido provocada por mismo litigante, que a manera de ejemplo instruye; el caso en que el litigante halla ejercitado los medios de impugnación que le asisten conforme al ordenamiento, y es menos indebida cuando esta ha suspendido el curso del proceso cuando de una forma dolosa cuando plantea situaciones incidentales o suspensiones injustificadas o que la conducta manifiesta falta de diligencia para la rápida tramitación del proceso, en la causa que se ventila ante los tribunales.
- III. La Actitud del Órgano Judicial: deberá determinarse si las dilaciones en el proceso ha de ser por la inactividad del órgano judicial que sin causa de justificación alguna, en donde la misma administración dejo transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir una resolución de fondo u omitió adoptar

²⁴³ Sentencia del 26-III-2000. Ref. Habeas Corpus 49-2000. Considerando I. 1. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

medidas adecuadas para conceder la satisfacción real de las pretensiones de las partes.

Esto implica requisitos básicos que como anteriormente se mencionan, deberán tomarse en cuenta al momento de incoar ante los órganos de justicia las peticiones debidamente fundamentadas para evitar las dilaciones indebidas dentro del proceso.

4.1.1 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia para hacer valer Derechos e Intereses Colectivos.

El Derecho de acceso a los órganos de la administración de justicia, para hacer valer este tipo de derechos reconoce la legitimación activa de cualquier persona, para acudir a los tribunales y exigir el restablecimiento de derechos lesionados o amenazados de cualquier lesión contra estos; aun cuando estos derechos no le correspondan de manera individual o directa, sino que los comparte en grupo de personas y que afecta de manera indirecta.

Los derechos e intereses colectivos son bienes jurídicos supra personales, en contraposición que se ven lesionados o amenazados de lesión. Dicha lesión se hace a un grupo determinable como tal, aun que no cuantificado o individualizado, como el caso de un grupo de personas de un país afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona de convivencia. Estos intereses concretos, focalizados, son los llamados colectivos que constituyen todos aquellos derechos pertenecientes a un grupo humano también llamados, de tercera generación pues su surgimiento es posterior a los derechos de primera y segunda generación, no basta con ser derechos pertenecientes a

determinado grupo de personas sino que también, debe existir un vínculo jurídico entre ellos.

4.1.2 Derecho de Acceso a los Órganos de Administración de Justicia para hacer valer Derechos e Intereses Difusos.

En este caso, la legitimación activa corresponde a cualquier persona que vea lesionados o amenazados sus derechos o intereses, aun que no se vean amenazados de manera directa y personal, ni le correspondan por pertenecer a un grupo determinado de personas.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela por Sentencia emitida el treinta de junio del año dos mil, en el caso Dilia Parra Guillen, el tribunal en su jurisprudencia a establecido que el interés difuso es: “Un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en un principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos, que sin ningún vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión”.²⁴⁴

En el caso de El Salvador, la SC reconoció la teoría de los intereses difusos, en auto de admisión de demanda de los Procesos de Amparo acumulados con Referencia AC/104,.105.106/ 98 del 26 de marzo de 1998, incoados en contra de la Oficina Planificadora del Área Metropolitana de San Salvador y el Servicio Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura y Ganadería, en forma sintética, en él se sostuvo: *«que en los supuestos de protección de los intereses difusos, adquiere legitimación procesal para*

²⁴⁴ Sentencia emitida por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela del treinta de junio de dos mil dos. “Caso Dilia Parra Guillen”.

plantear la pretensión de amparo, cualquier persona que considere que se le ha vulnerado un derecho de naturaleza difusa, sin necesidad que intervengan en el proceso los demás titulares de tal derecho». Por tanto se cambió con el criterio jurisprudencial de la SC donde sostenía que tienen el interés legítimo de incoar una demanda de amparo solamente el que sufría el agravio directo, real y personal. En consecuencia cualquier ciudadano tiene la acción popular cuando una entidad estatal o empresarial vulnere el derecho fundamental a un medio ambiente sano²⁴⁵.

Ellos se fundan en hechos genéricos o accidentales que perjudican a un número indeterminado de personas, y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada.

4.1.3 Derecho de Una Sentencia que Resuelva la Controversia.

El artículo 25.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Atribuye al estado la obligación de que la autoridad competente en el caso en conocimiento es la Sala de lo Contencioso Administrativo, debe estar prevista por el sistema legal del Estado²⁴⁶, en este caso es la administración de justicia que deberá resolver todos los derechos que una persona incoare por medio de un recurso, dando una interpretación adecuada, imparcial y que decida basada en derecho, con una valoración jurídica hecha a partir de leyes preexistentes. Así mismo sobre la obligación

²⁴⁵ Resolución Interlocutoria del 26-III-1998, Amparo Ref. AC/104,.105.106/ 98. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

²⁴⁶ “esto significa que previamente en la Ley el Estado debe de establecer las disposiciones jurídicas que resolverán las situaciones que a dicha autoridad se pongan en conocimiento, en el caso de nuestra legislación existe el principio de lex previa; el cual prevé que para la aplicación de determinadas sanciones ya sean administrativas o penales están deben estar establecidas en una ley dictada con anterioridad y que haya seguido el procedimiento correspondiente para su aplicación, el caso del proceso de formación de ley”

de resolver todo lo que ante la autoridad competente se solicite o pida se resuelva, omitir pronunciamiento de alguna solicitud, aun cuando así fuere menor de lo que se pide de manera amplia, conlleva la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

4.1.4 Derecho a la Efectividad de la Tutela.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no basta que los recursos existan formalmente, sino más bien deben de hacerse efectivos.

Un recurso no tiene efectividad, cuando se manifiesta la ineficiencia e inutilidad del mismo, el poder judicial carece de independencia suficiente como para poder resolver de una manera imparcial, o hacen falta los medios necesarios para hacer efectivos los fallos que se dictaren, a esto puede agregarse la denegación de justicia, los retardos injustificados, en la decisión del lesionado al recurso incoado.

Como parte del derecho a la efectividad de la tutela se contempla el derecho a la tutela cautelar, mediante la cual se busca mantener provisionalmente una situación fáctica que avale la ejecución exacta de la sentencia que definitivamente se dictara, o anticipar total o parcialmente los efectos de la sentencia con la finalidad que no queden ilusorias las disposiciones contenida en ella. Por otra parte garantizar el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente la acción o el recurso judicial, es una obligación del Estado, en base al artículo 25.2 literal c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que de hecho las

sentencias no son hechas para quedar como simples declaraciones sin efectividad jurídica, ya que una vez los jueces deciden sobre la problemática planteadas a su conocimiento estas deben ejecutarse de manera que no quede en vano el fallo dictado por los delegados del Estado para hacer Justicia. Podemos decir entonces que según el derecho a una Tutela Judicial Efectiva, determinados supuestos de falta o inadecuada respuesta judicial a cuestiones esenciales, constituyen verdaderas denegaciones de justicia, siendo requisito para poder apreciar este vicio, la falta de motivación o insuficiente motivación en un fallo, con trascendencia Constitucional, cuando se produzca ante una cuestión esencial, siempre que se trate de una pretensión basada en prueba válidamente incorporada estas son algunas de las manifestaciones que se requieren como requisitos mínimos de Constitucionalidad o como parámetros necesarios para determinar que nos encontramos ante la violación al derecho de una tutela judicial efectiva.²⁴⁷

4.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL SISTEMA NORMATIVO SALVADOREÑO.

Cuando se habla del fundamento, éste va referido al surgimiento, sus principios rectores como también, la base jurídica de la institución a tratar en este apartado todo proveniente de la Constitución de la República como base fundamental de todo nuestro ordenamiento jurídico, en nuestra constitución se plasman los más significativos textos rectores de un debido proceso a seguirse en las diferentes cedas judiciales y administrativas, como las leyes, los reglamentos, y demás disposiciones jurídicas que se vuelven

²⁴⁷ Sentencia definitiva del 21-X-05. con Ref. 490-CAS-2004. Considerando I. Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia.

dependientes del máximo texto jurídico, como lo es la Constitución de la República siendo así la declaración del pueblo, plasmado en el texto constitucional.

En el Artículo 1 de la Constitución de la República establece que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado.²⁴⁸ Esta concepción atiende a que la persona humana como fin primordial de la actividad del Estado, deben garantizarse los derechos que en el texto se presentan, ya que es a través de ellos que la sociedad debe desarrollar principios de convivencia social, respetando debidamente las actuaciones de cada individuo en el entorno en que viven, para llevar a cabo los fines que la misma prevé; aun desde el momento de la concepción.

Es así como, siendo una función esencial la de la corte suprema de justicia se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptara las medidas que estime necesarias” principio consagrado como “Tutela Legal y Efectiva”, que en sentido amplio significa garantizar el debido proceso a las partes en litigio, a través de la aplicación de los mecanismos procesales que impliquen un rápido cumplimiento y eficaz de las providencias judiciales; es por ello que el legislador tuvo la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico vigente, determinados instrumentos procesales, conocidos por la doctrina contemporánea como medidas cautelares, permitiéndole al juzgador hacer ejecutar lo juzgado, Artículo 182 Ord. 5° y 172 Inc. 1° Cn .

²⁴⁸ “Concepción de carácter personalista puesto que incoa ante todo ordenamiento jurídico que deberá respetarse a la persona humana desde el momento de la concepción constituyendo así una garantía primordial ante cualquier persecución ya sea de carácter penal o civil o cualquier rama del derecho; este artículo presupone que es la dignidad de la persona la que fundamenta la base de la convivencia nacional es por ello la importancia de este artículo pues contribuye al pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo en sociedad”.

En relación a lo anterior se encuentran otros principios tales como “Nadie puede ser privado al derecho de propiedad sin ser previamente oído y vencido en juicio” así también el derecho que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones ante los Órganos de la administración de justicia y que se le haga saber lo resuelto (Derecho de Respuesta), ya sea que resuelva favorable o no a su petición Artículos 2, 11, 18 y 22 de la Cn.

El artículo 11 de la Constitución es la base jurídica y constituye la garantía de audiencia, siendo este artículo una de las manifestaciones de la tutela efectiva, ya que el artículo mismo plantea que no puede ser privada ninguna persona de su vida, su libertad, y posesión sin ser previamente oída y vencida en juicio conforme a las leyes, las cuales deben estar dictadas con anticipación, este derecho consagrado en el Inc. primero de este artículo se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos, es decir que es a través de este derecho que se manifiestan las garantías mínimas con las que deberá contar un individuo al momento de ser procesado por cualquier causa que fuere.

El Artículo 15 de nuestra carta magna, dispone que nadie puede ser juzgado sino con leyes promulgadas con anterioridad, siendo esta otra manifestación de las garantías que sirven como fundamento de la Tutela efectiva, en virtud de lo anterior, el principio en cuestión se ve vulnerado cuando la administración o tribunales realizan actos que no tienen fundamento legal o cuando no actúan conforme a la ley de la materia establece.²⁴⁹

²⁴⁹ Sentencia del 21-X-98. Ref. Amparo 148-97 considerando IV. 1. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia: “dicho principio hace relación que a los destinatarios de la ley,

Otras de las disposiciones que sirven como fundamento de rango Constitucional es el Artículo 18 Cn. La cual establece que “toda persona tiene derecho a pedir de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelva, y a que se le haga saber lo resuelto”. Este derecho puede ser incoado ante las autoridades por cualquier persona sea esta nacional o extranjera, persona natural o jurídica, ante cualquier autoridad legalmente constituida, las cuales tienen la obligación de resolver en un plazo razonable y congruente de acuerdo a las peticiones que ante ellas se haga, conforme a las atribuciones legalmente conferidas. El ejercicio de este derecho constitucional, implica la obligación de los funcionarios estatales contestar o responder las solicitudes que ante ellos se hagan, puesto que por orden constitucional todos los funcionarios están obligados a servir a la comunidad no con ello se exige que la respuesta que deban dar los funcionarios sea la favorable a las peticiones que se hacen ante ellos, sino mas bien a la prontitud con la que estos deben resolver dichas peticiones para no caer así en dilaciones indebidas.

4.3 DELIMITACION CONCEPTUAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA NORMATIVO SALVADOREÑO.

En el sistema normativo salvadoreño, el código de procedimientos civiles, a pesar de su carácter conservador contemplo en sus disposiciones tales como la anotación preventiva de la demanda, el embargo, entre otras; son algunas de las garantías ahora exigibles en la mayor parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, contemplo lo que hoy se conoce el debido proceso y una efectiva acción de defensa entre las partes, este

que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley, dictada y promulgada con anterioridad al hecho constitutivo de infracción”.

código sufrió diversas reformas debido a la evolución que ha tenido el derecho civil a través de los años, debido a las diversas Constituciones que como país se han tenido en últimos años, es así como se ve la necesidad de renovar el derecho procesal salvadoreño, y adecuarlo a las nuevas exigencias en cuanto a la efectiva forma de administrar justicia, siendo que con anterioridad todo era de una manera escrita y una infinidad de formalismos para cada una de las tramitaciones en derecho civil, el código de procedimientos civiles se inspiró en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, al pasar de los años este tipo de legislaciones ya no atendían a los derechos de una pronta y cumplida justicia que señala el Artículo 182 de la Constitución de la República; es como el código de procedimientos civiles sufrió diferentes reformas en su centenaria existencia al servicio de la justicia salvadoreña.²⁵⁰

Dentro del derecho salvadoreño existen diversas figuras cautelares dentro de lo que es el derecho privado, algunas de ellas como lo son el embargo, la anotación preventiva de la demanda, etc. por mencionar algunas, en la historia del derecho salvadoreño, se muestra la legislación procesal que se enmarca aproximadamente por el año 1843, por medio del decreto de las cámaras legislativas que tuvo a cargo al presbítero y doctor **ISIDRO MENÉNDEZ**, quien redactó el primer proyecto del código de procedimientos civiles.²⁵¹

El apareamiento de las medidas cautelares tienen su apareamiento primeramente en el Código Civil, ya que en reformas que data del año 1904,

²⁵⁰ Código de Procedimientos Civiles de La Republica de El Salvador. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial No. 1, T 12, el 1ro de Enero de 1982. (Derogado).

²⁵¹ **SÁNCHEZ, V. J. J.** *Apuntes sobre derecho procesal civil*. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Ediciones Último Decenio; El Salvador 1992. p. 57

se encuentra lo que es la figura del secuestro; específicamente en el Artículo 2024 del mismo.²⁵²

En el derecho penal encontramos que las medidas cautelares, son en esencia medidas de coerción, para los imputados es decir para los particulares que han infringido la ley, las cuales fundamentalmente se dividen en medidas de coerción personales y medidas de coerción reales. Las primeras, están vinculadas con el derecho a la libertad de las personas que se ven sometidas a un proceso penal, es decir que afectan el derecho de movilidad de los individuos. Las segundas, afectan el derecho al patrimonio de tales personas o de los resuelven eventualmente responsables civiles subsidiarios.

Las medidas cautelares que contemplan el proceso penal son:

- a) La detención provisional; es la mas grave de las medidas de coerción personal, pues consiste en privarle la libertad a una persona articulo () 292 y 293 anterior Pr.Pn. los presupuestos que deben concurrir para la implementación de esta medida son:
 - 1) Que se halla establecido un derecho tipificado en la ley como delito y que existan elementos de juicios suficientes para sostener razonablemente que el imputado es probable autor o participe del mismo;
 - 2) Que la pena establecida para el delito, supere en su limite máximo los tres años de prisión.

²⁵² Código Civil de la Republica de el Salvador, D.E. del 30 de Abril de 1860. D.O. del 19 de Mayo de 1860. Cuarta edición. Con reformas de 1890 hasta 1903. Arreglada por el Doctor Rafael U. Palacios. San Salvador, Imprenta la Republica 1904.

- 3) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cuando el tribunal lo estime necesario;
- 4) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, la medida se justifica con la finalidad de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la preservación de los medios de prueba.
- 5) Cuando por el comportamiento del imputado, el juez tenga graves sospechas que aquel continuara cometiendo hechos punibles. Artículo 293 anterior Pr.Pn.

b) Medidas sustitutivas de la detención provisional.

- 1) Arresto domiciliario en la residencia del imputado o en custodia de otra persona, con o sin vigilancia, de conformidad a lo ordenado por el juez;
- 2) Obligación de someterse a cuidado o vigilancia de persona o institución determinada quienes deben informar periódicamente al juez sobre tal situación.
- 3) Obligación de presentarse en forma periódica ante el juez a la autoridad que este designe;
- 4) Prohibición de salir del país de la localidad de residencia del imputado o de la circunscripción territorial que el juez fije;
- 5) Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar determinados lugares;
- 6) Prohibición de comunicarse con ciertas personas siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa y
- 7) Prestación de caución económica adecuada, por el imputado u otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prendas e hipotecas, entrega de bienes, o fianza de personas, o institución idónea.

Medidas Cautelares en el Proceso de Familia; las medidas cautelares se encuentran en la mayoría de legislación de familia y en algunos países, como España, Chile, Colombia, Costa Rica, Argentina entre otros, y en El Salvador están diseminadas en diferentes preceptos de la legislación sustantiva y procesal, entendiéndose que son taxativas.

Así ocurre e nuestro Derecho de familia, donde se deja al juez la facultad de decretar aquellas medidas cautelares establecidas en las leyes y las que juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia ya sea de oficio o a petición de partes; es decir que se dictan en virtud de la índole de los intereses en juego y en el momento oportuno en que el juzgador considere la necesidad de proveerle.

En primer lugar debernos recordar que las medidas cautelares están previstas en el código de familia y la ley procesal de familia y aun que no se definen, de los respectivos preceptos legales se colige que son aquellas medidas de carácter jurisdiccional, provisorias, dirigidas a proteger a los miembros de la familia, cuyo objetivo principal es garantizar los resultados del proceso para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes involucradas en los conflictos de familia, antes de pronunciarse la sentencia definitiva y para asegurar provisionalmente sus efectos.

Para decretar los jueces de familia no están obligados a notificar a la parte a quien va dirigida y cuando lo consideran de urgencia y por circunstancias graves deberán decretarla provisionalmente y hacerla ejecutar sin más trámites. Tampoco es requisito el elemento probatorio de lo manifestado en la demanda. Todo lo anterior está fundamentado en los artículo 6 literal d) , 37, 75, 76, 77, 80, 81, 129, 130 literal b) y 214 todos de la Ley Procesal de Familia.

La ley procesal de familia regula referente a las medidas cautelares en los artículos ya mencionados. Al respecto la ley establece que: las medidas cautelares se podrán decretar en cualquier estado del proceso, de oficio, o a petición de parte.

Las medidas cautelares como acto previo por regla general, solo se decretaran a petición de parte, bajo la responsabilidad del solicitante y cesaran de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los diez días siguientes a su ejecución.

En este caso, el juez tomara las medidas necesarias para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de decretarlas. Artículo 75 L.Pr.F.

Atendiendo a lo establecido en el segundo inciso del artículo precedente se entiende que las medidas cautelares, solicitadas y adoptadas antes de la interposición de la demanda, quedaran extinguidas automáticamente si la demanda se presenta en el plazo indicado por la ley.

De acuerdo al artículo anterior el proceso de familia, las medidas cautelares pueden solicitarse previo a la interposición de la demanda, y de haberse hecho de esta manera, al interponer la demanda en el termino establecido, se debe solicitar en que dichas medidas continúen vigentes durante todo el proceso.

En la práctica comúnmente las medidas cautelares en materia de familia se solicitan junto con la demanda, y el juez esta obligado a ordenarlas para evitar una sentencia inhibitoria; esto en principio de buena fe que establece el artículo 3 lit. h) L.Pr.F.

En el proceso de familia podemos encontrar que las medidas cautelares se decretan por medio de resolución, y el juez esta facultado para disponer su modificación, sustitución o cesación, o sea que la resolución que decreta la medida cautelar no causa estado. de tal manera que dichas medidas pueden ser confirmadas, revocadas, o modificadas, en la sentencia que ponga fin al conflicto principal; modificadas en el sentido de que en el proceso de familia las medidas cautelares adoptadas no siempre dejaran de existir con la sentencia; para el caso una medida cautelar en la que se decrete la anotación preventiva de la demanda en el registro se encuentren inscritos los bienes comunes y propios, no necesariamente se extinguirá con la sentencia sino hasta que se efectuó todo lo necesario para la liquidación de los bienes, si ese es el caso.

Se debe concluir señalando que el hecho de haber mencionado las medidas cautelares en materia penal y de familia es para confirmar la importancia de estas medidas en todo proceso y que de estas depende la efectividad de la sentencia y la evidente diferencia en cuanto a la cantidad de medidas que se pueden aplicar en los diferentes juicios.

Es así como ha evolucionado la figura de las medidas cautelares en el derecho procesal salvadoreño, el proceso jurídico en el cual se establece y repara el derecho infringido, o se soluciona el litigio entre los particulares y los justiciables, está determinado en diversas etapas ya sea de igual, menor o mayor brevedad entre ellas, llevan aparejada un desgaste de tiempo, pues su duración puede significar días, meses u años en algunos casos, para llegar a su finalización por medio de una sentencia.

Como es de notorio conocimiento en el mundo jurídico, el único ente facultado para administrar justicia es el Órgano Jurisdiccional, facultad y a la

vez obligación que es anterior pues su fundamentación proviene de mandato Constitucional, este deber es contemplado en el artículo 172 Inc. 3 de la Constitución de la Republica, en tal sentido, el realizador del derecho a la protección jurisdiccional, el proceso es el instrumento, de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en el cumplimiento de administrar justicia, o desde la perspectiva de los sujetos pasivos; dicho proceso es el único y exclusivo medio a través del cual se puede, siempre que se adecue al texto constitucional, privar a uno o algunos de los derechos consagrados a favor de las partes por lo dicho es que se toma en relevancia el estudio y el establecimiento de las medidas cautelares como una institución sistemática y sobre todo que vuelva eficaz el derecho reclamado, ayuda al Estado hacer prevalecer su función como administración de justicia y de manera inmediata del proceso.²⁵³

4.3.1 Concepto y Definición de Medidas Cautelares.

La palabra “Medida” en la acepción que interesa al presente estudio, significa: prevención, disposición, la palabra prevención también atiende al conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo, en el ámbito jurídico son entendidas como disposiciones que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

Dicho lo anterior puede notarse que no es suficiente como para tener una idea clara de ello, por ello se hace necesario el pensar en una definición que se apegue a su realidad actual, sobre todo para su mejor entendimiento.

²⁵³ LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2005. Amparo: Referencia 497-2004 del día seis de abril de dos mil cinco.

Para coincidir con lo anterior debemos tomar elementos definidores de esta institución, así como el auxilio de definiciones dadas con anterioridad a manera de ilustrar el pensamiento de los diferentes autores en sus diversas definiciones dadas por la doctrina del derecho cautelar, refiriéndonos a conceptos. Por lo tanto el simple significado de lo que es dicha institución no es suficiente para comprender en si que son las medidas cautelares para ello veremos algunos conceptos que a continuación se presentan.

Según EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDEZ, nos establece que para conceptuar una medida cautelar como tal, debe contener según su experiencia y conocimiento, el carácter conservativo de la medida, la medida cautelar debe estar pre ordenada en la ley; De estos elementos dados por el procesalista español, a nuestro entender y para la definición de este concepto.²⁵⁴

Uno de ellos es el carácter asegurativo de las medidas cautelares esto tiene que ver con el resguardo de hecho o de derecho, desembocando en lo que la doctrina define como medidas conservativas; pero también puede en determinados casos puede prevenir la continuidad o agravamiento del daño o buscando un adelantamiento provisorio de la decisión de merito.

En cuanto al pre ordenación de la medida cautelar a un proceso pendiente, tiene que ver en gran medida a la característica instrumental de la

²⁵⁴ **GUTIÉRREZ DE CABIEDEZ, E.** *Estudios de Derecho Procesal*. Ediciones Universidad de Navarra. España 1974. pp. 388-392. “*el autor se basa en que para poder conceptualizar lo que son las medidas cautelares debe tomarse en cuenta el carácter conservativo; es decir si la medida cautelar se ha implementado durante determinado tiempo y si se ha aplicado bajo las mismas circunstancias en los diferentes casos; esto significa que las medidas cautelares además de contener un carácter conservador debe estar prevista en la ley según el procesalista español*”.

medida cautelar en la razón de ser que si no existe proceso no debe por que existir medida cautelar.

*PIERO CALAMANDREI*²⁵⁵. Dice que “*las medidas cautelares constituyen la anticipación provisoria de ciertos efectos de la decisión decisiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma*”

Esto viene a significar que las medidas cautelares vienen hacer las que puede adoptar el juez para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer en un proceso actual o futuro, en lo esencial viene a constituir un elemento importante en la actualidad puesto que para que puedan solicitarse las medidas cautelares deben de cumplir con determinados presupuestos en cuanto al proceso en los cuales encontramos los siguientes:

Los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, encontramos en reiterada jurisprudencia, la probable existencia de un derecho amenazado, *-Fumus Bonis Iuris-*, y el desarrollo que ocasionaría la continuación del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia *-Periculum in Mora-*, por ello solamente procede la adopción de la respectiva medida cautelar en un determinado proceso cuando concurren determinados presupuestos situación que en el proceso se traduce en el planteamiento por parte del demandante ya que estos presupuestos tienen que hacerse evidentes al momento de proceder a adoptar una medida cautelar todo se hace con la prevención de que los efectos que dan origen por medio del acto administrativo o actuaciones por parte de la

²⁵⁵ **CALAMANDREI, Piero.** *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.* Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliografía Argentina. 1945. p. 44.

administración cesen los efectos posibles de ejecutar sea la sentencia estimatoria o desestimatoria.

4.3.2 Características de las Medidas Cautelares.

- i. *Instrumentalidad*: es una de las principales características de las medidas cautelares, esto implica que estas no son autónomas, es decir, ellas están subordinadas a un proceso principal el cual radica en el objeto que está en litigio dentro del proceso, lo que se busca al decretar una o más medidas cautelares es la efectividad de la sentencia estimatoria que en su determinado momento se dicte por la autoridad judicial. Esta característica es por la necesidad de que no se produzca un daño se agrave por durante la espera en el tiempo en que se dicte la sentencia definitiva.²⁵⁶

En este orden de ideas Piero Calamandrei,²⁵⁷ determina que el fin inmediato al decretar una medida cautelar es asegurar la eficacia de la sentencia definitiva estimativa con la cual se pretende el buen funcionamiento de la justicia.

- ii. *Provisionalidad*: esta característica va destinada a su existencia que tiene relación con las circunstancias que determinaron solicitarlas, de igual forma una vez dictada la medida cautelar en que cesare el daño se podrá requerir su levantamiento. Constituyéndose así como una garantía jurisdiccional encaminada a asegurar el resultado del proceso principal. La providencia que dicta una medida cautelar tiene efectos

²⁵⁶ **MATURANA MIQUEL, C.** *Las Medidas Cautelares*, Marzo 2010. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Editorial Universitaria. p. 14

²⁵⁷ Calamandrei Piero. *Ibíd.* p. 62.

provisionales. La provisionalidad corresponde a un interés específico que justifique al momento de presentar cualquier medida cautelar de la existencia de un peligro de daño jurídico, es decir que la medida cautelar tendrá que ser previsoras para evitar inconvenientes en el transcurso del proceso. El carácter provisional conlleva a decir que están destinadas a mantenerse mientras se mantenga la situación que la originó y originaron en su caso.

- iii. *Temporalidad*: esta característica es el reflejo de la instrumentalidad que poseen las medidas cautelares a pesar de producir efectos desde el momento en que se conceden, tienen una duración en el tiempo que depende del proceso principal, es decir que las medidas o la medida cautelar se mantendrá mientras el proceso principal así lo requiera o lo mantenga, es decir que toda medida cautelar adoptada en el litigio tienen una duración temporal limitada puesto que son medidas que surgen con la misma finalidad de extinguirse, es decir que una vez desaparezcan los motivos que sirvieron de fundamento para su adopción y ejecución, procede el levantamiento o extinción de la misma²⁵⁸

De lo anterior puede deducirse que la medida cautelar es siempre parte de un proceso principal y que esta se podrá ver afectada si dicho proceso principal sufre alguna alteración sustancial en el mismo, es decir que las medidas cautelares además de ser provisionales, de tener como límite máximo de vigencia la duración del proceso principal, puesto que las mismas se dan dentro del mismo y no como una etapa del proceso en sí.

²⁵⁸ CLARIA OLMEDO, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial, Buenos Aires, 1963, Tomo V, p. 219.

- iv. *Urgencia*: Consiste en la necesidad de inmediatez de la medida que condiciona su aplicación, esa urgencia puede justificar la adopción de una medida. La urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga una situación de hecho.²⁵⁹

- v. *Flexibilidad*: supone que las medidas cautelares en la forma que produzcan una variación de los presupuestos o circunstancias que dieron motivo alguno, la variabilidad permite que se puedan modificar, sustituir, ampliar o levantar, en la medida que cambien las circunstancias que prevalecieron al momento de su adopción. Existe la posibilidad de llegar a desaparecer con o sin anterioridad por decisión del juez, sin importar el tiempo de producirse una sentencia definitiva que pone fin al proceso, la cual, si es desestimada, extingue la medida y si es estimatoria hace que el tiempo de la medida cautelar y si es estimatoria hace que el tiempo de la medida cautelar pase a ser propio de la ejecución.

- vi. *Sumariedad*: esta característica consiste en la agilidad con que debe sustanciarse la adopción y ejecución de las medidas cautelares, el conocimiento de los hechos a la hora de interponer la medida cautelar, tiene su razón de ser en la celeridad y urgencia que puede representar el peligro en la demora, dado que de entrar en un sueño profundo sobre la verdadera existencia del derecho alegado, se entraría a fallar el fondo del asunto sin ser requerida la declaración de una protección cautelar dentro del proceso.

²⁵⁹ **VECINA CIFUENTES, J.** *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Colex, 1993, p. 43.

- vii. *Judiciales*: por ultimo y en relación al órgano debe disponerlas, se enmarcan dentro del órgano jurisdiccional puesto que hace referencia, ya que solo son presentadas por las partes y decretados por un juez natural; en nuestro caso la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Conforme a esto las medidas cautelares en materia administrativa son dictadas por la SCA, como único tribunal con competencia contenciosa y jurisdicción en la materia. Este carácter resulta esencial desde todo punto de vista, ya que solo son decretadas por el juez natural y legalmente establecida su función, corresponde entonces al juez establecer las condiciones en las que el solicitante ha de proteger su derecho invocado como también el mismo puede levantar o modificar las medidas cautelares decretadas.²⁶⁰

La Sala de lo Constitucional²⁶¹ ha establecido en su jurisprudencia características particulares de las medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad y el proceso contencioso administrativo considerando dichas características de la siguiente manera:

1. *Tienen carácter instrumental*; es decir, que están pre ordenadas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad. Más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que, a su vez, actúa el derecho; en ese sentido, tal como lo señala Fairén Guillén, "el proceso cautelar más que hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz

²⁶⁰ **GIMENO, Sendra.** *Las Medidas Cautelares en Materia Comercial.* Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Publicaciones Universal. pp. 500-501.

²⁶¹ Sentencia Interlocutoria del 4-VI-99, Amparo 337-99, considerando III, Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

funcionamiento de la justicia. Es un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso.

2. *Son provisionales*, o sea, sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia o resolución sobre el fondo del asunto.
3. *Son urgentes*, pues no basta para su pronunciamiento, la idea de peligro, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad.
4. *son susceptibles de alteración, son variables y aun revocables*, siempre de acuerdo al principio "rebus sic stantibus"; esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó (aumento o disminución del "periculum in mora", desaparición del mismo; disminución del "fumus boni iuris"), o tal como lo señala el profesor Fairén Guillén, "de como se manifieste el principio rebus sic stantibus, depende el que, denegada una medida cautelar, ello no pueda evitar que se inste y conceda (esta vez sí) en torno al mismo asunto, siempre que el estado de los hechos se hubiese modificado.
5. *Se extinguen a término o plazo*, es decir, que sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal.

Las resoluciones cautelares no surten efectos de cosa juzgada; su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial

provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada.²⁶²

4.3.3 Clases de Medidas Cautelares.

Atendiendo al ámbito de clasificación existen diversos criterios de clasificación en la presente investigación, haremos mención de algunos de ellos nos referiremos principalmente al criterio que mejor se adecua al ámbito administrativo.

Atendiendo uno de los criterios de clasificación encontramos una que corresponde a clasificarlas como reales y personales, ya sea que estas recaigan sobre una cosa, una persona o sobre un derecho inherente a la misma clasificación que corresponde a la tradicional concepción civilista.

Existe otra clasificación correspondiente, a las llamadas Nominadas e Innominadas, las medidas cautelares nominadas, son aquellas que el legislador ha establecido y nombrado previamente en la ley, y que el juez, al momento de adoptar la decisión de la medida cautelar; se remite al texto legislativo y aplica la medida legalmente establecida; La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en adelante LJCA; contempla en su artículo 16 lo correspondiente a la suspensión del acto impugnado como única medida cautelar. La que atiende a la clasificación de las medidas cautelares de carácter nominadas, Las Innominadas no han sido previstas por el legislador por ejemplo el caso en que la SCA decreta una medida cautelar positiva o innovativa en la que aun no existiendo nominada

²⁶² Sentencia Interlocutoria del 4-VI-99, Amparo 337-99, considerando III, Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

en la ley, ha previsto la necesidad de dictar la medida, atendiendo a una de sus características como lo es la de la sumariada de la medida debido a que existen derechos que pueden ser vulnerados al no decretarlas.

4.4 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO.

En capítulos anteriores se ha hablado ya sobre el derecho administrativo, el proceso contencioso en cuanto a sus antecedentes, definiciones y regulaciones de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo ahora toca hablar específicamente de las medidas cautelares en nuestro país.

La existencia de la medida cautelar es el cumplimiento de la tutela judicial efectiva que para el caso es el derecho del demandante de acceder a los órganos jurisdiccionales, a tener la oportunidad de presentar su reclamo, a alegar su defensa y proponer pruebas y obtener resoluciones motivadas

La LJCA regula como única medida cautelar a la “Suspensión del acto administrativo impugnado” que se aplica como garantía, que protege los derechos del ciudadano mientras se resuelve el conflicto, pero como se desarrollara posteriormente según jurisprudencia emanada de la SCA, el acto impugnado puede ser suspendido siempre y cuando produzca efectos positivos, es decir que generen una modificación sobre la esfera jurídica del administrado, extinguiendo o generando un derecho²⁶³. Los efectos de la medida cautelar tiene como función en nuestro país, evitar daños o perjuicios

²⁶³ Art. 16 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con Jurisprudencia.

al ciudadano mientras dura el proceso contencioso. Lo anterior no quiere decir que sea automático o antojadizo sino que debe de existir una valoración de sus prepuestos o requisitos para su existencia.

La suspensión del acto administrativo impugnado responde a la necesidad actual de alejar el temor o el peligro a un daño, manteniendo el estado o situación que tienen las personas, cosas o derechos en que se solicita la medida: en el que no se puede decidir si el derecho en conflicto existe y por ello el sujeto activo lo defiende ante el sujeto pasivo, todo ello recogido en la sentencia definitiva.

MANUEL OSORIO en su diccionario de ciencias jurídicas política y sociales expone definiciones de Medida y Medidas Cautelares, la primera expresa que *“es la resolución adoptada para remediar un mal o daño”*; mientras que en la segunda la definición manifiesta que medida cautelar *“es cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso a instancia de parte o de oficio, tendientes a hacer efectiva la resolución”*²⁶⁴.

El Consejo General del Poder Judicial²⁶⁵ cita a *M. A. FERNÁNDEZ*, la cual manifiesta que las medidas cautelares son aquellos medios o instituciones que directa o inmediatamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la existencia de un proceso.

La medida cautelar forma parte de una de las características del proceso contencioso administrativo que como ya se dijo en nuestro

²⁶⁴ **OSORIO, Manuel.** *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.* Edit. Heliasta. 26ª edición actualizada. 1999. p. 613.

²⁶⁵ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen.** *Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid 1992. p 398.

ordenamiento es la suspensión del acto, en este caso deber repararse en que la jurisdicción contencioso administrativa se perfila como el mecanismo garante del sometimiento pleno de las actividades de la administración pública a la legalidad.

La suspensión del acto administrativo impugnado la recoge nuestra ley LJCA en el Artículo 16, ésta garantía está condicionada por tres requisitos para su aplicación, los cuales se desarrollaran a profundidad en apartados posteriores:

Que sea un acto capaz de producir efectos positivos: Son actos que producen efectos positivos aquellos que mediante sus efectos son capaces de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente antes de su emisión. Precisamente, es la consolidación de esa nueva situación, que altera un statu quo determinado, lo que se pretende evitar mediante la suspensión de los efectos del acto prevista por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La previsibilidad de daños y perjuicios o de difícil reparación por la sentencia definitiva: Que no se trata de daños y perjuicios de cualquier naturaleza, sino de aquellos que dados su contenido permitan concluir, dentro de un juicio de razonabilidad efectuado por el Tribunal, que no podrían ser reparados por la sentencia definitiva. Según el Art. 17 de la LJCA regula que este requisito debe ser destacado su acreditación y a la vez es una carga que le corresponde al peticionario probar el daño o perjuicio y su difícil reparación por la sentencia como ya se mencionó²⁶⁶.

²⁶⁶ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – Versión con Jurisprudencia. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia. San Salvador. Noviembre 2006.

Que la adopción de la suspensión no produzca perturbación a los intereses públicos o sociales: En este punto debe añadirse que la valoración sobre los intereses públicos o sociales, en tanto elemento que decide la suspensión, no puede ser unidireccional, sino también, para indagar si son razones de interés público o social las que demandan la suspensión de la ejecución de los actos impugnados²⁶⁷.

4.4.1 Doctrinas del “FOMUS BONI IURIS” y del “PERRICULUM IN MORA” como criterios para la adopción de las Medidas Cautelares.

En razón de las características de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo, el mismo debe ejecutarse inmediatamente. Esta regla general de ejecución del acto administrativo puede ser modificada en razón de que la ejecución sea suspendida a través de mecanismos procesales dirigidos a proteger el derecho de tutela judicial del administrado, evitando que se cause un daño o perjuicio, estos mecanismos son los que llamamos medidas cautelares²⁶⁸.

Las medidas cautelares están pre ordenadas para evitar los efectos perniciosos que puedan producir los proceso judiciales, su casi inevitable lentitud. Sirven para que el juez en cada caso concreto utilice los medios que considere necesarios, para que el objeto de la pretensión sea factible.²⁶⁹

²⁶⁷ Resolución Interlocutoria del 22-VI-2005, Referencia 88-T-2003. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

²⁶⁸ **ROJAS FRANCO, José Enrique.** *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial.* Edit. Mundo Gráfico. 1ª Ed. San José, Costa Rica. Año 1999. p. 88

²⁶⁹ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen.** *Los criterios de adopción de las Medidas Cautelares en la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1999. p. 134.

El Fomus bonis iuris y el periculum in mora son las condiciones que han de darse para que proceda la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Estos presupuestos son independientes respecto de la concesión de un pedido cautelar.

A) FOMUS BONIS IURIS ó APARIENCIA DE BUEN DERECHO:

Este es un presupuesto procesal que consiste en que exista verosimilitud entre el derecho pretendido. Este principio general de derecho significa Buena Fe o la seriedad de los hechos, el derecho y la pretensión deducidas en el proceso principal, es decir, se debe comprobar los motivos Factivo-Jurídicos en que descansa la pretensión.

Se advierte, por otro lado, que tratándose de medidas cautelares contra actos de la administración pública, como ésta goza del principio de presunción de legalidad de sus actos, la verosimilitud del derecho invocado debe comprender la acreditación de las arbitrariedades o irregularidades del mismo

Es motivar, razonar, e indicar cuales son los argumentos fundamentales para solicitar la suspensión del acto.

GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que el Fumus boni iuris es "un presupuesto esencial en el ámbito del proceso administrativo de la tutela cautelar...", para él constituye "el concepto central de la institución cautelar", fundamentándose en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad,

partiendo de la verosimilitud, no de la certeza, es decir de buen fundamento de la pretensión principal.²⁷⁰

Se fundamenta en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad, se parte de la verosimilitud, no de la certeza, de buen fundamento de la pretensión principal.²⁷¹

Los aspectos de admisibilidad de la demanda, tanto formales como de fondo muestran que existe la probabilidad de que la demanda sea acogida. La apreciación del *fumus* debe tener en consideración la posición asumida por las partes, para lo que es menester conocer sus pretensiones, y el expediente administrativo.

Sobre el *Fumus boni iuris* señala el autor **VICENÇ AGUADO** que “*el otorgamiento de la medida cautelar supone una lesión en la esfera jurídica de la parte demandada por lo que se requiere “una justificación que legitime la lesión producida por la medida cautelar” . Esta justificación encuentra su razón de ser en el presupuesto del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho*”²⁷²

B) PERICULUM IN MORA o PELIGRO EN LA DEMORA:

Supone la existencia de un peligro inminente de que se cause daño de imposible o muy difícil reparación. Lo de imposible o difícil reparación del

²⁷⁰ Citado por **JINESTA LOBO, Ernesto**, en *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*. Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. p. 138.

²⁷¹ **ROJAS Franco, José Enrique**. *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial*. Op. Cit. p. 91.

²⁷² **AGUADO, Vicenc**. *La reciente Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo*. Vol. II. 1993. p. 1699

daño es sinónimo de irreversibilidad,²⁷³ es decir, lo que hace el daño es que no se pueda restituir el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad.

El Acto Administrativo debe ejecutarse inmediatamente, sin embargo esta razón puede ser modificada a través de mecanismos procesales dirigidos a proteger el derecho de tutela judicial del administrado, evitando que se cause un daño o juicio. La suspensión de los efectos del acto administrativo, está dirigida a poner fin, o bien evitar los daños y perjuicio de difícil o imposible reparación que con la medida administrativa pueden ocasionarle al afectado.

El Doctor *EDUARDO ORTÍZ* indica que los motivos que constituyen el Periculum in mora “consisten en la actualidad o en la inminencia de un daño que sea simultáneamente grave (por la jerarquía del bien lesionado) e irreversible (por irreparable o difícil de reparar)”²⁷⁴

El autor *JINESTA LOBO*, define el Periculum in mora así: “el *periculum in mora*, consiste en el temor fundado que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal. El perjuicio o peligro que la tutela cautelar neutraliza es el derivado de la mora del proceso de cognición plena (tiempo fisiológico y patológico), o en el dictado de la sentencia principal para el actor que tiene probablemente la razón”.²⁷⁵

²⁷³ *Ibíd.* p. 1700.

²⁷⁴ **ORTIZ, Eduardo.** *Justicia Administrativa Costarricense.* Ed. Lil. 1º de 1990, San José. p. 273.

²⁷⁵ **JINESTA Lobo, Ernesto.** *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo.* Op. Cit. pp. 127-128.

La lentitud de los proceso puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión, carezca de sentido, he ahí la importancia de las medidas, pues estas aseguran los efectos de la sentencia. Esa es la importancia de la instrumentalidad y carácter accesorio de las medidas respecto de otro proceso al que se atribuye el carácter principal.

4.4.2 EI PERICULUM IN DAMNI, Presupuesto no nombrado, pero Implícito.

Con este apartado se quiere llamar la atención de la existencia en la jurisprudencia de la SCA de un presupuesto cuyo “*nomen iuris*” (nombre de la ley) no es transferido. Especialmente al “*periculum in damni*”, que parte de la doctrina procesal insiste en diferenciarlo del “*periculum in mora*”. La distinción básica es que el *periculum in mora* mira a la relación jurídica procesal para evitar la frustración del objeto procesal y el “*periculum in damni*” mira a la situación del demandante.

Lo que se busca con esta diferenciación entre estos dos términos es encontrar un plus valor para la expedición de una tutela cautelar efectiva, pues siendo que esta incide de una forma notable en la esfera de libertad del destinatario, es lógico suponer que se ocupe algo más que el *periculum in mora*²⁷⁶. La SCA distingue nítidamente este presupuesto procesal y lo

²⁷⁶ El doctor Peyrano realza la existencia de este presupuesto procesal que se le endosa a la medida innovativa de la siguiente manera: “*es que no repara que mientras el periculum in mora observa la relación procesal, su connatural insuficiencia para formar prontamente cosa juzgada y así pasar al tramite de la ejecución y la consiguiente necesidad de conjurar la posible insolvencia del demandado, el periculum in damni implica algo distinto, porque involucra una mirada para comprobar si existe alguna situación colateral en la relación litigiosa que viene a aquejar al actor a punto tal que se encuentre justificado otorgar al instante parte de la pretensión de merito por que en caso contrario el proceso no sería “efectivo”*”. PEYRANO, Jorge, W, *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, en medida Innovativa*, Rubinzal-Culzoni, (dir. Peyrano, coord. Bacarat) Santa Fe, 2003, p.33

diferencia incluso del peligro de la demora por la sentencia, único presupuesto este último que de forma expresa regula su ley procesal

Así el Auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete estableció la doctrina del *periculum in damni* de la siguiente forma:

*2º) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. **Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto;** y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia. Como se ha expuesto, el daño –como parámetro de procedencia de la medida cautelar- está íntimamente vinculado con los efectos del acto sobre la esfera jurídica del destinatario, en relación con la duración del proceso²⁷⁷.*

En esta parte del Auto es posible evidenciar en la primera parte el “*periculum in damni*” propio de la tutela anticipada y la medida innovativa; y en la segunda parte el tradicional *periculum in mora*, propio de la tutela cautelar. Se ha de insistir que aún y cuando no aparezca la denominación completa a este presupuesto procesal, no por ello se puede dejar de advertir su existencia.

4.4.3 Formas de Admisión de la solicitud de Suspensión en el Proceso Contencioso Administrativo.

Del análisis realizado al art. 16 de la LJCA, el inciso primero del mismo, establece que la suspensión podrá ser decretada en el mismo auto

²⁷⁷ Auto de fecha 09-II-2007, Proceso con Ref. 301-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

de admisión. Es decir, que el examen de los presupuestos antes mencionados debe efectuarse a partir de la naturaleza del acto impugnado y de los preceptos de la demanda.²⁷⁸

Lo establecido en el inciso primero del art. 16 de la LJCA, no tiene carácter preceptivo, es decir, que el otorgar o denegar la suspensión por regla general se realiza en el momento de admitir la demanda, sin embargo existe la posibilidad de que se pueda aplazar el resolver sobre la suspensión, esto es cuando, la SCA estime que no se han obtenido los elementos suficientes para determinar el daño irreparable o de difícil reparación que la ejecución del acto podría producir, o en su caso, el perjuicio que el otorgamiento de la suspensión podría provocar a un evidente interés social, en ese caso la resolución sobre la medida cautelar podrá ser diferida a efecto de obtener los elementos de juicio necesarios, al respecto la Sala podrá requerir la intervención de cualquiera de las partes para que se pronuncie sobre alguno de los extremos que determinaran la procedencia ó no de la suspensión.²⁷⁹

Una vez calificada la procedencia de la medida cautelar, la sala procede a notificar la misma a las partes interesadas. En virtud de que el acto de comunicación de la notificación, constituye una de las formalidades intrínsecas al proceso, ya que es a través de los actos de comunicación realizados en legal forma que tienen conocimiento los sujetos procesales de las decisiones judiciales, y produce efectos desde el momento de su notificación.

²⁷⁸ Resolución Interlocutoria del 20-II-2002. Referencia 46-T-2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

²⁷⁹ Resolución Interlocutoria del 31-VIII-2005. Referencia 116-2005. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

4.5 LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO ÚNICA MEDIDA CAUTELAR RECONOCIDA EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En la legislación contenciosa administrativo salvadoreña no existe una regulación exhaustiva sobre las medidas que pueden adoptarse para asegurar la efectividad de la sentencia que ha de recaer en el juicio contencioso, así como no existen hasta el momento disposiciones claras y suficientes sobre los presupuestos para su procedencia, ni las modalidades que las mismas pueden adoptar.

Pero ha sido a través de jurisprudencia emanada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, que se han ido perfilando los requisitos y alcances de las medidas cautelares.

Sin embargo la LJCA, no emplea el término “Medidas Cautelares”, solamente hace referencia a “la suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado” de conformidad al artículo 16 de dicho cuerpo normativo.²⁸⁰

La LJCA establece ciertos presupuestos para la adopción de la Suspensión de los Efectos del acto impugnado, los que se desarrollan a continuación, así como una muestra del desarrollo de los mismos en la jurisprudencia de la SCA.

4.5.1 Función de la Tutela Cautelar

La función de la tutela cautelar consiste en evitar que posibles daños y perjuicios derivados de la duración del proceso, ó de la ejecución del acto

²⁸⁰ **AYALA, José María**, y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. Op. Cit. p. 266

reclamado en el prolongado proceso, puedan convertirse en realidad, de modo que hagan perder la efectividad de la sentencia definitiva.

Es por ello que las medidas cautelares como es sabido, constituyen una cuestión fundamental en el proceso contencioso administrativo, por cuanto sirven para hacer práctica y efectiva la defensa de los derechos e interés legítimos a la que el proceso debe servir. *“En la práctica debido a la inevitable lentitud del proceso, solo mediante una medida cautelar puede en muchos casos garantizarse el derecho a la defensa de los administrados, o el respeto a la legalidad que la justicia administrativa debe perseguir”*.²⁸¹

Son las medidas cautelares aquellas que el Juez puede adoptar para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer en un proceso, en razón de ello la tutela cautelar constituye un componente esencialísimo del proceso contencioso administrativos y las singularidades que representa frente al régimen común son considerables como ya se acoto previamente. La razón principal por la cual se le otorga una especial importancia a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, *es derivada del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos*, que pueden determinar su llevada a término antes de que recaiga la correspondiente resolución judicial sobre el fondo, frustrando eventualmente la finalidad legítima perseguida por el demandante.²⁸²

Al respecto la SC afirma: *“Las medidas cautelares –cual es el caso de la suspensión ordenada en el desarrollo del procedimiento sancionatorio– parten de una base común, cual es, la probable existencia de un derecho*

²⁸¹ *Ibíd.* p. 403.

²⁸² **GAMERO CASADO, Eduardo.** *Derecho Administrativo.* Op. Cit. p. 95

*amenazado –fumus boni iuris- y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento- periculum in mora-*²⁸³

Citando a *CARNELUTTI* –la razón de la existencia de la función cautelar radica en que no sirve “para procurar a uno de los litigantes una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución; al contrario, evita que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes”; se trata pues, del factor duración del tiempo y del hecho, en relación con las mutaciones de una situación-²⁸⁴

4.5.2 Valoración de los Presupuestos Procesales de la Suspensión del Acto Impugnado.

Los presupuestos procesales de la Medida Cautelar que regula la LJCA, se encuentran regulados a partir del art. 16 al 18 de la misma, y dichos presupuestos son tres:²⁸⁵ **a)** que el acto impugnado sea capaz de producir efectos positivos, **b)** que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia, y **c)** que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social, o pudiere ocasionar un peligro al orden público.

Sin embargo se puede definir como una característica propia de los mismos, que dichos presupuestos no son determinados por la LJCA, sino más bien ha sido la jurisprudencia de la SCA, apoyada en el trabajo de los doctrinarios, la que ha llenado esas omisiones del legislador salvadoreño.

²⁸³ Sentencia Definitiva de 09-II-1999. Ref. Amp. 337-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

²⁸⁴ *Ibidem.* (Amp. 337-97).

²⁸⁵ Resolución Interlocutoria del 15-I-2002. Referencia 67-E-2002. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

4.5.2.1 Acto capaz de producir efectos positivos

El artículo 16 de la LJCA establece que al admitir la demanda la Sala podrá en el mismo auto resolver sobre la suspensión provisional del acto administrativo que se impugna.

La suspensión solo procede respecto de actos administrativos que produzcan, o puedan producir, efectos positivos.

La SCA ha resuelto que de conformidad a la LJCA únicamente se pueden suspender los actos administrativos *que produzcan o puedan producir efectos positivos*, es decir, que los efectos positivos son todos aquellos necesarios para la ejecución del acto administrativo impugnado, cambiando la situación del particular, existente hasta antes de haberse dictado dicho acto, ya que genera una modificación en el ámbito jurídico del administrado, ya sea: extinguiendo o generando un derecho, extinguiendo o generando una situación jurídica favorable o desfavorable.²⁸⁶

Aunado a esto, es de mencionar que la SCA por otra parte ha interpretado que únicamente procede la suspensión en los casos en que dichos efectos positivos todavía no se hubiesen producido, es decir, que cuando los efectos del acto adversado se hubieren agotado, ya no es posible decretarse la suspensión, debido a que dicha suspensión ya no tendría razón de ser.²⁸⁷

²⁸⁶ Resolución interlocutoria del 25-VIII-2004. Ref. 184-S-2004. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

²⁸⁷ Sentencia Definitiva del 29-IX-1998. Ref. 81-R-96. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

En ese sentido, los casos más concretos en los que la SCA ha resuelto de esta forma, es en los casos de despidos de servidores públicos, ya que estima que en los casos en que exista otra persona nombrada en la plaza que correspondía al despido, resulta improcedente ordenar a la Administración que permita que el demandante continúe desempeñando las funciones propias del cargo que ocupaba, mientras recaiga sentencia definitiva, es decir que la Sala toma como referencia para decretar la suspensión, la naturaleza del acto impugnado, y éste caso propiamente dicho es de aquellos cuyos efectos se agotan al momento de su emisión.²⁸⁸

Con lo anterior la SCA ha determinado que en cuanto a efectos positivos se refiere, exige que los efectos del acto impugnado no se hayan consumado y la imposibilidad de ordenar medidas positivas.²⁸⁹

Sumado a esto, se establece otro criterio que distinguir, en cuanto a efectos positivos se refiere el art. 16 de la LJCA, es lo mismo, actos negativos de la administración pública, ó lo positivo es en relación hacia los efectos al ciudadano, lo negativo, va referido a la inactividad de la administración pública, por lo que se logra definir que la suspensión del acto no es procedentes en las omisiones del poder público. Este punto tampoco lo ha definido el legislador pero la doctrina y la jurisprudencia lo han hecho:

“Por aplicación del principio fundamental del derecho administrativo francés, de conformidad con el cual el juez administrativo no tiene competencia para dirigir ordenes a la administración pública, el Consejo de Estado había resuelto históricamente que no procede decretar (suspensión

²⁸⁸ *Ibidem.* (Juicio Nº 81-R-96)

²⁸⁹ Resolución interlocutoria del 02-XII-1997. Ref. 37-F-97. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

*de la ejecución del acto impugnado) contra las decisiones de contenido negativo de refus o de reset—es decir, aquellas decisiones mediante las cuales la Administración, expresa o implícitamente, niega el dictado de un acto favorable al peticionante—, pues ello obligaría, en los hechos, a desarrollar una acción administrativa”.*²⁹⁰

Mientras que la SCA, ha manifestado en jurisprudencia, que el acto administrativo que produce efecto positivo y por tanto se puede suspender, son aquellos que: “...*mediante sus efectos son capaces de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente antes de su emisión. Precisamente, es la consolidación de esa nueva situación, que altera un statu quo determinado, lo que se pretende evitar mediante la suspensión de los efectos del acto prevista por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*”.²⁹¹

De lo anterior se denota que lo más importa de este párrafo son los verbos *crear, modificar y dejar sin efectos*; el primero no tiene mayor complicación a la hora de su interpretación pues es fácil advertir cuando una situación *de hecho o derecho* innova la esfera jurídica del demandante. Pero cuando hablamos de modificación o dejar sin efecto, lo que modifica o deja sin efectos la actividad de la administración es una relación jurídica preexistente de carácter administrativo; es esa relación jurídica que existe antes de plantear la demanda administrativa. Es obvio a este punto decir que la jurisprudencia de la SCA habla de una actividad administrativa que deja sin efectos una relación jurídica administrativa, hace referencia a una *especie de modificación de la esfera jurídica del ciudadano*.

²⁹⁰ **PADRÓS RAMIRO, Simón**, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Lexis Neris, Buenos Aires, Argentina, 2004. p. 316

²⁹¹ Resolución Interlocutoria de 08-I-2007. Ref. 223-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto en base a todo lo relacionado con anterioridad, se determina que con este primer presupuesto, la LJCA, expresamente niega la tutela cautelar típica en aquellos supuestos en que el acto administrativo no causa una modificación en la esfera jurídica del ciudadano, es decir, *un acto negativo*, en estricto “*sensu*” e incluso en aquellos casos *en que ya se ha ejecutado por completo el efecto positivo* de la actividad de la administración; no teniendo efectos retroactivos.

Sin embargo, lo que esta definición no nos dice pero que esta contenida en ella y la doctrina y la jurisprudencia comparada lo han ratificado, es que existen en el ámbito administrativo *actos negativos puros* y *actos negativos en apariencia*,²⁹² lo que el Derecho Italiano llama actos negativos con efectos positivos²⁹³

El criterio para poder distinguir uno acto negativo puro de *actos negativos con efectos positivos* es el de observar si el acto administrativo impugnado causa una modificación en la esfera jurídica del ciudadano de

²⁹² Citada por **PADRÓS RAMIRO, Simón**, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Op. Cit. p. 322 nota 1420. La doctrinaria CHINCHILLA, Marín, Carmen establece que: Incluso los actos administrativos negativos poseen relevancia jurídica. Ella dice: “si por acto negativo entendemos aquel en virtud del cual, ante una petición del administrado, la administración niega, implícita o explícitamente la emanación de un acto favorable a aquel, resulta inexacto decir que los actos negativos no producen efectos jurídicos y que, por la misma razón, no son idóneos para causar daños. Lo cierto es que los actos negativos pueden causar daños tan irreparables como los actos positivos, aunque no se lesione el derecho o interés a mantener una situación jurídica dada, sino el derecho o interés a extender la propia esfera jurídica.” CHINCHILLA, Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*.

²⁹³ **PADRÓS RAMIRO, Simón**, *La tutela cautelar en la jurisdicción...* Op. Cit. Nota 1385 P. 315. El doctor Padrós sostiene que: “En Italia, la jurisprudencia de los tribunales administrativos distinguen los “actos meramente negativos” de los denominados “actos negativos con efectos positivos”, admitiendo la suspensión de la ejecución de estos últimos. Desde un principio el Consejo de Estado considero susceptible de suspensión a esta categoría de actos negativos, como los que deniegan la admisión de postulantes a exámenes universitarios, o concursos públicos, permitiendo en consecuencia la participación del interesado en las pruebas correspondientes.

forma que le impida o no, la continuación en la relación jurídica, de tal forma que el acto negativo puro será aquel que no permite incidir en la creación, de forma original de un vínculo jurídico, bajo ningún título con la administración pública.²⁹⁴

El efecto que tiene la suspensión del acto en la relación jurídica procesal es la de impedir ese cambio en la esfera de libertad del ciudadano, pero con una limitación importante que también permite diferenciar la suspensión de acto de otra medida urgente, esto es, la imposibilidad de la procedencia de la suspensión del acto cuando este ya se hubiera consumado, es decir, imposibilidad de retroactividad,²⁹⁵ debido que la retroactividad es considerada contraria a la seguridad jurídica, que es procedente y solo en casos excepcionales cuando esta es emanada de un órgano representativo de la voluntad popular, es decir el Órgano Legislativo, esta es la razón bajo la que se oculta la suspensión del acto administrativo.

Del mismo modo existe otro motivo de orden práctico, en la irretroactividad de la suspensión del acto, por que: *“No se puede suspender cautelarmente la ejecución de un acto que ya haya sido ejecutado, que ya haya producido todos sus efectos posibles. Carece de sentido, lógico y jurídico, dejar en suspenso una orden de demolición cuando ya se ha producido el derribo de la obra o suspender una licencia de construcción*

²⁹⁴ **BAIRES FLORES, Héctor Tulio.** “La Tutela Anticipada en el Derecho Administrativo Salvadoreño. Especial referencia a las medidas innovativas” Tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador, San Salvador, Enero, 2008. p. 81.

²⁹⁵ **PADROS RAMIRO, Simón,** *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa...* Op. Cit. p. 228. “En cuanto a los efectos de la suspensión del acto administrativo, ellos se producen para el futuro (ex nunc), es decir, desde la fecha de emisión del acto que ordena la medida cautelar”.

*cuando el edificio ya se ha concluido*²⁹⁶. Por ello, no es posible bajo este dogma, cumplir el presupuesto del efecto positivo que regula la LJCA, para los casos en que simple y llanamente la administración pública no ejerce ninguna modificación primigenia en la esfera jurídica del demandante o necesita ampliar su esfera jurídica, como nos recordó ya la profesora Chinchilla Marín²⁹⁷.

Juntamente, y no menos importante, es el presupuesto que contiene el principio del “Periculum in Mora”, el cual supone la existencia de un peligro inminente de que se cause un daño de imposible o muy difícil reparación, el cuál se desarrolla a continuación.

3.5.2.2 El Daño Irreparable o de difícil reparación por la sentencia

El artículo 17 de la LJCA, establece que: *Será procedente ordenar la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.*

En primer término al establecer el art. 17 “Será procedente ordenar la suspensión provisional del acto administrativo...” se puede señalar que es una potestad discrecional la que se le otorga al Tribunal, es decir, la facultad para calificar o comprobar fehacientemente que la ejecución del acto impugnado pudiere ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación.

²⁹⁶ **FERNANDEZ, Tomas Ramón** y **NIETO Alejandro**, *El Derecho y el revés*. Dialogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces, Ariel, Barcelona, 1998, p. 171.

²⁹⁷ **PADROS RAMIRO Simón**, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa...* Op. Cit. p. 229.

Para comenzar, nos referiremos al vocablo “daño” el cual ha sido definido por la Real Academia Española, en su diccionario oficial, como *el efecto de dañar, o sea, causar detrimento, menoscabo, dolor o molestia; por otro lado, el perjuicio se expresa como “la ganancia lícita que deja de obtenerse, o de méritos o gastos que se ocasionen por actos y omisión de otro, y que este debe indemnizar, además del daño o detrimento material causado por modo directo”*.²⁹⁸

Así tenemos que *“el daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, etc.)”*.²⁹⁹ De lo anterior se deduce que el daño comprende, tanto un bien jurídico meramente material como (el patrimonio de una persona individual o colectiva) como los bienes morales (el honor, la honra y la buena fama).

La reparación de daños y perjuicios procede no sólo cuando se vulneran bienes tangibles, sino que también es admisible en relación con aquellos bienes que por sí mismos no tienen una materialidad o sustancia física, como serían el honor crédito personal, la buena fama, ó bien un valor estético, histórico o científico.³⁰⁰

Fue Ihering que a finales del siglo XIX sostuvo la tesis de que el Derecho protege todo interés legítimo, negando que el derecho se reduce a la protección jurídica del ámbito de los bienes económicos y la extienden

²⁹⁸ Citado por **ROJAS FRANCO, José Enrique**. *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial*. Op. Cit. p. 84

²⁹⁹ **ENNECCERUS, Ludwig**. *Tratado de Derecho Civil*. T. II. Vol. I, Edit. Bosch, Buenos Aires. 1953. p. 61

³⁰⁰ **ROJAS FRANCO, José Enrique**. *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial*. Op. Cit. p. 84

más allá de estos, inclusive protegiendo un bien tan poco definido como “la tranquilidad”, cuando señala la necesidad de reparar no sólo el daño material causado por un hecho o acto jurídico, sino también el daño moral, lo que ha sido llamado teoría del agravio moral.³⁰¹

La acepción “daños y perjuicios” es equivalente a otras expresiones que en su fondo conceptual son idénticas; por ejemplo daños e intereses; pero en todo caso siempre se establece la obligación de indemnizar al perjudicado por parte del causante del daño junto con sus perjuicios. Fundamental es la existencia del daño resultante de la acción de un sujeto de derecho contra otro, con base en dos elementos ya preconizados por los romanos, *el damnum emergens* y *el lucrum cessan*, el primero es el perjuicio sufrido en forma efectiva y que puede ser directo o indirecto, mientras que el segundo es la ganancia o provecho de que ha sido privado por causa del incumplimiento o la lesión del sujeto activo.³⁰²

Las legislaciones europeas y la doctrina moderna en materia de Derecho de Daños, dividen la teoría general sobre los daños y perjuicios, estableciendo tres clases de posibles obligaciones “indemnizatorias”: las que no tienen por objeto sumas de dinero, las que sí lo tienen y las derivadas de hechos ilícitos.

Hecho esta aclaración doctrinaria, resulta que los daños y perjuicios que se invoquen en sustento del incidente de suspensión del acto impugnado, no sólo pueden combinar daños materiales sino también pueden referirse a bienes estéticos, ecológicos, históricos y morales (monumentos,

³⁰¹ **VON Ihering, Rudolf.** *El Fin en el Derecho*. Edit. Omega. Buenos Aires. 1953. p. 213.

³⁰² **ROJAS FRANCO, José Enrique.** *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial*. Op. Cit. p. 85

esculturas, pinturas de grandes pintores, el prestigio de un comerciante, su buen nombre o fama comercial.³⁰³

Debe de entenderse asimismo que no basta que sea una lesión a un interés superfluo, exiguo, afectivo o romántico o meras contrariedades económicas. *El daño y perjuicio tiene que ser de difícil o imposible reparación.* El legislador no ha querido definir condiciones específicas ni preceptuar un quantum, por la índole de la institución procesal cautelar. Por lo que se deberá ponderar las situaciones de hecho que se le exponen y de ahí referirse al Derecho Administrativo Sustantivo o inclusive a la Teoría General del Derecho, para resolver así con certeza y justicia la procedencia o rechazo del incidente.³⁰⁴

Es en este punto donde estriba la complejidad principal de este incidente, ya que la ley no fija las mínimas pautas a seguir por el juzgador, simplemente anuncia dichas condiciones básicas para que sea procedente o no la suspensión, esto se debe a las condiciones de hecho que pueden suscitarse en cada caso, y será la discrecionalidad del Tribunal lo que determinará cuando puede haber difícil o imposible reparación.

La SCA sostiene *“sobre este requisito que debe destacarse que su acreditación, es decir, el peligro de que la ejecución del acto pueda producir daños y perjuicios de imposible o de difícil reparación por la sentencia (art. 17 LJCA), es una carga que corresponde al peticionario de la medida y que no será suficiente la mera invocación o "previsibilidad" de unos daños y*

³⁰³ Daño moral según el Diccionario Jurídico del Dr. Juan Ramírez Gronda, es el que se infiere en la consideración, el honor, la reputación, ó en las afecciones de una persona: por ejemplo, la difamación. Se opone a daño material que es el que la persona sufre en su integridad ó en su patrimonio.

³⁰⁴ **ROJAS Franco, José Enrique.** *La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial.* Op. Cit. p. 86

*perjuicios que pudieran producirse como consecuencia de la ejecución del acto, sino que será indispensable que éstos sean de tal entidad que, razonablemente, permitan estimar que su reparación por la sentencia definitiva sería imposible o cuando menos muy difícil”.*³⁰⁵

Por lo que al referirse a daños y perjuicios no se refiere a daños y perjuicios de cualquier naturaleza, sino a aquellos que debido a su contenido permitan concluir, dentro de un juicio de razonabilidad efectuado por el tribunal competente, que no podrían ser reparados por la sentencia definitiva.

4.5.2.3 No perturbación o perjuicio del interés social o trastorno al orden público.

De conformidad con el artículo 18 de la LJCA: *“No será otorgada la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, si al concederse se siguiere perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiera ocasionar un peligro de trastorno grave al orden público”.*

Igual que en los otros presupuestos anteriormente desarrollados, se debe realizar una especial valoración al momento de evaluar los daños y perjuicios al interés público y social como fundamento para una denegatoria o revocatoria de la suspensión. Debido a que el alegar que existen daños, no debe realizarse en forma abstracta o general, sino al contrario se debe estimar en qué manera esa medida cautelar podría producir daños y perjuicios a un interés público ó social concreto.³⁰⁶

³⁰⁵ Resolución Interlocutoria de 08-I-2007. Ref. 223-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

³⁰⁶ Resolución interlocutoria del 22-VI-2005. Ref. 88-T-2004. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

En ese sentido, se debe realizar una valoración sobre los intereses públicos ó sociales, no solamente de una manera unidireccional, sino que se debe indagar y determinar si son razones de interés público ó social las que demandan la suspensión de los efectos del acto impugnado.

Este presupuesto es definitivamente el más controversial de todos, pues nos permite comprobar empíricamente la reinterpretación que la SCA ha hecho de los presupuestos procesales de la única medida cautelar que regula la LJCA. Tampoco existe una definición de lo que debe entender como no perturbación al interés social o al orden público en la LJCA. A este hecho, de por sí perturbador, se adiciona el movimiento jurisprudencial sobre la utilización o no, de este presupuesto procesal con la misma intensidad.

El interés público o social, tiene como fundamento ideológico a la persona humana y la salvaguarda de sus derechos subjetivos a través de los mecanismos procesales idóneos, a saber la tutela judicial efectiva. De tal forma que no se puede afirmar, por la mera invocación del interés público, que no es posible conceder la suspensión del acto o cualquier otra medida cautelar o incluso la tutela anticipada, por que esta en riesgo un interés público, *sin precisar que derecho fundamental esta protegiendo ese interés público.*

Es decir, sí se acredita con parámetros objetivos que la administración esta actuando en defensa de *otro derecho fundamental* que permitan hacer un juicio ponderativo entre ese interés público o social que se invoque y los concretos perjuicios que le son causados a los ciudadanos por la administración pública, que como dice el doctor *GARCÍA DE ENTERRÍA* muchas veces es ella misma la que provoca esta actividad ilícita, por lo que

no se puede aceptar que después alegue ella misma que la paralización de su actividad entraña un perjuicio a los intereses generales,³⁰⁷ recordemos que nadie puede alegar su propia torpeza procesal.

La SCA nuevamente se limita a establecer *quien tiene la carga de acreditar la afectación al interés público*, así: *“En cuanto a este último requisito, su alegación y comprobación se encuentra a cargo de la Administración, quien deberá aportar los elementos que permitan considerar que la suspensión causa un perjuicio o un peligro superior al derecho del administrado que se pretende garantizar con la adopción de la medida”*³⁰⁸

La SCA, no ha sido uniforme en la jurisprudencia emanada por la misma en cuanto a este presupuesto, pero la conceptualización más general que la SCA ha realizado sobre el interés general es el siguiente:

«La adopción de medidas cautelares en materia contencioso administrativa, no pretende exclusivamente el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia. Por su parte José M A Baño León, en su estudio de "Las Medidas Cautelares en el Recurso Contencioso Administrativo. Particular referencia al Urbanismo, Medio Ambiente y Contratación Administrativa". Ha sostenido que "El famoso y manido concepto de "interés público" o "interés general" tiene en esta materia de las medidas cautelares una significación especial (...) tanto el criterio de periculum in mora como el del fumus boni iuris, aunque necesarios, no son siempre suficientes para decidir al juez contencioso si debe o no conceder una medida cautelar. Puede incluso darse el caso de que aunque concurriendo ambos criterios,

³⁰⁷ **GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo**, *La Batalla por las medidas cautelares*. Edit. Cívitas. 3ª ed. Marzo 2004. p. 243.

³⁰⁸ Resolución Interlocutoria del 08-I-2007. Ref. 223-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

siendo manifiesta la ilegalidad cometida por la Administración y patente el peligro de que se alcance una situación de hecho irreversible, razones de interés público excepcionales pueden justificar el mantenimiento de la ejecutividad de la decisión»³⁰⁹.

De lo anterior tenemos entonces que en el Proceso Contencioso Administrativo, la suspensión del acto puede ser denegada o revocada no importando así la ilegalidad del acto administrativo impugnado, ponderándose privilegiadamente la razón de Estado que envuelve al interés público, incluso a costas del principio de legalidad. De esto analizamos entonces que esta definición toma a priori el juicio de ponderación que debe realizar a favor de una de las partes en el proceso, lo cual por si mismo involucra una violación al principio de Igualdad en la aplicación del derecho. El profesor *LUIZ GUILHERME MARINONI* sostiene que: *“en realidad el criterio para decidirse, para otorgar o no, la tutela cautelar es ponderar sí, pero no cualquier juicio ponderativo; sino que este recaerá sobre de los bienes jurídicos envueltos en el litigio conforme a su peso (fundamentales o no)”³¹⁰*

Por ello el interés público estará vinculado con la actividad a desarrollar por la administración, de tal forma que no cabe identificar ésta con interés público o social sino, *con el contenido* del derecho fundamental tutelado (salud pública, medio ambiente, educación pública, protección de los consumidores, etcétera) versus la disminución de la esfera jurídica del demandante.

³⁰⁹ Resolución Interlocutoria del 19-VIII-2005. Ref. 90-T-2004. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

³¹⁰ Citado por **RUANOA WATENBERG, Sebastián**. “Fungibilidad de las tutelas de urgencia (anticipatoria y cautelar en el proceso civil brasileño)”, Revista de Processo, número 148, año 32, junio, 2007.

La ponderación que establece la doctrina, legislación y jurisprudencia dominante es entre el interés público y el derecho subjetivo del demandante; asignado un contenido al interés público, el cual identifican como la eficacia del obrar administrativo, se dice en ese sentido que la suspensión de la actividad administrativa conlleva un grave perjuicio a la colectividad “*per se*”. Ya vimos que en la concepción de la SCA interés público se identifica con el mantenimiento de la ejecutividad del acto administrativo, el cual es la “*ratio dicendi*” para no otorgar o revocar la suspensión del acto impugnado.

Para finalizar sobre la ponderación de los distintos intereses en juego, no obstante el silencio del legislador sobre la valoración de dichos intereses, debemos tener en cuenta no solo los intereses privados de la parte demandante ó los públicos-sociales que están representados por la Administración, sino también debe de garantizarse que en esa valoración se respetaran los intereses de los terceros que puedan resultar perjudicados con la medida cautelar. Si la LJCA reconoce la posibilidad de que los terceros puedan intervenir en el proceso contencioso, lo más lógico resulta que su posición se debe considerar al decidir sobre la medida cautelar.³¹¹

4.6 APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES POR LA SALA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Al afirmar que uno de los principales problemas a los que se enfrenta el sistema contencioso administrativo, es la ineludible desactualización de la vigente LJCA con respecto a la evolución de la sociedad salvadoreña y las

³¹¹ *Ibidem* (Juicio Ref. 88-T-2004).

influencias del Derecho Comparado en materia administrativa, habiendo afirmado anteriormente que el principal obstáculo es que la actual LJCA establece y reconoce como única medida cautelar la “SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO”³¹², considerando que esto es contrario al “DERECHO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL”³¹³, ya que sin duda alguna pueden presentarse otras circunstancias que no implique la suspensión del acto, y que “se debe por lo tanto adoptar otras medidas cautelares como el reconocimiento de un derecho subjetivo provisionalmente”³¹⁴.

El Derecho Procesal Administrativo en el sistema salvadoreño tiene graves y serios obstáculos en el derecho de acceso a la jurisdicción. Y es aquí donde conviene exponer el obstáculo externo por excelencia en la justicia administrativa salvadoreña, la existencia de la *suspensión de los efectos del acto* como única medida cautelar.

Este hecho vuelve urgente la reformulación de una teoría que abarque otras formas de tutela jurisdiccional, pues lo contrario lisa y llanamente es seguir violentando la Constitución (en sus arts. 2, 11, 172 inc. 1º, que establece un modelo de control judicial, de carácter subjetivo y sobre todo efectivo.

³¹² Según jurisprudencia de la SCA, de acuerdo a la LJCA son tres los requisitos ó presupuestos que deben examinarse para resolver la procedencia de la suspensión del acto impugnado: a. Que sea un acto capaz de producir efectos positivos (Art. 16 LJCA), b. Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia (Art. 17 LJCA) y c. Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social (Art. 18 LJCA).

³¹³ Las medidas cautelares son una parte fundamental del derecho a la protección jurisdiccional o derecho a la tutela judicial efectiva, el cual es reconocido por la Constitución de 1983. Y es que mediante las medidas precautorias podemos garantizar los resultados efectivos de una eventual sentencia estimatoria. Sin ellas, no puede hablarse de una verdadera justicia.

³¹⁴ **MARINONI, Luis Guilherme.** *Antecipacao da tutela*, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2006. La moderna doctrina procesal la distingue de la “Tutela anticipada y la Tutela Cautelar”. p. 19

*La tutela debe presentarse de una manera continua y en el momento procesal oportuno*³¹⁵, en el procedimiento administrativo, por la particularidad del Derecho Administrativo ello con un solo objetivo: dar cumplimiento a los valores, normas y principios consagrados en el *bloque de legalidad*, y los fines de la administración pública en la satisfacción del bien común de una forma eficaz y eficiente.

Sin embargo se denota en nuestro sistema la flaqueza que deviene de la falta de argumentación en los Autos interlocutorios donde se han receptado esas medidas, lo que hace que ante legos, no puedan plantearse las medidas adecuadas para ejercer adecuadamente el derecho de defensa, y es muy probable que la efectividad de la sentencia o de la resolución administrativa se vea comprometida por haber desaparecido el objeto procesal.

Es de vital importancia, señalar con énfasis el problema que se advierte, la teoría cautelar ortodoxa en lo que respeta a la LJCA, no ha podido dar respuestas adecuadas a los requerimientos y exigencias que las partes en un proceso de esta naturaleza demandan, por el solo hecho de considerar como única medida cautelar³¹⁶ y exclusiva la “suspensión del acto administrativo impugnado”, sobre la base de los Artículos 16, 17 y 18 de la LJCA³¹⁷.

³¹⁵ MORELLO, Augusto, M. *La Tutela Anticipada*. Edit. Librería Editora Platense. 1996. p. 9

³¹⁶ En la LJCA, no se prescribe el término de tutela cautelar, ni medida cautelar, solamente la “Suspensión del acto”, aunque es la Jurisprudencia la que se ha referido a ella con tal denominación.-

³¹⁷ La SCA ha determinado que la LJCA impone como criterio fundamental, la procedencia de ordenar o denegar la suspensión, sobre la base de los criterios siguientes: a) Que sea un acto capaz de producir efectos positivos, es decir que mediante sus efectos sea capaz de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente a su emisión; b) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia- se entiende que puede existir daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se

Al respecto la SCA adopta una postura extremadamente restrictiva frente a la interpretación, aplicación y consecuente ampliación de las medidas cautelares, limitándose a ser un *mero aplicador del Derecho vigente*; a pesar que en muchas ocasiones los demandantes le han solicitado medidas cautelares de índole “POSITIVA O INNOVATIVA”³¹⁸ “*realizando verdaderas luchas por el reconocimiento de otras medidas cautelares*”³¹⁹ contra actos administrativos que deniegan arbitrariamente pretensiones a cuyo reconocimiento se tiene derecho, estancándose la SCA en que estas no son posible decretarlas por el hecho de no ser reconocidas expresamente³²⁰.

Lo ideal sería que estos instrumentos cautelares, reconocidos por la Constitución, leyes y tratados internacionales y sobre todo por el derecho comparado, fueran reconocidas y aplicables por la SCA, a nivel jurisprudencial, para poder dar cumplimiento al derecho que todo particular tiene de una verdadera tutela judicial efectiva.

Es por ello que se señala con tal énfasis que el sistema contencioso administrativo es un proceso de protección efectiva de los derechos

consuman los efectos de acto; y que del daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia; c) Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. Resolución Interlocutoria del 22/06/2005, Ref. 88-T-2004.

³¹⁸ Las medidas cautelares positivas o innovativas entendemos son aquellas que consisten en la emisión de un mandato judicial a la Administración, para que éste, observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos actos sino directamente una obligación de hacer.

³¹⁹ **GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo**, *La Batalla por las medidas cautelares*. Edit. Cívitas. 3ª ed. Marzo 2004. p. 258.

³²⁰ Ejemplo de batallas por el reconocimiento de otras medidas cautelares son las Sentencias de la SCA, del 30 de junio de 2006, ref. 21-2006 se le solicitó que se autorizará a una sociedad la importación de bienes mientras se tramitaba el proceso; del 30 de octubre de 2007, ref. 209-2007, se solicitaba el nombramiento interino de una plaza de profesor universitario I, en el área de matemática de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de El Salvador... batallas las cuales fueron negadas.

subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración, afirmando con ello lo que dice *GARCÍA DE ENTERRÍA*, “*el contencioso administrativo, desde la aparición de la tutela judicial efectiva como principio constitucional, es una tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas*”³²¹.

En ese sentido, la concepción subjetiva no es un simple esbozo de doctrinas y teorías de académicos agotados. Por el contrario, el concepto subjetivo del sistema contencioso administrativo advierte una tendencia a proteger a los justiciables, por lo que su aplicación en la práctica forense es vital para el sistema. Bajo una concepción subjetiva de los procesos contenciosos administrativos se asegura de manera realmente eficiente los derechos de los particulares el cual es el mandato de la Constitución.

Al tener en cuenta lo anterior, se determina que en el país predomina el viejo sistema contencioso objetivista, en donde las medidas cautelares existen, pero aplicadas en verdad para favorecer a la Administración, en el sentido de suspender preventivamente los efectos de algún acto administrativo para evitar que esta causara males mayores, no para salvaguardar los derechos de los particulares, como sería el caso de la aplicación de una medida cautelar diferente o “innovativa”.

Sin embargo, actualmente se entienden a las medidas cautelares como una forma de proteger los intereses de los individuos en el procedimiento judicial, todo ello basado en la tutela judicial efectiva. En efecto, *EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA* cita un auto de 20 de diciembre

³²¹ **ROJAS PÉREZ, Manuel.** Universidad José María Vargas. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. “El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo”. p. 54.

de 1990 de la Sala tercera del Tribunal Supremo Español (sección 5^o), que señaló que “...esa fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de todo irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración (...)”*se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*”³²².

En virtud a esta nueva concepción subjetiva del contencioso administrativo, existe la posibilidad de dictar medidas cautelares positivas, como puede ser *“la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial son apariencia de buen derecho*”³²³.

Es por tal razón que *la tutela judicial efectiva hace nacer el concepto de la tutela judicial cautelar*³²⁴, por medio de la cual, el proceso contencioso administrativo se convierte en un proceso de tutela de los derechos de los particulares, y en el caso en concreto de las medidas cautelares, las mismas deben contribuir a no lesionar la situación jurídica de los particulares. En definitiva, tal es la importancia de las medidas cautelares bajo esta nueva visión, que ha llevado a decir a uno de los grandes doctrinarios venezolanos que *“a nivel mundial, las medidas cautelares quizás han pasado a ser el capítulo más importante, el alma, el centro del universo de la nueva justicia administrativa*”³²⁵.

³²² **GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo**, *La Batalla por las medidas cautelares*. Op. Cit. p. 177.

³²³ *Ibidem.* p. 225 y ss.

³²⁴ **HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.** *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Vadell hermanos Editores, Valencia, 1997, p. 22.

³²⁵ **ORTIZ ÁLVAREZ, Luís A.** *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado N° 1, Caracas, 1999, p. 9

CAPITULO V APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

5.1 LA MEDIDA INNOVATIVA COMO NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

El tiempo de duración de los procesos muchas veces puede frustrar la Justicia en el caso concreto. Frente al “perriculum in mora” (peligro en la demora), las medidas cautelares tienen por objeto y fin amparar a quien muestra un “fomus bonis iuris” (verosimilitud de derecho) intentando conciliar la celeridad y la ponderación como virtudes esenciales de la función jurisdiccional: “ 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 de bien y 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”.³²⁶

Las medidas cautelares frente a las entidades estatales son una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el marco de las relaciones jurídico administrativas.³²⁷

La tutela jurisdiccional no será efectiva si, al pronunciarse la sentencia, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión. La

³²⁶ **CALAMANDREI, Piero.** *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* Buenos Aires. 1945. pp. 43 y 44.

³²⁷ **DEL PIAZZO, Carlos.** *Curso sobre Medidas Cautelares.* “Medidas Cautelares en el Derecho Administrativo,” F.C.U., Montevideo. 1999. p. 207.

lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión, carezca de sentido, de ahí la importancia de aplicar las medidas cautelares que aseguren los efectos de la sentencia.³²⁸

Por eso es necesario enfatizar desde el Derecho Administrativo en la importancia de la expansión en nuestro país de las medidas cautelares, tal como ocurre en el Derecho Comparado.

Para una verdadera tutela judicial efectiva se deben acoger cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en vista de la amplitud que hoy tiene el proceso contencioso administrativo en todos los ordenamientos jurídicos, la suspensión de la ejecución del acto recurrido no puede constituir la única medida cautelar posible.

Por lo que diversos sistemas en sus respectivas legislaciones como se desarrollara más adelante, introducen, en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo, correspondiendo al Juez o Tribunal determinar las que según las circunstancias fueren necesarias. Resulta así que el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista, es decir “la garantía de la efectividad de la sentencia”. Por lo que el sistema cautelar no se debe centrar única y exclusivamente en la suspensión de la ejecución del acto.

A nuestro entender, la Medida Cautelar Innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de la misma, medida que se traduce

³²⁸ **GONZALEZ PÉREZ, Jesús.** *El derecho a la Tutela jurisdiccional.* Civitas. Madrid, 2001. p. 369.

en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables, a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico.

La Medida Cautelar Innovativa estriba en la emisión de un mandato judicial a la administración para que ésta observe una conducta activa, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos, sino directamente una obligación de hacer. Esta clase de medida cautelar debe aplicarse en el proceso contencioso administrativo cuando la suspensión de los efectos del acto no sea una respuesta cautelar efectiva para la protección petitionada.

5.1.1 Finalidad de la Medida Cautelar Innovativa

Lo que se requiere con la innovativa, es que la autoridad administrativa haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente. Al petitionar una medida cautelar innovativa, el particular pretende ser colocado en la situación en la que se encontraba antes de su solicitud, es decir, que se restablezca el “estado de cosas” que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la administración.

5.1.2 Aproximación de la Medida Cautelar Innovativa

Como la tutela cautelar clásica de la suspensión de los efectos del acto se vuelve insuficiente para una efectiva tutela judicial, por no alcanzar el supuesto de denegación de derechos, se vuelve sumamente necesario la ampliación de la tutela cautelar con la adopción de medidas de carácter

positivo o innovativa,³²⁹ que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del procedimiento ordinario, lo que la administración le niega al ciudadano, que al no estar expresamente contempladas en los respectivos cuerpos normativos relativos a la materia, éstas medidas pertenecen al campo de las medidas cautelares innominadas, que los jueces y magistrados pueden dictar conforme a expresa autorización de su ley procesal de carácter general, las cuales constituyen herramientas útiles frente a la inactividad de la Administración, o en el supuesto de denegación de derechos, en el caso de que el pedido de no innovar no sirva para proteger precautoriamente el derecho en cuestión³³⁰.

Sin embargo, para autores como *GALLEGOS FEDRIANI*, las medidas cautelares positivas y las medidas cautelares innovativas se diferencian entre sí, en la medida que *“al peticionar una innovativa –o de no innovar retroactiva-, el particular pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud; es decir, que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la Administración. Por el contrario, si se persigue la obtención de una medida cautelar positiva, el administrado aspira a quedar en una situación nueva, distinta a la que gozaba antes ó después del acto que lo perjudicó”*³³¹.

³²⁹ **CASSAGNE, Ezequiel.** “Las medidas cautelares contra la Administración” en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Editorial La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007. p. 24

³³⁰ Para el caso de la legislación salvadoreña, el CPCyM establece una autorización genérica en el art. 437: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior (es decir el catálogo de medidas cautelares), podrá solicitarse la adopción de otras medidas que estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos”*. No obstante, más adelante se desarrollara las posibles soluciones que se pueden adoptar para el caso del reconocimiento y aplicación de medidas cautelares innovativas en el PCA salvadoreño.

³³¹ **GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O.** “Control judicial de la Administración. Medidas cautelares”, en *Derecho Procesal Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Buenos Aires, 2004, p. 762

En cambio, para LUQUI, opinión que comparte EZEQUIEL CASSAGNE³³², las medidas positivas son equivalentes a las medidas innovativas. Este autor entiende que *“las medidas cautelares se consideran innovativas en los casos que imponen al sujeto pasivo una conducta nueva, pero no cuando retrotraen la situación al estado en que se hallaba antes de dictarse el acto administrativo (...) es mejor reservar la calificación de medidas cautelares innovativas para las medidas positivas, las que dictan los jueces cuando imponen una conducta nueva a la Administración o el cumplimiento de una prestación, las cuales son generalmente resistidas”*³³³.

En efecto, señala GONZÁLEZ-VARAS que *“si la pretensión cautelar se refiere a una pretensión prestacional en caso de inactividad (a fin de obligar a la Administración a realizar una actuación o hacer cesar una vía de hecho), procede la medida cautelar positiva, ya que lo que interesa al sujeto es que la Administración cautelarmente realice una actuación, por ejemplo que actúe contra un sujeto que realiza una actividad molesta paralizando la actividad”*³³⁴

Se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir, pudiendo ser obligaciones de dar o de hacer³³⁵. Este tipo de medidas deja de lado la interpretación ortodoxa del principio de la división de poderes, por una interpretación más flexible acorde a la realidad de los tiempos actuales. En

³³² CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración” en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*,... Op. Cit. p. 24

³³³ LUQUI, Roberto E., Revisión judicial de la actividad administrativa, p. 380. Citado por CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración” en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*,... Op. Cit. p. 24.

³³⁴ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 555.

³³⁵ SORIA, Daniel F., *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo* (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial), ED 182-1126. P. 215.

este escenario, teniendo en cuenta que la decisión jurisdiccional que las concede, en lugar de mantener el estado de hecho o de derecho preexistente, modifica dicha situación en beneficio del particular, se observa un criterio restrictivo en la apreciación de los presupuestos necesarios para su dictado³³⁶

5.1.3 Delimitación Conceptual de Medida Innovativa

El doctrinario argentino PEYRANO, define a la medida innovativa como *“aquella medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor”*.³³⁷

Se advierte así la calidad excepcional de esta medida cautelar, y esta radica en que a diferencia de las demás medidas, esta no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables, ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis, ordenando sin que medie sentencia firme del mérito que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente.

Esta institución tiene sus orígenes actuales en la formulación de JORGE W. PEYRANO en la Republica de Argentina, el cual a través de su

³³⁶ Sentencia Definitiva en el caso: “Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina”, *Fallos*, 316:1833 (1993); “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros”, *Fallos* 320:1633 (1997) y “Banco de la Ciudad de Buenos Aires –en autos “Kiper”- s/ solicita se declare estado de emergencia económica (corralito financiero)”, *Fallos* 324:4520 (2001).

³³⁷ PEYRANO, Jorge W. “Pasado y presente de la Medida Cautelar Innovativa” En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. p. 15.

obra titulada “*La Medida Cautelar Innovativa*” fue el primero en teorizar sobre su aplicación al proceso civil argentino³³⁸

5.1.4 Denominaciones de Medida Innovativa

Como primera denominación que ha recibido las medidas innovativas es la de *medidas cautelares positivas*, esta denominación es utilizada en España³³⁹, y hace referencia a la característica, del contenido del mandato judicial (*de hacer*); también se ha utilizado el nombre de *medidas cautelares innominadas*, haciendo referencia a su no previsión por la legislación³⁴⁰, asimismo también se le ha denominado *medida cautelar atípica* aludiendo al poder cautelar genérico de la jurisdicción.

Las anteriores denominaciones pueden no ser las más acertadas. En cuando al nombre de *medida cautelar positiva* se tiene que decir que efectivamente el contenido de la medida innovativa es el de requerir al demandado (en nuestro caso autoridad demanda) *una conducta de carácter positivo* en contraposición a la de no hacer, contenido típico de la suspensión del acto reclamado, es decir, una obligación de hacer, en la nomenclatura de obligaciones; pero no se agota en ese contenido sino también podrá ser que se ordene un no hacer, pero con la posibilidad de retrotraer los resultados de

³³⁸ **WHITE LÉPORI, Inés.** “*La pretensión innovativa a la luz del principio iura novit curia*”. En *Medida Innovativa*,... ibídem. p.121

³³⁹ Así el doctor Peyrano: “*Igualmente, cabe apuntar que en España—donde mucho se ha tenido que bregar sobre la cuestión—solo un puñado de decisiones judiciales se han atrevido a decretar lo que en ese país se denomina “medida cautelar positiva”, cuyas características y consecuencias están muy próximas a las correspondientes a la medida cautelar innovativa.*”, **PEYRANO, W, Jorge**, *La batalla por la medida cautelar innovativa*, en: *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000 p. 294.

³⁴⁰ **GAMERO CASADO, Eduardo.** *Derecho Administrativo*. Op. Cit. p.104

la actividad que se controvierte como ilegal, es decir, “*ex nunc*”, o mejor aún, *la medida innovativa puede ser positiva y negativa*.

El problema se ve que al utilizar la denominación de medida cautelar positiva se hace una identificación con la *teoría cautelar ortodoxa*, en la cual los presupuestos para la medida innovativa no son totalmente aplicables. Así por ejemplo el *fomus boni iuris* es de plena aplicación en las medidas cautelares; pero en *la medida innovativa* este tiene un plus valor, pues se requiere más que una apariencia; en este punto la doctrina habla de *certeza suficiente*³⁴¹ o *fuerte probabilidad*.

Y como dice el doctor *CARBONE*, *la certeza suficiente supera la mera verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, y esta dado por la fuerte probabilidad de existencia del derecho pero que no alcanza el grado de certeza definitiva por lo acotado del debate procesal mientras se despacha*³⁴².

En cuanto a la segunda denominación (*innominadas*), se corre el riesgo de identificar la circunstancia de no estar regladas o legisladas algunas medidas innovativas, como una característica definitoria de esta. Se puede decir que si bien una de las características de la innovativa es precisamente la falta de previsión por el legislador, ello puede no ser cierto en algunos casos. Será una apreciación de *técnica legislativa* el hecho de regular cualquier especie de la tutela anticipada como la *medida innovativa* para una situación de hecho o derecho determinada

³⁴¹ **CARBONE, Carlos Alberto**, *¿Existen los despachos interinos de fondo en la legislación argentina?*, en *Sentencia anticipada* (Despachos Interinos de Fondo) Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. p. 99.

³⁴² *Ibidem*. p. 101.

El otro nombre que la doctrina le ha asignado (*atípica*) tampoco es muy atinado, pues, nuevamente hace referencia al carácter reglado o no, de tal modo que de una forma residual los jueces acuden a ese poder cautelar; cuando es sabido que ese poder cautelar si bien fue funcional para dar cobertura legal, a la medida innovativa (en caso de Argentina), hoy se encuentra superado, por el hecho de contar con presupuestos procesales propios que la separan de las medidas cautelares clásicas.

Por lo anterior, y en consonancia con la doctrina, es atendible la denominación de *medida innovativa*, por cuanto su efecto es precisamente innovar una situación; independientemente que este legislada o no; así mismo se aparta de los presupuestos procesales de la teoría cautelar clásica al exigir algo más que el “*fumus buni iuris*” (certeza suficiente y el “*periculum in damni*”) y por ultimo que no necesariamente habrá de coincidir su dictado con el efecto de la sentencia de merito. Por eso es atendible la denominación que se ha hecho de medida innovativa en cuanto a la posibilidad de retrotraer la situación y generar otra que no este preexistente.

4.1.5 Características de la Medida Cautelar Innovativa

La doctrina le atribuye diversas connotaciones a la medida innovativa, mismas que han sido propiciadas por la adaptación de los Tribunales a los distintos casos a los que les es sometida la *pretensión innovativa*. Así podemos esbozar que son cinco sus características principales a saber: efecto retroactivo, modificación de hecho o derecho de una situación preexiste o no al momento de su dictado y la característica de que ésta puede presentarse como tutela anticipada:

a) Efecto retroactivo

Esta característica se desprende de la definición promocionada por el doctor PEYRANO cuando dice "...o de que se *retrotraigan* las resultas consumadas de una actividad..."; en efecto retrotraer significa volver las cosas a su estado anterior y se le otorga ese efecto, no importando que la situación de hecho o derecho se encuentre consumada o firme. *Esta nota es de una trascendencia enorme para el sistema cautelar en el derecho procesal administrativo* pues según el sistema de la medida cautelar reguladas en la LJCA solo permite otorgar la suspensión del acto administrativo cuando este cause efectos positivos (donde efectos positivos significa, el hecho de causar, el acto impugnado, un cambio en la esfera jurídica del ciudadano de una forma preexistente.) *siempre y cuando los efectos del acto no se encuentren consumados.*

Este efecto retroactivo, tiene una importancia trascendental en su aplicabilidad al sistema contencioso salvadoreño. En línea con esta disposición, la jurisprudencia de la SCA ha denegado o revocado la única medida cautelar que contempla la LJCA por el hecho de estar consumadas; en ese sentido el análisis utilizado con frecuencia es: *"Se revocó la medida cautelar ordenada en vista que la autoridad demandada comprobó que el contrato ya había sido firmado, por lo que los efectos del acto de adjudicación se habían consumado"*³⁴³. Esta línea jurisprudencial, por definición, es incompatible con la medida innovativa pues al tener efectos retroactivos no importaría que se haya consumado la actuación de la administración, máxime cuándo esta actividad ha sido llevado a conclusión de una forma antijurídica. Es de hacer notar que la jurisprudencia citada ha

³⁴³ Sentencia de fecha 15-XII-2004, Proceso con Referencia 285-A-03. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

revocado la suspensión de acto una vez ya había sido concedida la medida cautelar de la suspensión del acto.

La característica de la retroactividad es la mas distintiva de las otras, en ese sentido *PEYRANO* reafirma esta vocación de la innovativa cuando nos dice: *“como fuere, lo cierto es que una de las singularidades de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho”*³⁴⁴.

En ese sentido el efecto *“ex tunc”* de la medida innovativa posibilita que se ocupe en aquellas situaciones en que la consumación del acto o la continuidad de la ejecutividad del mismo, se presenta como la única medida posible para determinar la efectividad de la tutela ya sea en sede administrativa o de los jueces administrativos, pues no se puede suspender lo que ya ha sido consumado; además, el efecto *“ex tunc”* es lo que permite evidenciar si estamos en presencia de la medida cautelar típica del proceso administrativo, o nos encontramos ante otra medida cautelar.

b) Modificación de hecho o de derecho de una situación preexiste o no al momento de su dictado

Esta característica es la que algún sector de la doctrina toma para dar el *“nomen iuris”* a esta institución en otros sistemas jurídicos (medida cautelar positiva) pues se ha entendido que si el mandato judicial es en el sentido de realizar una acción se entiende que esta es positiva, es decir, se le concibe como una contracara de la suspensión de los efectos del acto administrativo

³⁴⁴ **PEYRANO, Jorge W.** La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 26.

impugnado. Pero también la *medida innovativa* puede ordenar la no realización o la abstención de una acción de hecho o de derecho de la autoridad demanda, como se observa de la definición del doctor PEYRANO³⁴⁵.

El elemento para diferenciar la innovativa de la suspensión del acto es que este último no tiene efectos retroactivos, por lo que careciendo del efecto “*ex nunc*”, no puede catalogarse como suspensión del acto un mandato judicial que ordene una cesación de un estado de hecho o antijurídico y a la vez otros efectos, como por ejemplo, la generación de una situación existe o no, a la fecha de la expedición de la resolución judicial, que contiene la medida.

Al respecto, también existen pronunciamientos de la SCA en la que ha denegado precisamente la modificación de hecho o derecho de una situación existe o no. A continuación se desarrolla parte del argumento que hace la SCA, en el cual deniega la solicitud de adoptar una medida de este tipo: Es en el proceso con Referencia 158-R-2001, promovido por Carlos Rodríguez García *contra* la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia, el actor alegaba la ilegalidad de la actuación de la funcionaria encargada de entregar los libros de protocolo por no existir motivo alguno para retenerlo. Se decía que ante tal retención se le estaba impidiendo ejercer la función pública notarial; solicitando como medida cautelar “*la entrega provisional de un libro de protocolo*”, mientras se tramita el proceso. La SCA dijo ante esta situación:

³⁴⁵ El Dr. Peyrano como ya se estableció anteriormente, define a la medida innovativa como “*Aquella medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan los resultados consumadas de una actividad de igual tenor*”.

Al respecto esta Sala sostuvo que la solicitud de una medida cautelar innominada -por vía de la interpretación- como era "la entrega provisional de un libro de protocolo" en los términos propuestos por el actor, no se adecuaba a la intencionalidad del legislador, ya que éste eligió únicamente la suspensión de los efectos del acto, por lo cual no existía cobertura a medidas como la indicada". Por lo anterior este Tribunal declaró sin lugar la medida solicitada³⁴⁶

El criterio de la SCA para denegar la "medida cautelar innominada" ha sido restrictivo en este caso, pues se ha atendido a la mera imprevisión de la regulación legal en la LJCA de la medida solicitada, interpretando la voluntad del legislador. Ante esta situación no está claro a cuál legislador se hace referencia si al de antes o después de la Constitución de 1983, por lo que es una interpretación restrictiva de la ley.

c) Puede presentarse como tutela anticipada

Existen casos en que la medida innovativa coincide con la pretensión de fondo, ya sea de forma parcial o total, es lo que se conoce como tutela coincidente. El doctor *PEYRANO* se refiere a este fenómeno que se presenta: "*cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de merito*"³⁴⁷. Es de destacar que cuando la innovativa se presente con algunas de estas características, necesariamente variaran sus matices en el pedido por parte de los litigantes y el pronunciamiento que de ellos hagan el órgano jurisdiccional. *La característica de tutela anticipatoria es uno*

³⁴⁶ Sentencia de fecha 26-VIII-2003, Proceso con Referencia 158-R-2001. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

³⁴⁷ **PEYRANO, W, Jorge**, La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa. Op. Cit. p. 31

de los rasgos mas sobresaliente esta institución, pues es la forma por medio de la cual se reconoce que existe la posibilidad de otorgar parte o toda la pretensión aún antes que finalice el juicio ordinario³⁴⁸.

Es necesario recordar que el “*periculum in damni*” se produce en la esfera del demandante y el “*periculum in mora*” en la relación procesal. Este elemento vale decir, desde ya ha sido reconocido por la jurisprudencia de la SCA, aunque no con el nombre exacto, al establecer en el Auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete la doctrina del *periculum in damni* de la siguiente forma:

2º) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto; y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia. Como se ha expuesto, el daño –como parámetro de procedencia de la medida cautelar- está íntimamente vinculado con los efectos del acto sobre la esfera jurídica del destinatario, en relación con la duración del proceso³⁴⁹.

³⁴⁸ En la República de Argentina, el caso más emblemático es el de Camacho Acosta, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación comprueba la presencia del *periculum in damni* para el despacho de la medida innovativa de la siguiente manera: “5. Que, en tal sentido, el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocara un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en la situación actual—hasta el momento en que concluya el proceso—le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier relación laboral, todo lo cual reclama una decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra”. Sentencia del recurso extraordinario del caso Camacho Acosta

³⁴⁹ Auto de fecha 09-II-2007, Proceso con Ref. 301-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia.

5.1.6 Diferencia entre la Suspensión del Acto reclamado y la Medida Innovativa

Ya determinadas las características de la Medida cautelar innovativa, es procedente realizar la diferenciación entre estas dos medidas cautelares, así tenemos que la suspensión de acto es la única *tutela cautelar* que aparece regulada en la LJCA y es una medida que tiende a paralizar la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado siempre y cuando este produzca o pueda producir una modificación en la esfera jurídica del destinatario de la actividad de la administración. Lo primero que surge en esta definición reconstruida de la jurisprudencia y la LJCA es que solo hace alusión a la actividad más representativa de la administración pública, pero omite manifestarse sobre las actuaciones de hecho o incluso de las omisiones de la misma.

Es por ello que el doctor *GAMERO CASADO* atribuye el *carácter tradicional de jurisdicción de revisión* al contencioso administrativo, el hecho de solo estar regulada esta medida cautelar³⁵⁰.

Por el contrario con la medida cautelar innovativa según el Doctor *PEYRANO*, considera *“que una de las singularidades de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho. Su partida de nacimiento, justamente, fue la respuesta a una situación donde resultaba inidónea la prohibición de innovar porque se debían revertir las cosas a un estado anterior”*³⁵¹.

³⁵⁰ **GAMERO CASADO, Eduardo**, *Derecho Administrativo*. Op. Cit. p. 103

³⁵¹ **PEYRANO, Jorge W.** La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza. En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009 p. 215.

5.1.7 Presupuestos procesales de la medida innovativa

- 1- Apariencia del derecho invocado (“fumus bonis juris”)
Este es el primero de los requisitos que deben concurrir para que resulte posible el despacho de una medida innovativa. Esto implica, que quien requiere el despacho de la diligencia deberá acreditar (sumariamente) su razón. El juzgador deberá extremar su diligencia en verificar si el peticionante goza de una apariencia de derecho³⁵²

- 2- Peligro en la demora (“periculum in mora”)
Para otorgar una medida innovativa, se debe presuponer la existencia de un riesgo; es decir, que si el Órgano Jurisdiccional no actúa es muy probable que nunca más pueda hacerlo con la debida eficacia.
La “demora” representada por el lapso que necesariamente invertirá la tramitación de un proceso y el transito de sentencia a cosa juzgada, conlleva a que no se ejecute con eficacia la sentencia, y por lo tanto la imagen de la administración de justicia queda deteriorada.³⁵³

- 3- Contracautela³⁵⁴
Para el despacho de cualquier medida cautelar, incluso la innovativa es necesario la prestación de la Contracautela, el cual representa el necesario contrapeso de su despacho inaudita pars (*sin dar audiencia a la otra parte*). Sin embargo encontramos que al solicitarse una medida innovativa, se tiene como consecuencia la dificultad que enfrenta el juzgador al momento de valorar la Contracautela.

³⁵² Ibidem. p. 216.

³⁵³ Ibidem. p. 218.

³⁵⁴ En nuestro sistema contencioso administrativo no se ha regulado disposición alguna con respecto de este presupuesto, sin embargo en países como Argentina, Brasil y España si es regulada en sus leyes y se cuenta con numerosa jurisprudencia y doctrina al respecto.

4- Irreparabilidad del perjuicio

Esto es lo que el Doctor PEYRANO llama el cuarto recaudo, de la exigencia de que concurra el presupuesto del *perjuicio irreparable*, el cual se reclama como requisito propio y característico para el despacho de una innovativa.³⁵⁵

Señala que al “perjuicio irreparable” siempre se le utiliza desde un ángulo estrictamente realista, y que no se ignora que cualquier daño puede ser monetariamente resarcido. Sin embargo, se sabe que no siempre el dinero repara adecuadamente, y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prontamente a los bolsillos del perjudicado.

No obstante, es imprescindible que el interesado pruebe prima facie los porqué de la Irreparabilidad en términos reales, es decir lo que invoca, aportando los elementos probatorios pertinentes que avalen su afirmación.

5- Excepcionalidad de la medida

Esto más que un requisito de viabilidad, constituye una advertencia para el juzgador que se ve enfrentado con la responsabilidad de despacharla. Hay que dejar claro su calidad excepcional y por ende subsidiaria, no debe existir otra medida precautoria apta para obtener el fin perseguido. Es decir su despacho procede cuando no hay otra vía (menos drástica) para prestar jurisdicción de manera eficaz³⁵⁶.

³⁵⁵ PEYRANO, Jorge W. “Pasado y presente de la medida cautelar innovativa”. En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. p. 16

³⁵⁶ PEYRANO, Jorge W. *La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza*. Op. Cit. p 217

5.1.8 Diferencia de la medida innovativa con la prohibición de innovar

La *prohibición de innovar* significa evitar que se altere la situación de hecho o derecho existente al momento en que el sujeto resulta lesionado por el acto, en cambio la medida innovativa a diferencia de la prohibición de innovar, no tiende a mantener el statu existente, sino que, precisamente busca alterar el estado de hecho o de derecho vigente antes de que la misma sea decretada³⁵⁷.

En la orden que *prohíbe innovar* parece claro y lógico que lo mandado por el juzgador exige del obligado una conducta “omisiva”. *EDUARDO LÁZZARI* explica que “la prohibición de innovar tiende a inmovilizar una determinada situación fáctica y jurídica. Procura el mantenimiento del statu quo, impidiendo cualquier alteración que a la postre haga de cumplimiento imposible la sentencia a dictarse o ilusoria el derecho que ella reconozca”³⁵⁸

En cambio en la providencia innovativa la exigencia dirigida al obligado es un comportamiento diferente al observado “hasta ese momento”: hacer “algo” para “restituir” un estado anterior o aceptar un “nuevo estado”.³⁵⁹ Asimismo, la innovativa puede determinar que la Administración deba hacer algo distinto a lo que hizo o estaba haciendo, en miras de asegurar los derechos del peticionante de la diligencia.³⁶⁰

³⁵⁷ **BACARAT, Edgar J.** *Reflexiones sobre la medida innovativa: Su pasado y futuro.* En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. p. 53

³⁵⁸ **LÁZZARI, Eduardo.** *La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar*, en J.S. t. 38. p. 11

³⁵⁹ **BACARAT, Edgar J.** *Reflexiones sobre la medida innovativa: Su pasado y futuro.* Ob.cit. p. 53.

³⁶⁰ *Ibidem.* p. 54

5.2 ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO, CON REFERENCIA A FRANCIA, ESPAÑA, ITALIA y ARGENTINA.

En este punto se indicara el tratamiento que las legislaciones de otros países le han dado a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, como es el caso de Francia, España e Italia en Europa, y en Iberoamérica contamos *con el ejemplo de Argentina*.

5.2.1 Francia

Cabe recordar que el Derecho Administrativo surge de la Revolución Francesa y se expande enseguida por todo el continente, esta Administración tuvo que ser, a partir de entonces una Administración legalizada, organizada desde la Ley y cuya función era servir a los intereses generales, pero dentro de los ámbitos que la ley de una manera previa le reserva. Pero además ocurre que al lado de la Ley están los derechos fundamentales, los derechos del hombre y del ciudadano, en la terminología revolucionaria, el segundo gran eje de la concepción revolucionaria.

El ciudadano no es un simple destinatario de la acción administrativa, pero a la vez, es cada uno titular de un conjunto de derechos fundamentales cuya formulación clásica se hará tempranamente en la famosa Declaración de 1789. Del cruce de esos dos principios: legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades, surgirá el Derecho Administrativo³⁶¹.

³⁶¹ **GARCÍA, DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Hacia una nueva justicia Administrativa*, Edit. Civitas, Madrid 2da. ed. Ampliada, 1989, Cap. II, pp. 43-45

Con el giro que ha dado el moderno Derecho Administrativo, en el derecho francés a partir del dictado del Decreto 907 –art. 2º- del 2 de setiembre de 1988-se añadió un nuevo párrafo al art. 102 del Código de Tribunales Administrativos-, el cual introduce una innovación importante en materia cautelar, con lo que se consolida el ámbito de protección cautelar en el contencioso-administrativo a través del RÉFÉRÉ PROVISION que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo.

Cabe destacar también que el art. 3º del Decreto sólo permite suspender en apelación o en casación un auto que acuerde el référé-provisión si de su ejecución pudieran derivarse “consecuencias difícilmente reparables” o si los motivos alegados en su contra parecen serios dado el estado de la instrucción, de modo que permitan suponer la desestimación de la demanda³⁶².

5.2.2 España

García de Enterría en su obra “Hacia una nueva justicia administrativa” refiere a las nuevas tendencias en el sistema español en relación con las posiciones entre el ciudadano y la Administración Pública y alude al conjunto de preceptos jurídicos acogidos por la norma constitucional que es la base que organiza el sistema institucional y atribuye los verdaderos derechos³⁶³.

Advierte asimismo un cambio radical a través del tiempo en la situación básica del Derecho Administrativo, la relación entre Administración

³⁶² **FRYDMAN, Patrick**, *Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés*, Pub. Diario El Derecho, 28-6-00. pp. 1-3.

³⁶³ **GARCÍA, DE ENTERRÍA, Eduardo**. *Hacia una nueva justicia Administrativa*, Op. Cit. p. 50.

y Administrado. La tradición era la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba de una suerte de superioridad cuantitativa: la administración sería el titular del interés general y el ciudadano sería el titular de un interés particular.

Sin embargo, los derechos fundamentales que tienen por sí mismo carácter de “valores superiores del ordenamiento” (art. 1 de la Constitución española) hacen que éstos prevalezcan incluso frente a la pretensión de superioridad posicional que la Administración tiene el hábito de invocar.

Indica *GARCÍA DE ENTERRÍA* que el nuevo paradigma del Derecho Administrativo reside en la tutela judicial efectiva y que pone de resalto el artículo 24, párrafo 1 de la Constitución española que expresa: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.

El paradigma que otorga una nueva forma de interpretar la materia cautelar es realizado por la Sala 3ª del Tribunal Supremo emitió el Auto del 20 de Diciembre de 1990³⁶⁴, en la que estableció una nueva posición sobre el tema de medidas cautelares, que vino a consolidar una nueva línea jurisprudencial, según declaración expresa de sus fundamentos de derecho «supuso una nueva manera de entender el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, que le despojo de las rigideces que una lectura aislada que el mismo venía atribuyéndole»³⁶⁵.

³⁶⁴ Auto de 20 de diciembre de 1990. Sala 3ª del Tribunal Supremo de España. Sección 5ª, ponente F. González Navarro.

³⁶⁵ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** *La Batalla por las Medidas Cautelares (Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español)*. Op. Cit. p. 200

El Tribunal Supremo pocas veces había sido tan explícito, tanto al afirmar que adoptaría «una nueva manera de entender» un precepto legal, como al desechar «las rigideces» que de la interpretación anterior resultaba.

Es así como se observa un deliberado y explícito cambio de línea jurisprudencial. Cambio el cual se produce a propósito de la institución de las medidas cautelares y que se declara por primera vez como ya se hubiere realizado en todas las jurisdicciones constitucionales europeas un « derecho a la tutela cautelar» incluido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama la Constitución española en el art. 24.³⁶⁶

La decisión del Tribunal Supremo tuvo una máxima significación en cuanto amplió el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, extendiendo, pues el derecho fundamental constitucional, en vista que se estaban construyendo las mejores técnicas procesales; el segundo punto es que pretendía quebrar una línea jurisprudencial a la que califica de «estrecha interpretación» del precepto legal cuya aplicación se trata y a la que reprocha producir «rigideces».

Desde ese entonces se estuvo en presencia de un *leading case* llamado a ejercer sobre el contencioso español una trascendencia de primer orden, hasta llegar a alterar su propio sentido general.

El fundamento de esta nueva concepción de las medidas cautelares, que supone «ampliar los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción», lo sitúa el auto mencionado en el derecho

³⁶⁶ *Ibidem.* p. 201

fundamental «a una tutela judicial efectiva... derecho que implica entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar»³⁶⁷

El auto en su último argumento decisivo sobre el principio de la tutela judicial efectiva impuesto por la constitución, establece que frente a cualquier norma ordinaria contraria y más aun si es preconstitucional se entiende simplemente derogada, dicho auto añade: «*Nuestro Derecho Nacional –al margen, incluso, de su inesquivable inserción en el sistema comunitario-alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquel. Lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)*»³⁶⁸

El auto adopta ya de plano y sin reservas, como se habrá notado en el párrafo transcrito, el criterio material del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pertinencia de «la medida cautelar que sea necesaria» para asegurar la plena efectividad de la sentencia. En estos conceptos inequívocos está ya incluida la pertinencia de cualquier medida cautelar (fruto de un verdadero «deber» constitucional) que sea precisa para asegurar la efectividad de la sentencia final, y por tanto, de medidas cautelares positivas y no sólo de la suspensión de la ejecución del acto

³⁶⁷ El auto del 20 de diciembre de 1990 expone: «Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta por ese principio general de Derecho Comunitario a que aluden las Conclusiones general del Abogado general en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de Junio de 1990, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal y que se resume en que *la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*»

³⁶⁸ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** *La Batalla por las Medidas Cautelares.* Op. Cit. p.213

recurrido; por ejemplo, otorgamiento positivo en vía cautelar, y a reserva de lo que en definitiva pueda decidir la sentencia de fondo, del acto administrativo denegado arbitrariamente por la Administración.³⁶⁹

Posterior al auto en referencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, emitió auto el día 21 de marzo de 1991³⁷⁰ el cual constituye una de las primeras aplicaciones de la nueva concepción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo que estableció el auto del 20 de diciembre de 1990 la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Dicho auto, continúa la importante línea jurisprudencial abierta por el Tribunal Supremo, y significo con ello la rápida extensión de esta jurisprudencia, que introduce por vez primera aportaciones de capital importancia en el desarrollo de la misma. A este acontecimiento se le da el realce necesario ya que destaca en la historia jurisprudencial de las comunidades españolas, en virtud de que el auto del 21 de marzo de 1991, impone una *medida cautelar «positiva»*, esto indica que frente a un acto administrativo denegatorio de la Administración, impone a ésta como medida provisional, mientras el proceso se substancia, una determinada conducta y una decisión de condena, en términos procesales³⁷¹.

Es por ello, que la limitación estricta de las medidas cautelares a la única medida de la «*suspensión de la ejecución*» del acto impugnado, queda definitivamente superada, y esto marca así un hito histórico en la actuación

³⁶⁹ *Ibidem.* p. 214

³⁷⁰ Auto con Referencia (R. 2444/90) del 21 de marzo de 1991. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

³⁷¹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** *La Batalla por las Medidas Cautelares.* Op. Cit. p.250

de los tribunales españoles. Tal extensión se volvió previsible desde la nueva posición adoptada por la jurisprudencia de ruptura del Tribunal Supremo, ruptura que se fundamenta en la consideración de las medidas cautelares como una exigencia imprescindible ante ciertas circunstancias del derecho a la tutela judicial efectiva, más en concreto, como el único medio para que esa tutela no se frustre total o gravemente ante la duración del proceso, y es a través de este auto, que por primera vez se ve esta ampliación materializada en una aplicación concreta.

En la actualidad, con la sanción de la “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” 29/1998, del 13 de julio de 1998, resaltan las medidas cautelares innominadas en el Título II, Capítulo II.

En los arts. 129 a 136 establece que los interesados en el procedimiento contencioso administrativo podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Dicha Ley permite el dictado de medidas cautelares contra actos denegatorios en el marco del art. 130.1 relativo a la tutela cautelar en los procesos contra actos administrativos y disposiciones reglamentarias. Refiere también a que si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el momento de la interposición de la demanda.

La tutela cautelar en estos casos exigirá trascender la clásica suspensión del acto y garantizar la anticipación de la tutela del derecho a través de la correspondiente medida positiva, mientras se sustancia el proceso principal. La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de las disposiciones pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Agrega que la medida podrá denegarse

cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada³⁷².

La normativa transcrita evidencia que la legislación española admite la posibilidad del otorgamiento cautelar provisional y positivo de lo solicitado en el ámbito del contencioso administrativo.

5.2.3 Italia

El código peninsular en punto a los procesos urgentes consagró el “proveimiento” de urgencia en una norma específica, art. 700 del Código Procesal Civil Italiano.

Cabe señalar que las medidas a disponer por el magistrado no revisten carácter cautelar, pues al acordar una tutela anticipada lo hace porque luego de efectuar un juicio suficiente de probabilidades estima que existen razones suficientes como para conceder al momento del planteo, lo que debería ser admitido al final –en la sentencia de mérito- pero que si se postergara, el derecho que demanda protección quedaría desconocido en grado irreparable. “El trámite del proceso continúa, sin embargo hasta la sentencia final”³⁷³.-

Los notables avances logrados en Italia por la labor de sus jueces y tribunales se vieron finalmente plasmados, en el derecho positivo, con la

³⁷² **DE LA ROCHA GARCÍA, Ernesto.** *Procesos y medidas cautelares en los Procedimientos Civiles, Penales, Mercantiles, Laborales Administrativos Económicos-Administrativos y Contenciosos-Administrativos.* Granada, 1999, p.192.-

³⁷³ **MORELLO, Augusto M.,** *Anticipación de la Tutela,* Edit. Librería Editora Platense S.R.P., La Plata, 1996, p. 62.

sanción de la ley 205/2000, del 21-VII-200, sobre disposiciones en materia de justicia administrativa. En efecto, consciente de que la vieja configuración de la tutela cautelar resultaba inadecuada para dar satisfacción a las diversas situaciones en que actualmente se desarrolla la materia procesal en las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, el legislador italiano ha establecido en el art. 3 como regla general del nuevo sistema de justicia cautelar, la facultad de disponer cualquier medida cautelar que sea idónea según las circunstancias y así asegurar, interinamente, los efectos de la decisión del recurso.

Es indudable que la finalidad de la ley es garantizar de una manera completa, en consonancia con el mandato del art. 24 Cn italiana, la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses jurídicos de los administrados. En consonancia con la finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial impuesta por el texto fundamental, la reglamentación legal en vigor no impone otro límite a la forma de la tutela cautelar administrativa que el que deriva del carácter instrumental y provisorio inherente a su propia naturaleza precautoria. De este modo se ha ido superando la histórica restricción de la materia a la sola suspensión de los efectos del acto impugnado, ya que evidentemente, la suspensión, resulta insuficiente para enfrentar aquellas situaciones producidas por el silencio en que suelen incurrir con frecuencia los entes públicos. En supuestos semejantes, la tutela cautelar sólo puede garantizarse de manera “efectiva”, a través de medidas de carácter positivo.

En síntesis, la doctrina y jurisprudencia itálica han ido configurando un proceso cautelar amplio que permite al Juez adoptar cualquier medida idónea para garantizar la tutela, frente a cualquier acto administrativo, incluidos los negativos.

5.2.4 Argentina

Ahora bien, se hará mención del tema de medidas cautelares Innovativas, en la República de Argentina, en cuanto a su aplicación en el ámbito nacional.

El Estado tiene la obligación de administrar justicia y no puede desentenderse de las consecuencias dañosas que la lentitud de un proceso pueda provocar. Recuerda –evocando a Lino Palacio- que dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o ejecución es materialmente irrealizable, la ley debe prever que durante el tiempo que corre entre la interposición de la demanda y la emisión del fallo final, pueden acaecer hechos u observarse conductas que generen la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia o la tornen inoperante. De ello concluye que el fin de la providencia consiste así, en el aseguramiento de la eficacia práctica de la providencia definitiva, revistiendo, por ende, un marcado carácter instrumental en tanto su sentido deviene en general de su pre ordenamiento a la emisión de la resolución definitiva, siendo su objetivo, en todos los casos, la efectividad práctica de la función jurisdiccional³⁷⁴.

De ello concluye que la medida cautelar –en estos términos- se muestra como un anticipo de sentencia de mérito, como un adelanto provisorio de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos acordada a quien, con verosimilitud en su pretensión y previa y adecuada contracautela, acredita que el lapso insumible por el proceso puede generar la imposibilidad del cumplimiento de la sentencia o ineficacia de ésta.

³⁷⁴ **COMADIRA, Julio Rodolfo**, en su artículo “Las medidas cautelares en el proceso administrativo” (Pub. La Ley, 1994-C, Sec. Doctrina, p. 699 y ss.)

Hasta aquí el planteo de las medidas cautelares en el marco de la teoría general del proceso; pero, en el ámbito específico del proceso administrativo las cuestiones a resolver son aún más complejas.

Cabe recordar que no existe en el orden federal de Argentina un Código en lo Contencioso Administrativo, por lo cual se les aplica a las causas de esa índole las disposiciones prevista en el Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Una demostración de ello lo revela especialmente la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y también la de la Corte Suprema cuando tiende, en general, a encuadrar la suspensión cautelar del accionar administrativo en las previsiones del Código citado relativas a la medida de no innovar y las cautelares genéricas (arts. 230 y concordantes).

Antes de continuar el análisis de ese instituto en la República de Argentina, debe mencionarse que un caso típico de tutela anticipada fue resuelto por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación en el “leading case” “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros” (CC.S.J.N., Fallos 320:1634, agosto 7-1997), donde la Corte haciendo un uso anómalo, pero eficiente, de la medida cautelar innovativa consagró, pretorianamente, bajo el ropaje de dicha cautelar a un verdadero anticipo parcial de la tutela de mérito y trasladó a nuestro medio las prevenciones legalmente exigidas por el art. 273 de la legislación procesal brasileña para habilitar el dictado de una sentencia anticipatoria³⁷⁵.

³⁷⁵ PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas”, en “*Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*”, Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999, p.131 y ss.

Con este pronunciamiento ha marcado un antecedente de extremo valor a la hora de invocar el dictado de una tutela anticipatoria, si bien utiliza una denominación jurídica incorrecta (medida cautelar innovativa), al fallar, no hace sino otorgar un “anticipo de jurisdicción”, lo cual constituye, sin duda un importante avance hacia la meta tan ansiada de un proceso justo, mediante soluciones oportunas y tempranas, que despojen al juicio de su clásica morosidad y falta de efectividad y, por otra parte cubre un vacío legislativo ya mencionado.

En este sentido, cabe recordar que la *medida innovativa es la cautela excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado y a diferencia de otro tipo de medidas, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer en sentido contrario al representado por la situación existente.*

Cuadra añadir que ante la ausencia de regulación específica de la medida innovativa por el ordenamiento procesal, su admisibilidad puede concluirse acudiendo al art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, que establece: *Medidas cautelares genéricas: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.*

Como se aclaró anteriormente, no existe legislación que regule lo referente a medidas cautelares, por lo cual la generalidad de la doctrina, señala que esta figura extraída de un código (Código Procesal Civil y Comercial de la República de Argentina) no previsto para tratar materias del

Derecho público sino para cuestiones privadas, se aplica analógicamente para lograr la suspensión del acto administrativo.

5.3 VALOR Y FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE CREACIÓN DE DERECHO.

Desde la Revolución Francesa se instauró que las decisiones de los tribunales jurisdiccionales no creaban derecho, dándole sólo dicha calidad a la ley. El Poder Judicial sólo aplicaba la ley y la facultad de dictarla era exclusivamente del Parlamento. Dicha concepción se concibió por la rígida teoría de la división de poderes, donde la actividad jurisdiccional se reducía exclusivamente a interpretar el derecho legislado³⁷⁶.

El sistema positivista ha establecido que los jueces meramente aplican la ley, sin crearla; que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas sólo cuando éstas son importantes para ilustrar las normas positivas, cuando éstas son oscuras y ambiguas; que la obligación judicial de fallar es conforme a las reglas establecidas por el constituyente o legislador. Los jueces están atados a la ley, y son independientes frente a las sentencias judiciales con las que ha fallado en casos anteriores.³⁷⁷

Asimismo, en El Salvador, por razones históricas hemos estado sometidos al sistema romano-germánico, donde las ideas *ius positivistas*

³⁷⁶ **MEJÍA, Henry A.** “La jurisprudencia en el Derecho Administrativo Salvadoreño”, en *Fuentes del Derecho Administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)* Coordinadores Jaime Rodríguez-Arana, Miguel Ángel Sendín, Alejandro Pérez Hualde, Ismael Farrando. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Edit. Rap. p. 353.

³⁷⁷ **LÓPEZ MEDINA, D.E.** *El Derecho de los Jueces*. 2ª edición. Legis Editores. 2006. p.3.

basadas en interpretaciones legalistas han predominado en las escuelas de Derecho, y en la comunidad jurídica en general, donde la mayoría de los jueces se han convertido en esclavos de la ley. Existe el predominio del enfoque conservador en negarle vinculatoriedad y notoriedad a los precedentes judiciales, propios de los sistemas políticos dictatoriales.

Sin embargo desde hace algún tiempo, ésta situación ha comenzado a cambiar a medida en que se ha interpuesto el Estado Constitucional de Derecho sobre el Estado Legal de Derecho, y se ha dado un valor importante a la jurisprudencia, en algunos países europeos e hispanoamericanos (tal es el caso de los países más representativos como lo son España, Italia, Francia, Argentina y Brasil), por el control ejercido de los Tribunales constitucionales, que han establecido jurisprudencia valiosa, a fin de reafirmar la defensa de la Constitucionalidad y la plena tutela de los derechos fundamentales, tales como la igualdad y la seguridad jurídica³⁷⁸.

Y es a partir de la década de los 90 que estas ideas llegaron a El Salvador, influyendo en la enseñanza del derecho en las Universidades y en la Escuela de Capacitación Judicial del país, forjando el estudio y análisis de la jurisprudencia, sobre todo de la doctrina jurisprudencial emanada de la SC y de la SCA.

Pero los juzgadores siguen absteniéndose de darle el valor jurídico importante que se merece la jurisprudencia, no obstante, ya consta que muchas autoridades administrativas fundamentan sus decisiones en líneas jurisprudenciales sentadas por la SCA, he ahí la importancia del tratamiento del valor de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo Salvadoreño.

³⁷⁸ **MEJÍA, Henry A.** “*La jurisprudencia en el Derecho Administrativo Salvadoreño*”, en Fuentes del Derecho Administrativo... Op. Cit. p. 354

Como lo menciona el Doctor *MENA GUERRA*, en su obra *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*,³⁷⁹ la jurisprudencia es considerada como una fuente extraordinaria y supletoria de la ley. Se ha creído que se tiene un cuerpo normativo vigente que satisface las necesidades relativas al derecho y que, aparentemente no tienen vacíos dejados por el legislador, lo que supone que el juzgador utiliza la jurisprudencia únicamente en situaciones anormales, que de alguna manera lo atan limitándose a lo que la ley regula.

La LJCA en su art. 2 manifiesta que corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Es decir que en este caso se ha establecido que es un proceso de única instancia.

También el Código Procesal Civil y Mercantil en su Art. 29 reconoce la competencia a las Cámara de Segunda Instancia de las demandas contra el Estado; así mismo el Art. 39 del mismo Código, mediante el criterio distributivo reafirma el privilegio, siempre que posea la calidad de demandado en toda clase de procesos cualquiera sea la materia o cuantía³⁸⁰.

Lo anterior nos manifiesta que existe competencia para juzgar a la Administración Pública salvadoreña, sin embargo, la Sala de lo Contencioso es la que tiene la atribución de resolver sobre la legalidad de los Actos

³⁷⁹ **MENA GUERRA, Ricardo.** *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, "Especial referencia al Régimen Jurídico Salvadoreño"* primera ed. USAID, El Salvador 2011. p. 24.

³⁸⁰ **CANALES SISCO, Oscar A.** *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado.* Consejo Nacional de la Judicatura. Julio 2010. p. 45.

Administrativos, es decir que las actuaciones materiales se ventilan ante tribunales ordinarios.

5.3.1 La Jurisprudencia: Delimitación teórica

El término jurisprudencia proviene del latín *ius-uris* que significa “derecho” y de los términos *prudens-entis* que significan “prudente o previsor”, es decir, la capacidad de todo ser humano de poder discernir, analizar o interpretar el derecho, por quien debe aplicarlo a un caso concreto o analizarlo en determinados momentos.

La Jurisprudencia como definición, es la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción, así pues la jurisprudencia esta formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada³⁸¹.

Esta definición es descrita en términos concretos tomando a la jurisprudencia como fuente del Derecho que como dice Piug Brutau, autor citado por el Doctor Mena Guerra³⁸², designa el conjunto de criterios de interpretación y aplicación de las normas, costumbres y principios generales del Derecho, establecidos por los tribunales de justicia.

Asimismo se han establecido algunos criterios para que las decisiones jurisdiccionales puedan tener carácter, siguiendo a Mena Guerra, podemos considerar los siguientes requisitos³⁸³:

³⁸¹ **OSSORIO, Manuel.** *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales.*

³⁸² **MENA GUERRA, R.** *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo...*

Op. Cit. p.33

³⁸³ *Ibidem* p. 27

- a) En el derecho salvadoreño, no toda decisión de cualquier tribunal constituye jurisprudencia; la SC sostiene que se constituyen como tal sólo las resoluciones de los tribunales de mayor jerarquía³⁸⁴; es decir las sentencias emitidas por la CSJ, según la competencia, propias de las respectivas Salas.

- b) Para que constituyan jurisprudencia, deben por lo menos existir más de una sentencia que coincida con una posición semejante en una línea constante y uniforme. Además ha de concurrir una similitud en los casos resueltos que impliquen el mismo objeto.

- c) Lo que constituye jurisprudencia, esencialmente de la decisión, son los fundamentos del debate del caso *ratio discendi*³⁸⁵, lo que el juzgador analizó con profundidad en el meollo del litigio, dejando en él la riqueza doctrinal.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia es *“el conjunto de principios imperativos y doctrinas contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales superiores, los cuales deben contener las interpretaciones reiteradamente concordantes en la aplicación del derecho”*³⁸⁶

³⁸⁴ Sentencia Definitiva del 28-X-1999. Proceso de Habeas Corpus Ref. 319-99. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

³⁸⁵ La SC en sentencia de Inconstitucional del 13-X-2001, con referencia 41-2000ac, ha establecido que la *ratio dicendi* que básicamente consiste en la fundamentación de la decisión judicial, tiene una doble función: la primera, en sentido descriptivo, se refiere al razonamiento real que siguió el tribunal y la segunda, en el sentido prescriptivo, se refiere a que dicho razonamiento es obligatorio, para las partes y para un caso posterior obliga al tribunal a respetar el precedente.

³⁸⁶ **GORDILLO, Agustín.** *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I, Parte General, 8ª Edición, Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. 43.

5.3.2 El Valor de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo Salvadoreño.

En el Derecho Administrativo la jurisprudencia tiene un campo más amplio de sentencias, puesto que toma las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como la de los tribunales que regulan litigios de la Administración Pública, lo que ha llevado a que la doctrina propugne su atribución a los tribunales de justicia.

La SC ha establecido los fines jurisprudenciales de la SCA, y ha exhortado a la misma a que no se realicen interpretaciones restringidas de la LJCA; asimismo, le ha mandado a que se aplique la referida ley, de tal forma que se llenen los vacíos legales que ocasionalmente se susciten, de no ser así, se contraría al derecho de protección jurisdiccional, consagrado implícitamente en los arts. 2º y 11 de la Constitución.

Así también la SC ha recogido el principio del *stare decisis*, y lo cataloga como una garantía de interpretación constitucional, el que a su vez se sustenta en los principios de seguridad e igualdad jurídica, y en la necesidad de que ante supuestos fácticos iguales, la decisión de la SC debe ser siempre igual, siempre que los supuestos fácticos sean análogos, tanto en su relación lógica como en las condiciones que hagan necesario el tratamiento igualitario de los mismos.³⁸⁷

Estos principios constitucionales de la seguridad jurídica y la igualdad jurídica, estipulados en los arts. 2 y 3 Cn., respectivamente, que derivan del *estare decisis*, constituyen parte de la piedra angular del Estado

³⁸⁷ Sentencia Definitiva de fecha 8-XI-2002, en el Proceso de Amparo, con Referencia 855-2002. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

Constitucional de Derecho estatuido por cualquier Constitución democrática. Además se robustece la vinculatoriedad del precedente judicial, no sólo en materia constitucional, sino también en materia contencioso administrativa.

5.3.3 El Principio de Seguridad Jurídica y el Derecho de Igualdad en relación con la Jurisprudencia.

Bajo el modelo del precedente judicial, los ciudadanos pueden tener una razonable seguridad de que los casos que se planteen serán resueltos del modo como ha venido haciendo el tribunal, a menos que se justifique el cambio, lo que ocurre de manera excepcional. Por tanto, los ciudadanos pueden predecir con razonable certeza, como se ha venido aplicando e interpretando el derecho vigente; así se podrán determinar los criterios jurídicos, los cuales se resolverán. En este orden de ideas, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como el derecho lo declara.³⁸⁸

La SC ha establecido que la igualdad es un derecho subjetivo que posee todo ciudadano a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley, de manera que un órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada³⁸⁹.

³⁸⁸ Sentencia Definitiva de fecha 21-VII-1998, en Proceso de Amparo con referencia 62-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

³⁸⁹ Sentencia Definitiva del 26-VIII-1998, en el Proceso de Amparo con referencia 317-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

El derecho a la igualdad se puede decir que tiene dos perspectivas constitucionales: la igualdad ante la ley, y la igualdad en la aplicación de la ley. En el primer caso, cuando se esta frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva. En el segundo caso, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar a los análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad.³⁹⁰

El valor de la jurisprudencia para el tema de medidas cautelares innovativas es de suma importancia puesto que es a través de los precedentes de las mismas que se conocerá la aplicación de dichas medidas en El Salvador, a través del precedente³⁹¹ que consiste en una resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca por reiteración por aquel a quien favorece. En este caso se configura una técnica de comparación entre varios actos previos a uno presente, que juega un papel importante en el ordenamiento jurídico, ya que se encuentra como garantía de los principios del Derecho que nuestra Constitución regula.

Cuando se da la existencia de un precedente hay ya una obligatoriedad jurídica, lo que significa que se crea Derecho y separarse de ello constituye arbitrariedad, es decir que cuando ya hay un precedente y de pronto hay un cambio de criterio, se viola el principio de igualdad, seguridad jurídica y la buena fe, lo que conlleva a crear incertidumbre en el

³⁹⁰ Sentencia Definitiva de 08-IV-2003, en Proceso de Inconstitucionalidad con referencia 28-2002. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

³⁹¹ **MENA GUERRA, Ricardo.** *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 119

administrado. Tomando en cuenta los principios básicos del ordenamiento jurídico, que son los pilares básicos de los Estados democráticos de Derecho, reconocidos en nuestra carta Magna³⁹²

En consecuencia, la actuación de la administración pública queda vinculada a los principios generales del Derecho, los cuales tienen un carácter imperativo por estar recogidos expresamente en la Constitución y por tener un carácter informador en el ordenamiento³⁹³

Con todo lo anterior es necesario realizar una diferencia entre precedente administrativo y jurisprudencia administrativa, el primero esta sujeto al ámbito de los actos administrativos emanados de órganos administrativos, el segundo esta sujeto a los fallos de los tribunales en materia contencioso administrativa. En este caso, el precedente no es jurisprudencia, sino que se enmarca en la revisión de los actos administrativos de los órganos de la administración pública y además no vincula a la autoridad judicial; y la jurisprudencia puede ser aplicada en actos de los órganos administrativos, así como también en los judiciales pues nace de la autoridad judicial.

Así también, la jurisprudencia representa un precedente para casos nuevos, se reprocha que las sentencias se dicten singulares para casos que son aislados, cuyos efectos son individuales que carecen de una norma genérica, sin embargo aunque sea para un caso específico, la finalidad de este o su solución supone una medida apropiada y justa para que pueda volver a ser utilizada, si existe otro caso similar, lo que significa que la sentencia cumple un doble rol en estos casos, es decir se convierte en cosa

³⁹² **CANALES SISCO, Oscar A.** *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Op. Cit. p. 19

³⁹³ *Íbidem*. 19

juzgada para las partes en determinado conflicto y también sirve de modelo o referente para solucionar otros casos similares, siempre y cuando el caso cuente con interpretaciones o deducciones innovadoras.

Para el caso el artículo 224 del CPCM, expresa la publicidad de la sentencia y regula que las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica, es decir que la figura de la doctrina legal o jurisprudencia representa la gran aspiración del ordenamiento salvadoreño.

El Doctor *MENA GUERRA*³⁹⁴ al referirse sobre el fundamento de la jurisprudencia menciona que en El Salvador no existen sistematizadas las fuentes del ordenamiento como en otros Estados, lo que genera una labor de integración de normas que pasan por la Constitución, normas procesales y de Derecho Administrativo.

La jurisprudencia como fuente tiene admisión y fuerza vinculante sin embargo se pone en duda y no se percibe con naturalidad o se degrada a un simple instrumento de aplicación de otras fuentes reales, es por ello la necesidad de tomar en cuenta el civil law³⁹⁵ y el common law³⁹⁶; en el civil law la jurisprudencia a sido utilizada como fuente en segundo orden, es decir que tiene un uso supletorio o que complementa a la fuente principal que es la

³⁹⁴ **MENA GUERRA, Ricardo.** *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo.* Op. Cit. p. 56

³⁹⁵ **CABANELLAS, Guillermo.** *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,* Tomo II. 23^o ed. Editorial Heliasta. Argentina .1994. **Civil Law:** Derecho Civil. p. 154

³⁹⁶ *Ibíd.* **Common law:** Significa Ley o Derecho Común, conjunto de practicas, costumbres, y observancias a que da vida la conciencia jurídica del pueblo ingles, y que constituyendo la fuente mas interesante y copiosa en su derecho, se exterioriza mediante declaraciones del parlamento, y mas singularmente de los tribunales de justicia p. 221

ley, mientras que la Common law, la jurisprudencia tiene mayor predominio y antigüedad que la ley, tomando en cuenta la figura de estare decisis que consiste en que los tribunales deben de respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores.

Como ya se menciona el sistema jurídico de El Salvador no se encuentra sistematizado, específicamente la jurisprudencia no se encuentra regulada de forma general, sin embargo la misma normativa procesal identifican su fundamento, el Código Procesal Civil y Mercantil como ya se ha mencionado en capítulos anteriores, tiene una aplicación supletoria en el orden administrativo, en el caso de la jurisprudencia, el artículo 19 regula que en caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del Derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso.

Se trata de explicar en este artículo, como afrontar las eventuales lagunas de la ley con el fin de evitar la parálisis de la actividad procesal o el prejuzgamiento de las cuestiones que tienen encomendadas los jueces. La doctrina legal o jurisprudencia es un instrumento al que el juez debe acudir para llenar vacíos legales, es decir, ser una fuente supletoria del orden jurídico escrito.

En cuanto a las Medidas Cautelares, que es la suspensión del acto administrativo en El Salvador, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia realizó una interpretación literal de la LJCA ya que la medida cautelar como suspensión del acto impugnado era, hasta el año 2006 la regla general, pues sufrió un cambio repentino, ya que la Sala en ese

año modifico su criterio, estableciendo que dicha medida cautelar no era automática, es decir que se deben de cumplir requisitos para su aplicación en cada caso, como que el acto produzca efectos positivos, que exista daño irreparable o de imposible reparación y finalmente que la suspensión no produzca un evidente perjuicio al interés social. Lo anterior lo podemos denominar como precedente jurisprudencial, que tiene una aplicación orientada a favor de la administración, lo cual ha hecho involucrar al Derecho Administrativo Salvadoreño, por no tener el PCA más que una función revisora de las actuaciones de la Administración.

5.4 NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA SALVADOREÑA.

5.4.1 La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) dejó de ser eficaz.-

No se puede ignorar que las leyes y los códigos corresponden a una época determinada, son la obra del tiempo, contexto y condiciones por las cuales fueron creadas; sin embargo las circunstancias y las necesidades de la sociedad cambian pero las normas permanecen. Cuanto más pasa el tiempo, la distancia entre ellos se va ahondando, llegando el momento en que *“las leyes pierden su efectividad y resultan insuficientes dado que no cubren las necesidades prácticas que se requieren en un marco de celeridad y efectividad en pos de la protección de los derechos sustanciales”*³⁹⁷.

³⁹⁷ **GOMÉZ ALSINA, Martha, PALACIOS, Carmen Elisa y NORO VILLAGRA, Jorge.** *Medidas cautelares: tutela anticipada.* Su aplicación en el ámbito del derecho administrativo.

Las normas jurídicas como manifestación del Derecho de Protección Jurisdiccional y Tutela Judicial Efectiva, deben estar en constante evolución, procurando siempre adaptarse a las modificaciones que transforman la sustancia con que debe estar en contacto, es así como una vez que la sociedad y los derechos a ella inherentes se alteran en todo momento, el legislador, el interprete y su aplicador no pueden ignorar la ardua tarea que se tiene en sus manos, por lo que debe ser éste un verdadero sistema judicial que proteja a los ciudadanos y sus derechos.

En virtud de lo acotado anteriormente, y al hacer un esbozo de la problemática, se afirma que *“El Salvador enfrenta y ha enfrentado, por más de tres décadas, una crisis frente a los avances doctrinales del moderno Derecho Administrativo”*³⁹⁸; al contar con una Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa vigente a partir de 1979, que si bien es cierto es una Ley que tiene vida jurídica hasta el momento, la misma dejó de tener concordancia tanto con los avances de ésta materia como en lo que respecta al contexto social, jurídico, político y económico en el que se suscitan los conflictos de este carácter; por lo que podemos establecer que la LJCA dejó de ser eficaz en la resolución de los diversos conflictos que se originen entre la Administración Pública y los administrados.

Es necesario contar con una legislación Contencioso Administrativo moderna, que se ajuste a las doctrinas de vanguardia en ésta materia, en razón que la actual LJCA por ser la misma PRE-CONSTITUCIONAL no tiene

Disponible en: http://www.justiniano.com/revista_doctrina/medidas_cautelares.htm. Sitio visitado el 05 de marzo de 2012.

³⁹⁸ **MENA GUERRA, Ricardo**. Algunas Incidencias del Código Procesal Civil y Mercantil en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Disponible en: http://www.menaguerra.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=69:algunas-incidencias-del-nuevo-c%C3%B3digo-procesal-civil-y-mercantil-en-el-proceso-contencioso-administrativo-salvadore%C3%B1o&Itemid=168. Sitio visitado el día 12 de marzo de 2012.

concordancia con la norma suprema - la Constitución de la República -, la cual reconoce el sometimiento de la Administración Pública a la Ley y a la misma Constitución, la Seguridad Jurídica, entre otros principios fundamentales, lo cual provoca divergencias para los administrados que buscan la satisfacción de sus pretensiones en sede judicial, acarreando con ello la falta de un adecuado control de las actuaciones de la administración.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en la actualidad contiene una serie de inconvenientes que imposibilitan el derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho administrativo, no limitándose solamente al ámbito normativo sino que trasciende al ámbito material y estructural del proceso contencioso.

Como se acoto anteriormente, la actual LJCA enfrenta el problema de ser preconstitucional, puesto que la constitución vigente es de 1983, es decir fue promulgada cinco años después de la LJCA, al respecto opina Gamero Casado que “es preciso interpretar la Ley Jurisdiccional de acuerdo con los nuevos postulados y especialmente con arreglo al derecho a la protección jurisdiccional de los ciudadanos que proclama el texto fundamental”³⁹⁹ .

El punto de partida sobre el que ha de apoyarse un nuevo enfoque del Derecho Administrativo ha de situarse en las propias premisas inderogables contenidas en la constitución y en las elaboraciones doctrinales de la Sala de lo Constitucional que proclama con carácter general que la Administración igual que los otros poderes públicos esta sujeta de forma plena a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico en las mismas condiciones del ciudadano.

³⁹⁹ **GAMERO CASADO, Eduardo.** *Derecho Administrativo.* Op. Cit. p. 156.

Es posible deducir que una ley no armoniza con los preceptos constitucionales vigentes, no solo genera dificultades de carácter práctico sino que además no cumple con las expectativas de brindar una tutela judicial efectiva en materia administrativa, convirtiéndose así la antigüedad de la ley en un primer gran obstáculo para una pronta y cumplida justicia administrativa.

Según lo anterior, podemos afirmar que una simple reforma de la LJCA vigente no logrará por si misma una efectiva justicia administrativa. Es por ello que es necesario una transformación en materia Contencioso Administrativa, transformación que solo podría alcanzarse a través de la promulgación de una nueva ley que regule dicha materia.

En virtud de lo anterior se vuelve imperativo desarrollar los aspectos que debería de contener la nueva ley, para el caso, ampliar las medidas cautelares, no solo la suspensión, basado en lo que la doctrina moderna plantea al respecto y en experiencia de otros países en los cuales se ha implementado nueva legislación en materia contenciosa administrativa, con respecto a la tutela cautelar innovativa; en vista que la LJCA reconoce únicamente como medida la Suspensión de la Ejecución del Acto Administrativo, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la Administración Pública que denieguen las solicitudes de los administrados o prohíban el desarrollo de alguna actividad.

Si la razón de ser de las medidas cautelares es evitar la consumación de un daño jurídico derivado de un retraso en la decisión judicial definitiva, el panorama es desolador en el proceso contencioso administrativo salvadoreño, ya que en él la única forma de hacer eficaz la tutela cautelar es

a través de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, regulada además en términos muy restrictivos.

La ausencia de otras medidas cautelares en el PCA salvadoreño trae, como consecuencia el incumplimiento por parte del Estado de su deber de garantizarles a los ciudadanos el cumplimiento de los efectos de las sentencias, pues tal es el alcance del principio de la tutela judicial efectiva, ya que el mismo abarca no solamente el derecho a la Jurisdicción y el Debido proceso, sino que se extiende a la eficacia de las decisiones judiciales.

Por eso la Ley debe facilitarle al ciudadanos las medidas cautelares que le aseguren los efectos de la sentencia, para que sus intereses no se vean burlados después de un proceso dispendioso y dilatado, de manera que cuando el conflicto con el Estado sea finalmente resuelto a través de una sentencia, ésta todavía tenga vigencia y genere una sensación de justicia a sus destinatarios.

La institución de la suspensión de la ejecución del acto administrativo se muestra insuficiente para satisfacer plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la misma carece de eficacia respecto de actos de limitación negativos, ni cuando lo que se pretende de la Administración Pública es una actuación positivo, y menos aún tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho –aunque en casos “ muy excepcionales” podría la Sala dictar ante uno de estos supuestos la suspensión, pero actualmente nada se ha dicho a través de su jurisprudencia-, por lo cual se requiere como solución la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier actividad o inactividad de la administración.

En tal virtud, la necesidad de arbitrar medidas que proporcionen una protección adecuada al titular del derecho reclamado judicialmente y aseguren la total efectividad del pronunciamiento judicial que en definitiva se adopte, hace que la tutela cautelar se imponga como un mecanismo idóneo para satisfacer plenamente el derecho, obtener una tutela judicial efectiva, y por lo tanto el legislador está en el deber de proporcionar esas medidas para evitar la indefensión de los administrados cuando se enfrentan a actos de la Administración Pública que les han negado una petición o prohibido una actividad.

5.4.2 Necesidad de ampliar la tutela cautelar en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.-

Como ya se ha dejado claro en apartados anteriores, en la actual LJCA, no se establece *expressi verbis* un apartado o capítulo destinado a medidas cautelares, ya que como se ha expresado, el legislador no revistió de carácter a esta importante institución dentro de la LJCA, tanto es así que ni tan siquiera se expresa la frase “medida cautelar” a la única figura regulada en nuestro medio como medida cautelar, es decir “la suspensión de la ejecución del acto” (arts. 16 al 23 LJCA), como se mencionó en el capítulo tres.

Por vía jurisprudencial se han reconocido la existencia de medidas innovativas, pero esto se ha hecho en casos específicos⁴⁰⁰ y no ha existido

⁴⁰⁰ Al respecto la SC en autos emitidos los días 14-I-2002, 23-IX-2008 y 18-XI-2009, en los procesos de amparo con referencias 12-2002, 777-2008 y 166-2009, respectivamente, ha conferido medidas cautelares innovativas dirigidas a lograr que el actor del amparo (en casos pacientes que viven con VIH/SIDA) reciba la asistencia médica adecuada durante la tramitación del proceso mismo. En esos casos amerita la implementación de una medida

reforma alguna a la actual normativa en esta materia. De hecho la LJCA ni siquiera amplía el término “Medidas Cautelares” y mucho menos enumera los requisitos y alcances que puede tener la única medida regulada, así que igualmente ha tenido que ser contemplado y resuelto por la jurisprudencia.

Esto constituye un problema ya que ante un procedimiento lento y engorroso, la única forma de evitar daños en la esfera jurídica del administrado es mediante la adopción de medidas cautelares por cuanto estas sirven para hacer práctica y efectiva la defensa de los derechos e intereses legítimos⁴⁰¹. Y la regulación de este tema es deficiente, en consecuencia la defensa de los derechos e interés del administrado en el proceso serán deficientes.

Asimismo, los administrados se encuentran en una posición de desventaja tomando en cuenta los privilegios de la Administración en cuanto a los actos que dictan y los efectos de estos, los cuales resultan a veces irreversibles si no se protegen con suficiente antelación y de manera efectiva los derechos del particular.⁴⁰²

cautelar innovativa que permita asegurar razonablemente el ciclo vital del quejoso, pues de no proveer la misma, se pondría en grave riesgo su estado de salud, situación que se podría derivar en último término en la pérdida de su vida.

⁴⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA al respecto sostiene que: “El fundamento de derecho de las medidas cautelares es el que toma la nueva doctrina. La cual debe, en efecto, partir de la existencia de un rasgo de perjuicios para el que pide la suspensión pero no desde la perspectiva formal de la simple reparabilidad de tales perjuicios, sino desde la perspectiva de la incidencia de tales perjuicios precisamente sobre la tutela efectiva que en proceso ha de otorgarse a quien ostente los derechos o intereses legítimos tutelables. Mas llanamente: el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustrate la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Este riesgo y no otro”. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**. *La Batalla por las Medidas Cautelares*. 3ª. Edición ampliada. Editorial Thomson Civitas. Madrid. 2006. p. 205.

⁴⁰² Establece GARCÍA DE ENTERRÍA: “la administración goza del insuperable poder de la autotutela en virtud del cual hace ejecutoria sus decisiones, sean estas las que sean, y es capaz de imponerlas de hecho por sus propios medios a los administrados que no las ejecutan o las admiten en grado” **GARCÍA DE ENTERRÍA**. *La Batalla...*, op. Cit., p. 206.

La existencia de una sola medida cautelar en la normativa contencioso administrativa salvadoreña tiene una razón histórica, como bien lo explica GAMERO CASADO: “debido al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, tradicionalmente la única medida cautelar reconocida por el ordenamiento jurídico ha sido la suspensión. Si de lo que se trata es anular un acto, la suspensión de sus efectos se presenta como la medida cautelar más evidente y directa que puede adoptar el tribunal. No obstante, la práctica demuestra la insuficiencia de esta medida en muchos casos, y especialmente en aquellos en los que el demandante pretenda el reconocimiento de un derecho, puesto que aun no disfruta de él, la suspensión del acto desestimatorio carece de sentido, dado que no le reconoce cautelarmente el ejercicio de un derecho⁴⁰³.”

La SCA sigue la estrecha senda de recoger y reconocer conforme al desfasado objeto de la acción Contencioso Administrativa contenido en los arcaicos lineamientos de una Ley Pre-constitucional y que no responde efectivamente ya a las necesidades de los administrados, como única medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto⁴⁰⁴.

Reconocida tácitamente como medio cautelar típico y único, en virtud de su notable naturaleza de impedir la ejecución del acto, es que la Ley carece formalmente de un instituto “*pleno*” que logre denotar la existencia de una efectiva tutela cautelar dentro del proceso contencioso administrativo

⁴⁰³ **GAMERO Casado, Eduardo.** *Derecho Administrativo.* Op. Cit. p. 156.

⁴⁰⁴ En ese sentido la SCA establece: «*En el Proceso Contencioso Administrativo salvadoreño, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recoge como única medida cautelar típica la “suspensión de la ejecución de los efectos de acto impugnado” (art. 16). Según esta norma, la suspensión del acto se encuentra condicionada a los siguientes requisitos: 1) la previsibilidad de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación por la sentencia definitiva; y 2) que la adopción de la suspensión no produzca una perturbación a los intereses públicos o sociales*» Interlocutoria del 22-VI-2005, Referencia 88-T-2004.

que permita al administrado “defenderse” plena e integralmente de la actividad de la Administración Pública, incluso provisionalmente y antes de resolverse el fondo del litigio, esto en razón de la efectiva tutela judicial a que todo ciudadano es merecedor. Cuando se afirma que el administrado se le debe de dotar y facilitar herramientas para defenderse plena e íntegramente de las actuaciones o actividades de la administración pública, y ya no solamente limitado a defenderse de las posibles ilegalidades que puedan revestir el acto administrativo por medio de la suspensión de la ejecución del acto como “típica” medida cautelar, dicha afirmación debe dirigirse a que ya no es posible que la SCA mantenga el criterio de no ampliación y aplicación de otros medios precautorios las actividades de la administración.

Es así que, los supuestos en los cuales el administrado sea afectado en su esfera jurídica por la actuación administrativa que consista en la denegación presunta, vías de hecho o actos que se pronuncien en aplicación de una disposición general, el medio precautorio único en nuestra LJCA, no es idóneo para otorgar por parte del Órgano Jurisdiccional una debida tutela cautelar que resguarde la efectividad de una posible sentencia favorable al administrado al incoar la acción contencioso administrativa, ya que en la mayoría de ocasiones lo que procedería sería el dictado de medidas positivas, a las cuales, los Magistrados de la SCA, «*se encuentran aún renuentes a acoger como un criterio de amplitud de la tutela cautelar*» basados en que «*no lo permite la actual Ley por no regularlo*» ú otro tipo de medios precautorios en razón de la naturaleza de la actividad administrativa que se pretenda impugnar.

Es entonces, que el margen de mecanismos que le otorga la actual LJCA al administrado para hacerle frente al poder de la Administración Pública es extremadamente limitado en razón de los medios cautelares

disponibles para una efectiva tutela cautelar, y por ende, de una efectiva tutela judicial al momento de hacer ejecutar lo resuelto, ya que la sentencia no debe ser un mero pronunciamiento, sino que debe ser llevada a su pertinente ejecución.

El reconocimiento de la necesidad que la Sala de lo Contencioso Administrativo debe ampliar criterios para una efectiva tutela judicial y cautelar verdaderamente amplia y no restringida, amparándose hasta la fecha, bajo el sagrado “*principio legalista*” de no proceder si la Ley no regula tal o cual medida cautelar solicitada para resguardar el equilibrio procesal y efectividad de la eventual sentencia favorable. Es una necesidad manifiesta ya que el demandado en sede administrativa debe contar con los mejores medios de defensa ante esas las actuaciones de la Administración Pública, lo que impone el reconocimiento de un sistema de medidas cautelares adecuadas a la naturaleza y a la finalidad de la pretensión que se espere hacer valer en el proceso.⁴⁰⁵

De la sentencia citada, se desprende la clara intención, aunque también limitada, por parte de la SC, de que la SCA deba emanar una interpretación evolutiva enmarcada en su jurisprudencia y que hasta la actualidad es notoriamente deficiente. Se cree conveniente que la SCA no debe limitarse a realizar una interpretación restrictiva producto de la notable inexistencia de instrumentos cautelares y la existencia de normas limitantes a

⁴⁰⁵ Al respecto la SC, expresa: «*De modo que , estima este Tribunal, sí a través del Proceso Contencioso Administrativo se logra obtener el control jurisdiccional de la actividad de la Administración Pública, la Sala de lo Contencioso Administrativo, debe evitar hacer interpretaciones restrictivas de su respectiva ley, y más bien buscar la manera de llenar los vacíos legales que eventualmente se puedan suscitar, a través de una concreción jurisprudencial, encaminada a determinar el contenido de cada concepto jurídico indeterminado o abierto utilizado en la ley, sin que ello signifique es se esté invadiendo facultades constitucionalmente atribuidas al Órgano Legislativo*». Sentencia Definitiva en el Proceso de Amparo del 9-II-1999, con Referencia 384-97.

la aplicación de la "típica" medida cautelar, se denota que existiendo campo fértil para un criterio de amplitud de la tutela cautelar, la voluntad de la Sala de lo Contencioso parece estar anclada en vastos criterios restrictivos y enervada en potenciar y efectivizar la obligación de prestar una protección jurisdiccional "integral" a los administrados, asegurando la idónea tutela judicial y efectiva.

Al respecto de todo lo anterior, se plantean las siguientes situaciones, en las cuales la suspensión del acto impugnado se vuelve insuficiente: si una persona solicita el ingreso a un centro de enseñanza y este se lo deniega, no podrá gozar de su derecho a la educación en tanto que se dicta la sentencia, lo que puede provocarle el daño irreparable de no poder presentarse a los exámenes o incluso de perderse un curso académico. Esto pone en relieve la insuficiencia de la medida de suspensión de los actos administrativos a la luz del derecho a la protección jurisdiccional⁴⁰⁶.

De lo anterior y en vista del criterio utilizado por la SCA en la sentencia del 30-VIII-2002, es notable el categórico rechazo e imposibilidad de adoptar una medida cautelar positiva en pro de la tutela judicial efectiva del administrado, bajo el escaso argumento de que si "no ha sido regulada en

⁴⁰⁶ La SCA utiliza ciertos criterios que limitan o restringen una posible interpretación evolutiva en materia cautelar, en el caso de una solicitud en la que se pide a la SCA dicte una medida de carácter positivo, tal es el caso de la Sentencia Definitiva del 30-VIII-2002, con referencia 130-R-2000, en la que la Sala expresa: «*Recibido dicho informe, se resolvió que no procedía la suspensión de los efectos del acto, ya que lo que la demandante había solicitado a este tribunal era una "medida cautelar de carácter positivo", con la cual se le permitiera realizar provisionalmente la conexión de agua en los términos que solicitó a la Administración. Nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, la cual tiene carácter negativo, ya que con ella el tribunal únicamente puede ordenar a la Administración que "suspenda" un hacer; que el caso de autos, se solicita por el contrario que se le ordene a la Administración que permita realizar una conexión en determinados términos, medida positiva cuya adopción no ha sido regulada en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*»

nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” no puede, por tanto, ser adoptada.

Es así, que la actual insuficiencia normativa de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo salvadoreño, pone en tela de juicio la eficacia de la función jurisdiccional en esta materia, y coloca en un evidente riesgo la concreción de derechos fundamentales como lo es el Acceso a la Jurisdicción y el derecho a la efectividad de la tutela judicial, cuyo contenido esencial comprende, como ya se mencionó, el de alcanzar la oportuna y total ejecución de la sentencia.⁴⁰⁷

Por lo que a continuación se desarrollan aspectos fundamentales en cuanto a tutela cautelar como manifestación de una tutela judicial efectiva, deben ser abordados por una nueva LJCA.

Como se abordo en párrafos anteriores, la actual legislación sobre este tema resulta insuficiente, por lo que deberían de regular ciertos aspectos en cuanto a ello.⁴⁰⁸

Como punto de partida, se considera importante el normatizar los principios mediante los cuales podrá aplicarse una medida cautelar, aunque

⁴⁰⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 25-XI-2003, en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, estableció: «*El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso a modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos*».

⁴⁰⁸ GARCIA DE ENTERRÍA comenta al respecto: “Sobre la base de ‘quién tiene la razón no puede resultar perjudicado por el proceso que necesita para que se le reconozca esa razón’, y partiendo también de que ‘la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo’, esta nueva doctrina se está articulando resueltamente como la dispensa de una tutela provisional e inmediata a quien es capaz de exhibir inicialmente una apariencia de buen derecho’, tutela sin fuerza de cosa juzgada, como es natural, y reserva de la ulterior sentencia sobre el fondo’. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** *La Batalla por las medidas cautelares...*, Op. Cit., p. 279.

jurisprudencialmente se han reconocido como principios el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, es indispensable que ambos sean plasmados de manera explícita en el cuerpo normativo que rige a la JCA y no deben ser limitados a su simple enunciación sino también se necesita ser definidos y desarrollados en cuanto a sus alcances y límites se trate.

Como segundo punto, es necesario que se desarrolle un catálogo de medidas cautelares a aplicar, en razón de que no siempre la medida tradicional de suspensión del acto impugnado resulta eficiente para proteger el derecho vulnerado. Esto implica que las medidas a enumerar se constituyen en *numerus clausus* puesto que atendiendo a las particularidades de cada caso así se aplicara la medida idónea que deberá imponerse, siendo imposible que la ley prevea todos los casos.⁴⁰⁹

Sin embargo, resulta imperioso que por medio de una disposición expresa se faculte al juzgador, dándole un amplio margen de maniobra, para que este adopte la medida más idónea según el caso que se le presente, y no limitarlo con el reconocimiento taxativo de ciertas medidas cautelares, o peor aún el reconocimiento como única medida cautelar: la *suspensión de los efectos del acto*.

En el Proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Título V se encuentra el Régimen de las Medidas Cautelares, siendo el Art.

⁴⁰⁹ Establece GARCÍA DE ENTERRÍA que “el abanico de medidas cautelares a adoptar por los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, abarca no solo la suspensión de la ejecución del acto, sino que se extiende, en definitiva, a todas aquellas que según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el pleito recayere. De aquí surge el principio que he llamado *numerus apertus* o de la libre configuración por el juez de las medidas cautelares, no tasados en ninguna lista o catálogos concretos” **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**. *La Batalla por las medidas cautelares...*, Op. Cit., p. 279.

105 el que regula “Las clases de medidas cautelares y tiempo para solicitarlas”, estableciendo que «*Las partes podrán solicitar en cualquier estado del proceso, incluso en la fase de ejecución, la adopción de cuantas medidas fueran necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia*»⁴¹⁰

De la lectura de dicha disposición se comprende: que el juzgador adoptara la medida más idónea para el caso en concreto, con la finalidad de asegurar así la efectividad de una futura sentencia estimatoria, debido a que como ya se acoto anteriormente, la suspensión de los efectos del acto resulta ser insuficiente e improcedente en los casos en que por ejemplo se pretenda el reconocimiento de un derecho, puesto que como aún no se disfruta de el, la suspensión carece de sentido, o en los supuestos en los cuales el administrado sea afectado en su esfera jurídica por la actuación administrativa que consista en la denegación presunta, vías de hecho, la suspensión por lo tanto no es idóneo para otorgar por parte del Órgano Jurisdiccional una debida tutela cautelar que resguarde la efectividad de una posible sentencia favorable al administrado.

5.5 POSIBLES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS

Se ha venido planteando en el presente capítulo que a pesar que la LJCA dejo de ser eficaz para la resolución de los conflictos de esta naturaleza, la SCA como único tribunal con competencia en lo contencioso administrativo también debe afrontar nuevos desafíos en cuanto el tema de

⁴¹⁰ Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Con número de Expediente 711-5-2010-1, Presentado a la Asamblea Legislativa, Sección de Correspondencia Oficial a las 10:12, del día 19 de mayo de 2010, por el Grupo Parlamentario del Partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA).

medidas cautelares, puesto que como ya se acoto, la única medida cautelar reconocida por la ley y por lo tanto aplicable por la SCA es la suspensión del acto impugnado; sin embargo, hay posibilidades de aplicar otro tipo de medidas, es decir las *medidas cautelares innovativas*, por lo que procede realizarse la siguiente interrogante ¿Cómo podría aplicar la SCA otras medidas cautelares si no están regulados en la LJCA como *numerus clausus*? A lo largo de esta investigación se ha intentado dar respuesta a esta interrogante, puesto que es el tema medular del tema de la investigación, por lo que se desarrolla a continuación tres posturas de posible solución al problema del no reconocimiento y aplicación de medidas cautelares innovativas.

5.5.1 El Principio de Supletoriedad del Derecho Común en el Proceso Contencioso Administrativo.

Es de mencionar que nuestro proceso contencioso administrativo obedece a un cuerpo procesal de 1979, y a pesar de que en su momento representó un enorme paso para el Derecho Público criollo, a estas alturas el mismo ha demostrado ser un proceso insuficiente, con lagunas normativas e incompatible en muchos aspectos con las tendencias y principios que podemos extraer de nuestra Constitución de 1983.

Ahora bien, los vacíos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA) han sido en gran parte superados por la aplicación supletoria del ordenamiento jurídico procesal civil, bajo la dirección de nuestra jurisprudencia administrativa.⁴¹¹ Este principio de supletoriedad al

⁴¹¹ **MENA GUERRA, Ricardo.** “El Principio de Supletoriedad del Derecho Común en el Proceso Contencioso Administrativo Salvadoreño”. *En Congreso Internacional de Derecho*

proceso civil cuenta con normas positivas que lo respaldan y que establecen a su vez, un sistema de remisión supletoria genérica⁴¹²

Así, el artículo 53 de la LJCA preceptúa que en el juicio contencioso administrativo se aplicarán, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de éste, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles (CPC) que no contraríen el texto y los principios procesales que esta ley contiene. No obstante, el CPC fue derogado por la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) el primero de julio del año dos mil diez, por lo que la supletoriedad se aplicaría en relación con el CPCM y no con el CPC por haber sido éste derogado. También el artículo 20 del Código Procesal Civil y Mercantil, por cierto “autosuficiente” establece que “en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente”.

Por tanto, existiendo múltiples vacíos en la LJCA, es posible, por mandato legal, colmar los mismos con disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), decretado el 18 de septiembre de 2008, con vigencia a partir del primero de julio de 2010.

Sin embargo, dada la reciente vigencia del referido Código, es todavía una incógnita para los profesionales del Derecho los alcances del principio

Administrativo. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo El Salvador 2011. RODRÍGUEZ-Arana Muñoz, Jaime y otros. Corte Suprema de Justicia. Sección de Publicaciones. San Salvador, 2011. p. 531.

⁴¹² Al respecto, el Dr. MENA Guerra, cita a MARTÍN CONTRERAS, L. La supletoriedad de la ley de enjuiciamiento civil en la ejecución contencioso-administrativa, en publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos, 2004. Ps. 4569-4591. *En España, “de los distintos tipos de remisión supletoria, tres son los modelos bajo los que se pueden agrupar, según su naturaleza, los diferentes preceptos de remisión. En primer lugar, los que contienen las remisiones genéricas (...) en segundo lugar, las remisiones amplias (que) no se trata de remisión a aspectos concretos, pero tampoco puede considerarse una remisión en bloque, como la remisión a la regulación de la prueba, (...) En tercer lugar, la remisión concreta a un artículo”.*

de supletoriedad en el proceso contencioso administrativo, sobre todo porque el naciente cuerpo normativo obedece a reglas y principios distintos del proceso civil derogado; como son la oralidad, publicidad, concentración, inmediación, concentración, veracidad, lealtad procesal, buena fe y probidad procesal, entre otros.

El artículo 53 de la LJCA da pie al principio de supletoriedad del derecho común en el proceso contencioso administrativo, dicha supletoriedad permite paliar en alguna medida las lagunas que tiene la LJCA, no obstante la reciente vigencia del CPCM trae la interrogante en los profesionales del Derecho de cuáles serán los puntos de supletoriedad del Código frente al Proceso Contencioso Administrativo.

El tema desarrollado es discutible dada la novedad de las instituciones jurídicas que introduce el CPCM, que bien pueden ser aplicables al PCA, (sin embargo no profundizaremos en cada una de ellas por no constituir parte central de la investigación), será la jurisprudencia administrativa quien fije cuáles son los puntos de supletoriedad del CPCM en el Proceso Contencioso Administrativo Salvadoreño.

La aplicación supletoria y operatividad del nuevo CPCM en el PCA no sólo implica una modificación en la legislación aplicable, sino un cambio de cultura jurídica en los jueces y litigantes, o sea de formación en modernas tendencias del pensamiento jurídico.

4.5.1.1 Régimen de Medidas Cautelares.

Como se ha establecido anteriormente, las medidas cautelares son una parte fundamental del derecho a la protección jurisdiccional y al derecho

a la tutela judicial efectiva, y es que mediante estas medidas, se puede garantizar los resultados efectivos de una eventual sentencia estimatoria. Sin ellas no puede hablarse de una verdadera justicia.⁴¹³

Es por ello, que las medidas cautelares son instrumentos que sirven para evitar el peligro de que la justicia pierda su eficacia, teniendo como finalidad evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectiva satisfacción de la pretensión del actor, garantizando así el eficaz funcionamiento de la justicia⁴¹⁴.

Sin embargo como se ha venido hablando, la LJCA solamente recoge como medida cautelar “la suspensión de los efectos del acto impugnado”, y es en los artículos. 16 al 18 que otorga los parámetros que el tribunal debe valorar al momento de decretar o denegarla.

Contrario a ello es la regulación innovadora del CPCM con respecto al tema de medidas cautelares, a partir de los artículos 431 y siguientes. Importancia relevante tiene el desarrollo de las medidas cautelares atípicas, las cuales de conformidad al artículo 437: *consisten en la adopción de medidas no catalogadas de forma expresa en la ley, pero que son necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria.*

No se puede ocultar el hecho que la suspensión del acto impugnado no satisface todas las circunstancias y los casos de demandas contra la

⁴¹³ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** En *La Batalla por las Medidas Cautelares* (Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español). Thomson Civitas. Tercera edición ampliada. 2004. p. 260 y ss. Existe un deber de los tribunales de adoptar aquellas medidas tutelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad de acto terminal, pues el derecho a la tutela judicial efectiva implica sin duda, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar en cuanto instrumento idóneo, sino imprescindible.

⁴¹⁴ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen.** *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa.* Madrid. Civitas. 1991. p. 32.

Administración Pública por no ser ésta la idónea en muchos casos o resultar insuficiente, como por ejemplo en los casos de un acto denegatorio de la Administración a una “X” solicitud, la carga impuesta por ésta de no realizar una actividad cuando los efectos positivos del acto ya han sido consumados parcial o totalmente, o cuando la suspensión debe ir dirigida a otra autoridad distinta del órgano administrativo demandado.⁴¹⁵

Esta deficiencia en la regulación de las medidas cautelares que recoge la LJCA ya ha sido advertida por la SC en los casos de amparo, donde la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) al igual que la LJCA, establece únicamente la “suspensión de los efectos del acto reclamado”. Es así, como la SC ha expresado: *“que existen supuestos fácticos en que la mera suspensión del acto o actos impugnados en el amparo resulta insuficiente para procurar la plena efectividad de la función cautelar, por lo que se requiere la adopción de medidas peculiares que superen lo que tradicionalmente implica la simple paralización de las actuaciones atacadas, en estos casos, este tribunal se encuentra plenamente habilitado para decretar las providencias que estime indispensables a fin de garantizar la efectiva realización de su actividad jurisdiccional”*.⁴¹⁶

El mismo criterio ya había sido adoptado por la SC en el proceso de amparo con referencia 12-2002, en el que una persona infectada con el virus de inmunodeficiencia humana, demandó al Ministro de Salud Pública y Asistencia Social por la negativa a proporcionarle el medicamento necesario antiviral denominado “triple terapia o terapia antirretroviral asociada”. En este caso la SC ordenó como medida innovadora a la autoridad demandada

⁴¹⁵ **MENA GUERRA, Ricardo.** *“El Principio de Supletoriedad del Derecho Común en el Proceso Contencioso Administrativo Salvadoreño”*...Op. Cit. p. 542

⁴¹⁶ Sentencia Interlocutoria de fecha 30-I-2004, Proceso de Amparo con referencia 942-2003. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

proporcionarle los medicamentos al demandante mientras se tramitaba el proceso.⁴¹⁷

Es en el proceso bajo la referencia 37-2005, que la SCA al conocer sobre la remoción o destitución de los miembros de la Junta de la Carrera Docente y de los actos de nombramiento de los miembros sustitutos, ordenó como medida cautelar que dichos funcionarios removidos se mantuviesen en sus cargos mientras se tramitaba el proceso. Dicha medida cautelar fue de carácter atípica o innovativa, pues implicaba una orden de reinstalo como medida precautoria.⁴¹⁸

Los casos anteriormente citados, constituyen una aplicación directa de la Constitución en resguardo al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la protección jurisdiccional regulados en los artículos 2 y 11 Cn. En ese sentido, desde una perspectiva finalista y no meramente literal y restrictiva de la institución de las medidas cautelares, es necesario que en el proceso contencioso administrativo se adopten medidas cautelares atípicas de acuerdo a la necesidad del justiciable y bajo las particularidades de éste proceso. Pero esto no por la supletoriedad del CPCM sino por una aplicación directa de la Constitución como norma primaria.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Sentencia Interlocutoria de fecha 14-I-2002, Proceso de Amparo con referencia 12-2002. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

⁴¹⁸ Sentencia Interlocutoria de fecha 01-VII-2005. Proceso con referencia 37-2005. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia.

⁴¹⁹ Sobre la primacía constitucional e interpretación **CAJARVILLE PELIFFO, J. Sobre Derecho Administrativo** t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007. pp. 265-284. Expresa el autor que lejos estamos de los riesgos que puede comportar una aplicación indiscriminada y generalizada del principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, sobre lo que alerta una doctrina europea. *“Nuestro pecado es el de la ignorancia o el premeditado desconocimiento de los principios constitucionales que lesionan la efectividad de la Constitución como norma suprema de convivencia”* Además agrega *“que la responsabilidad por respeto de la Constitución no se concentra en la Suprema Corte de Justicia, recae sobre todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales, del más encumbrado al más humilde (...)”*

No obstante, el CPCM puede servir de guía ilustrativa o analógica, sin embargo, el fundamento principal para el otorgamiento de medida atípicas en el Proceso Contencioso Administrativo es mediante la aplicación inmediata y directa por parte de la SCA de la Constitución en virtud que los artículos 2 y 11 que establecen el derecho a la protección jurisdiccional, el cual no tiene una verdadera eficacia sin una medida cautelar adecuada.⁴²⁰, esto es sin necesidad de acudir a la supletoriedad del CPCM.

Por otra parte, como lo planteamos en párrafos anteriores la Contracautela es un requisito procesal para el despacho de cualquier medida cautelar, y representa el necesario contrapeso de su despacho sin dar audiencia a la parte demandada. Si bien es cierto en nuestro sistema Contencioso Administrativo no se ha regulado disposición alguna con respecto a este presupuesto, sin embargo en países como Argentina y España si hay regulación expresa al respecto y se cuenta con numerosa doctrina y jurisprudencia.

A nuestro entender la Contracautela es lo que el peticionante de una cautelar tiene que dar para garantizar dicha cautela, como todavía no se cuenta con la prueba necesaria ni sentencia que de la razón al solicitante, solamente el pedido que tiene que ser veraz y ajustado a derecho, es por ello que se da una suma económica de respaldo a su pretensión por si al final la sentencia es desestimatoria y tal medida ha perjudicado sobre quien recayó

⁴²⁰ Esta postura es adoptada por el Dr. Ricardo Mena Guerra en su ponencia e intervención en el Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo que tuvo lugar en el marco de la celebración del X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2011, realizado en el mes de Septiembre en El Salvador. Por lo cual el trabajo de este tratadista se encuentra comprendido de paginas 529 a la 545 en la publicación del Congreso Internacional de Derecho Administrativo que compila las ponencias y conferencias presentadas por los especialistas en Derecho Administrativo del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2011.

la misma, es decir que la Contracautela funciona como garantía por si se tiene que indemnizar a la otra parte si se le ocasionara un perjuicio con la medida.

Claro está que en el sistema salvadoreño específicamente en el Contencioso Administrativo donde el particular es el demandante en la mayoría de casos y la Administración Pública la parte demandada, se enfrentaría el particular a un problema mas complejo que el despacho de una innovativa que de por sí solo eso es una hazaña, el garantizar la medida con una Contracautela implica mucha más desventaja para el demandante el acceso al Órgano Jurisdiccional y obtener una tutela judicial efectiva por parte de éste, ya que si el particular se aboca a los tribunales por haber sido perjudicado por un acto de la administración sería desproporcional e inconveniente tener que rendir fianza para que se le despache la medida.

5.5.2 Constitucionalización de las Medidas Cautelares

Establecida la postura adoptada por el Doctor *MENA GUERRA*, en su participación en el X Foro Iberoamericano, como ya se desarrollo en el apartado anterior, éste autor sostiene que la forma más idónea de que la SCA aplique medidas cautelares innovativas es a través de una interpretación constitucional de las medidas cautelares; ya que la LJCA data del año de 1978 y por lo tanto es preconstitucional. Esto conlleva a la necesidad de realizarse una interpretación conforme a la Constitución, por ser esta nuestra carta magna, es decir, la fuente del derecho más directa, formal y material del Derecho Administrativo, y conforme al *principio de protección jurisdiccional ó derecho de una efectiva tutela judicial*, que tienen su fundamento en el artículo 2 de la Cn., implica el Derecho que una persona tiene a una sentencia de fondo y que por lo tanto ésta se ejecute íntegra y

eficazmente, y el art. 172 que recoge la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conferida al Órgano Judicial⁴²¹

En esta misma línea, el Doctor *ENRIQUE MENA CASTRO*, sostiene que para el problema actual de la regulación de la suspensión cautelar, se debe reflexionar sobre el fundamento constitucional que el instituto cautelar puede encontrar en el derecho a la protección jurisdiccional consagrado en el artículo 2 de la Constitución, así como también dejar cuando menos planteadas las exigencias que ese derecho constitucional impone a una hipotética regulación de las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo⁴²².

Desde la perspectiva de la demora de los procesos, las medidas cautelares tienen como fin principal evitar que el tiempo necesario para que se produzca la sentencia no acabe por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado.

No se puede considerar que exista un respeto al derecho a la protección jurisdiccional en aquellos casos en los que como consecuencia de la dilatación del proceso la sentencia pierda su capacidad de transformar en realidad el derecho tutelado. Así, por ejemplo, tendría poca utilidad la sentencia que declarase el derecho a cobrar una pensión a un demandante fallecido en el ínterin, o que un edificio no está ruinoso cuando ya ha sido

⁴²¹ Este es el fundamento constitucional utilizado por la SC al señalar que el *periculum in mora*, entendido como el peligro en la demora, importa el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional. Auto del 14-I-2002, Proceso de Amparo 12-2005.

⁴²² **MENA CASTRO, Enrique.** “*El Derecho a la Protección Jurisdiccional como fundamento de la Tutela Cautelar: su incidencia ante una posible reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*” de la Revista de Ciencias Jurídicas DE LEGIBUS No. 2 de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Enero-junio 2008. p. 78

demolido y sus habitantes desalojados, o aquella otra que estime improcedente la imposición de una sanción de cesación de una sociedad cuando ésta ya ha sido disuelta o liquidada, etc. A estos ejemplos puede agregarse una infinita lista de supuestos sacados de la cotidianidad judicial en los que lastimosamente el proceso no puede cumplir su finalidad tuitiva de los derechos de los individuos⁴²³.

5.5.2.1 Derecho a la Protección Jurisdiccional y Medidas Cautelares

Es a partir de la Constitución de 1983 que el derecho a la protección jurisdiccional, que se deriva del art. 2 de la Constitución⁴²⁴, se ha convertido en uno de los pilares fundamentales que viene marcando los pasos de la actividad jurisdiccional en todos los órdenes: como principio rector, el principio de protección judicial ha permitido que se vaya consolidando el verdadero Estado de Derecho⁴²⁵, objetivo primordial de la Constitución salvadoreña.

Sin embargo es importante señalar que este derecho a la protección jurisdiccional existe con independencia de que figure en las declaraciones de

⁴²³ *Ibidem.* p. 81

⁴²⁴ **Art. 2 Cn.:** “*Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.*”

⁴²⁵ J. CHEVELLIER, sostiene que «el Estado de Derecho implica una confianza absoluta en el Derecho, la creencia en las virtudes de la dogmática jurídica para alcanzar los objetivos que se asignan, hacer prevalecer los valores a los que se está apegado». Se extiende la cita diciendo que «Esta confianza en el derecho favorece el ensanchamiento incesante del campo de la juridicidad: cualquier extensión de las garantías tiene a ser percibida como positiva; y la juridicización íntegra de la relaciones sociales perfila el horizonte del Estado de Derecho». Citado por **FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón:** *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, p. 257.

los derechos humanos y pactos internacionales, constituciones o leyes de cada Estado.

En ese sentido, *GONZÁLEZ PÉREZ*, considera que *el derecho a la tutela judicial efectiva, como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres*⁴²⁶.

Se trata, por tanto, de un principio universal que dada su naturaleza no necesita del singular apoderamiento por parte de los Estados para su plena eficacia y respeto. La norma suprema de El Salvador no contiene un reconocimiento expreso sobre el derecho a la protección jurisdiccional, sin embargo, a partir de la doctrina jurisprudencial, especialmente la de la Sala de lo Constitucional, es incuestionable que los ciudadanos de este país gozan del derecho a obtener de los jueces una protección jurisdiccional que, además, no puede ser cualquiera sino que ha de ser efectiva⁴²⁷.

Desde una perspectiva general, *GONZÁLEZ PÉREZ* ofrece una noción en los siguientes términos: *«El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretende algo de otra fundada en el ordenamiento jurídico, esta pretensión sea*

⁴²⁶ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús:** *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 25. Este autor considera que el derecho a la tutela judicial efectiva no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. No es algo que derive del modelo de Estado que dice aportar la Constitución española de 1978, sino algo consustancial a todo Estado.

⁴²⁷ El derecho a la protección jurisdiccional se ha configurado con la finalidad de darle vida a todas las categorías constitucionalmente protegidas, que forman parte de la esfera jurídica del individuo, en el sentido que las personas tengan la posibilidad de dirigirse ante el órgano estatal competente, para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier afectación provocada por actos u omisiones que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de sus derechos. Sentencia Definitiva del 24-VIII-2006, Proceso de Amparo con Referencia 258-2004. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

atendida por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas»⁴²⁸.

La Sala de lo Constitucional, señaló que *«nuestro constituyente dejó plasmado en el artículo 2, inciso primero el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de toda persona, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos establecidos en la Constitución»⁴²⁹.*

Agrega dicha SC que *«tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del instrumento heterocompositivo -también creado constitucionalmente- diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento».*

Sin embargo, aunque la SC no haya declarado abiertamente la sustantividad propia del derecho a la protección jurisdiccional ni su carácter de derecho fundamental capaz de merecer una tutela autónoma, es importante señalar que se trata de un derecho reconocido por nuestra Constitución, que tiene un contenido específico, y a cuya defensa están obligados todos los poderes del Estado.

Con el propósito de poder introducir la tutela cautelar en el derecho a la protección jurisdiccional, nos interesa en este contexto destacar cuáles

⁴²⁸ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús:** "Las Cortes Generales y el proceso administrativo", en *Las Cortes Generales*. Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Madrid, s/a, p. 1319.

⁴²⁹ Sentencia Definitiva del 25-V-1999, Proceso de Amparo con Referencia 167-97. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

son esas garantías procesales que, desde una amplia dimensión, se encuentran afiliadas al denominado derecho a la protección judicial.

En ese sentido, puede afirmarse que el núcleo esencial del derecho a la protección jurisdiccional tiene cuando menos el siguiente contenido⁴³⁰:

a) Derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas;

b) Derecho de defensa o, lo que es lo mismo, la prohibición constitucional de indefensión;

c) Derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso.

d) El derecho a la efectividad de la sentencia o de la tutela judicial (es aquí donde queda comprendido el derecho a obtener la tutela cautelar).

Todo ello quiere decir que el derecho a la protección jurisdiccional como derecho fundamental, en su dinámico funcionamiento, no siempre presenta una apariencia autónoma ni unitaria, sino que se materializa a través de cualquiera de los derechos y garantías que acabamos de desarrollar. Del mismo modo, tampoco constituye una norma suprema de carácter programático, sino que, por el contrario, es plenamente operativa y, por tanto, de aplicación directa por parte de los poderes públicos que se encuentran directamente vinculados al texto constitucional. Vinculación que presenta una singular connotación respecto al poder judicial, a quien, siempre por imperativo constitucional, está conferida la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

⁴³⁰ **MENA CASTRO, Enrique.** *“El Derecho a la Protección...”* Op. Cit. p. 89

En ese sentido, la efectividad de la protección judicial no sólo reclama un ejercicio viable de los derechos e intereses ante el órgano jurisdiccional en cuanto exento de toda suerte de trabas y obstáculos, sino que también exige que las eventuales decisiones estimatorias de las pretensiones ejercitadas sean susceptibles de tener eficacia real en la esfera jurídica o situación para la que se reclama la tutela jurisdiccional, de tal modo que se logre una reparación objetiva de aquéllas.

Es la constante búsqueda por la efectividad de las resoluciones lo que nos acerca a las medidas cautelares, las cuales, dada la virtual demora con que se resuelven los asuntos en los estrados judiciales, contribuyen de manera especial a conseguir esa pretendida eficacia al fin y al cabo, objetivo prioritario y último de la justicia o cuando menos servirán para mitigar los posibles perjuicios que como consecuencia de la demora de los procesos se puedan inferir en la eficacia de la justicia.

De este modo debe reconocerse que el derecho a obtener una tutela cautelar tiene un fundamento no sólo procesal como es el que encuentra en el art. 172 de nuestra Constitución, sino también un fundamento sustantivado que reside en el derecho a la protección jurisdiccional, que debe concebirse como un derecho fundamental de los ciudadanos, cuya obstaculización, por ejemplo, al no adoptar una medida cautelar oportuna, podría dar lugar al amparo constitucional.

5.5.2.2 Las Medidas Cautelares como derivación del Derecho a la Protección Jurisdiccional.

De todo lo anteriormente relacionado, se puede establecer que la institución de las medidas cautelares, y por tanto el derecho a obtener la

tutela cautelar que sea necesaria, deviene directamente del derecho a la protección jurisdiccional⁴³¹ y que, como consecuencia, las medidas cautelares se convierten en el instrumento idóneo pero sobre todo hábil para la protección de ese derecho fundamental⁴³².

El art. 2 de la Cn, no se refiere expresamente al derecho que los individuos tienen a obtener tutela cautelar, situación que resulta razonable si se tiene en cuenta el carácter de directriz que acompaña a este tipo de normas; sin embargo, si la observación de este precepto se hace desde el plano dinámico, sí es posible encontrar en el derecho a la protección judicial efectiva un respaldo a las medidas cautelares, pues esa protección judicial sólo será efectiva en la medida en que se adopte la tutela cautelar que asegure sus efectos. En efecto, la SC ya ha declarado que «Desde una perspectiva constitucional, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Bien es cierto que, a este respecto, existen importantes diferencias según la clase de proceso, pues mientras el tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal importa más a la libertad personal y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, en los procesos no penales el aspecto más relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva»⁴³³. A pesar de su importancia, cabe

⁴³¹ Deviene la necesidad en este punto de tener en cuenta el cuadro descriptivo de esta interconexión hecho por **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**: "Reflexiones sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo", en *REDA*, N° 76, 1992.

⁴³² Al referirse a la conectividad entre las medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva, **CHINCHILLA MARÍN**, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional, lo hace en los siguientes términos: «la suspensión y, en general, la tutela cautelar es una exigencia de la efectividad de las resoluciones judiciales que son, a su vez, el instrumento a través del cual se otorga la tutela judicial», **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**: "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", en *RAP*, N° 131, 1993, p. 168.

⁴³³ Sentencia del 4 de junio de 2002. Amparo Ref. 737-2001. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

hacer dos advertencias sobre esta doctrina jurisprudencial: la primera, que no se precisa cuáles son todas las implicaciones que se derivan del hecho de que las medidas cautelares encuentren su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva; y la segunda, que se trata de una doctrina jurisprudencial que, por desgracia, no ha tenido mayor desarrollo.

En vista de lo anterior, el esquema del razonamiento ha seguir para poder anclar en el principio de protección judicial las medidas cautelares adoptadas en el juicio contencioso administrativo puede describirse de la siguiente manera: se parte de la premisa básica de que por virtud de la tutela judicial los ciudadanos tienen derecho a que se les garantice la efectividad de la sentencia; para que se consuma tal fin, el Estado debe garantizar por todos los medios posibles que los efectos de la sentencia se cumplirán, a pesar de que ésta llegue con retraso. Por todos los medios quiere decir que todos los Órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, deben actuar de manera tal que el derecho a la protección jurisdiccional sea una realidad: *el legislador*, aprobando una normativa que permita tutelar cautelarmente cualquier situación, que contenga los requisitos para la adopción de las medidas, que reconozca un cauce procesal ágil para resolver el incidente cautelar, etc.; *de los jueces y tribunales* se demanda una interpretación en clave constitucional del régimen cautelar, es decir, anteponiendo el derecho a la protección jurisdiccional frente a la literalidad de las normas.

Vistas así las cosas, y toda vez que se admita que la tutela cautelar ha pasado a formar parte del derecho a la protección jurisdiccional, la adopción de medidas cautelares debe pasar de tener un carácter excepcional a convertirse en una verdadera «facultad-deber» que el órgano jurisdiccional

puede y debe ejercitar cuando así sea necesario⁴³⁴, superando así la arcaica y errónea interpretación que sobre la actual regulación se ha venido haciendo.

El reconocimiento constitucional de las medidas cautelares ha de significar que si por no adoptarse una medida cautelar, llegada la sentencia, la situación declarada contraria al ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, *se habrá lesionado el derecho a la protección jurisdiccional*. A nuestro juicio, este derecho tiene la capacidad de consagrar por sí derechos fundamentales de la persona, que, si bien al mismo tiempo son garantías genéricas de los derechos y libertades, pueden resultar directamente afectados y, en consecuencia, claman una protección constitucional específica.

Esta connotación de la tutela cautelar, sobrelleva al mismo tiempo otra consecuencia, es decir, que dada su constitucionalidad, las medidas cautelares deben pasar a constituirse en un límite frente al privilegio de autotutela que, a pesar de que los intereses generales urjan su inmediata ejecución, en determinadas circunstancias deberán ceder ante la necesidad de que, mediante la adopción de medidas cautelares, se pueda salvaguardar, en este caso, la efectividad de la protección judicial⁴³⁵. En definitiva, se propone que la tutela cautelar en el contencioso administrativo sea ampliada y perfeccionada a la luz del derecho a la protección jurisdiccional.

⁴³⁴ **ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José M.** "Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de junio de 1998", en *AJA*, N° 370, 1998, p. 1.

⁴³⁵ Pero no es el derecho a la tutela judicial el único derecho fundamental que puede verse beneficiado mediante la protección que ofrecen las medidas cautelares, pues, con esta clase de medidas también se puede llegar a dar protección a otros derecho fundamentales; como tampoco es —la tutela judicial— el único derecho fundamental ante el cual, dadas determinadas condiciones, ha de ceder el privilegio de autotutela ejecutiva.

Una vez reconocido el anclaje constitucional que las medidas cautelares encuentran en el derecho a la protección jurisdiccional efectiva, la hipotética regulación sobre las medidas cautelares en el contencioso administrativo salvadoreño no puede ser cualquiera, sino que ha de ser una que garantice que las medidas cautelares cumplan su función instrumental de asegurar la efectividad de las sentencias o, lo que es lo mismo, de la justicia.

Es necesario, pues, apostar por un nuevo *forma* de justicia cautelar, que permita dejar atrás las refutaciones que actualmente se pueden hacer a la regulación vigente, la cual, además, se ha visto agravada con la diminuta interpretación jurisprudencial que ha venido realizando la SCA. La larga duración de los procesos en nuestro contencioso administrativo hace que ya no pueda pasar desapercibido el modo como se resuelve la suspensión ni el hecho de que sea ésta la única medida cautelar posible, que como ha mostrado la práctica es insuficiente para tutelar cautelarmente determinadas situaciones, tal es el caso típico de los actos denegatorios. De ahí que se demande con carácter urgentísimo *una reforma a la LJCA* en ese sentido; sin embargo, mientras no llegue la tan ansiada reforma, también *debe demandarse de la SCA la superación de toda interpretación literal y restrictiva de la actual regulación* y, por el contrario, debe esperarse una posición más favorable al derecho a obtener la tutela cautelar necesaria para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

Confirmada la noción de que las medidas cautelares forman parte del derecho constitucional a la protección judicial, es menester señalar que esa «CONSTITUCIONALIZACIÓN»⁴³⁶, si quiere tener alguna trascendencia

⁴³⁶ El fundador de esta nueva concepción de la tutela cautelar en el derecho español fue **GARCÍA DE ENTERRÍA**, en su obra: "Reflexiones sobre la Constitucionalización de las

práctica, no puede ni debe quedar en una mera declaración de intenciones que busque su eficacia en la inercia; por ello, se demanda la fijación de los contenidos mínimos que se derivan de ese reconocimiento⁴³⁷.

De todo lo anterior se plantea que para el caso de la creación de una propuesta de una nueva LJCA deberá contener los aspectos mínimos para un auténtico derecho a la protección jurisdiccional. Es decir, que como primera derivación del derecho a la protección jurisdiccional, las medidas cautelares como un instrumento normal del juez; para su otorgamiento deberá tener en cuenta, como criterio fundamental, el riesgo de que pueda quedar frustrada la efectividad de la tutela que ha de despachar la sentencia definitiva.

La tutela cautelar, al mismo tiempo que se constituya en una plena facultad del juez, debe consolidarse como un derecho subjetivo de los ciudadanos, que al ver amenazados sus intereses anidados en la pretensión judicial planteada podrán accionar el mecanismo de las medidas cautelares.

Medidas Cautelares en el Contencioso-Administrativo" en *El Acto y el Procedimiento*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993. En el que expresa que "la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en Auto de 20 de diciembre de 1990, inició un espectacular cambio de jurisprudencia, basándose de manera especialmente lúcida en el art. 24 de la Constitución y en su exigencia de "efectividad" de la tutela, además de invocar el entonces reciente precedente comunitario de Factortame. El propio Tribunal Supremo en sus ulteriores decisiones, así como los Tribunales Superiores de Justicia, han seguido la misma línea, pero enfatizando sobre todo el argumento del art. 24 de la Constitución que es, sin duda, el básico. Conviene recordad que este concepto de "efectividad" de la tutela, que ahora utilizan el Consejo Constitucional francés y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es venturosamente, un concepto explícito en nuestra Constitución. Los Tribunales, por ello, no tienen nada que inventar o dejarse llevar por soluciones hoy comunes en otros ordenamientos; les basta con aplicar literalmente los propios términos utilizados con intención inequívoca por el art. 24 de la Constitución.

Debe decirse por tanto, que en nuestro Derecho Administrativo la "constitucionalización" de las medidas cautelares es ya un hecho, un hecho resultante de la práctica aplicativa, y de la competencia (y la obligación) que tienen los Tribunales ordinarios de aplicar directamente la Constitución".

⁴³⁷ La concepción de un Estado social y democrático de Derecho propugna una organización del derecho que facilite el ejercicio de los derechos conquistados.

Esta nueva forma de entender las medidas cautelares dejaría atrás el ineficaz criterio de los «daños y perjuicios», cuya comprobación, al quedar en manos del peticionario, hace casi imposible la adopción de las medidas cautelares. Se recomienda pasar de este modo a una fórmula más facilitadora como es «el peligro de que la sentencia pierda su efectividad».

Pero esa nueva concepción también ha de dar paso a que sea posible el otorgamiento de cualquier clase de medidas cautelares. Es decir que el derecho fundamental a la tutela cautelar entraña la posibilidad de adoptar toda clase de medidas que según las circunstancias en cada caso concreto sean necesarias para asegurar la plena efectividad de la sentencia de fondo que resuelva el asunto principal.

Un nuevo sistema de medidas cautelares ha de permitir la suspensión de un acto negativo; también debe permitir aquellas medidas que impliquen un hacer o establezcan una obligación de pago o entrega anticipada por parte de la Administración; o las que se traduzcan en una modificación del contenido del acto impugnado a fin de lograr así el equilibrio entre el interés general y los derechos e intereses del demandante⁴³⁸.

Asimismo, es importante la obligación que se impone al legislador⁴³⁹, en virtud del derecho a la protección judicial (sin pretender desconocer el

⁴³⁸ En ese sentido **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**: "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", en *REDA*, Nº 71, 1991. Se realiza un análisis sobre la argumentación que utiliza el órgano jurisdiccional para la adopción de medidas cautelares diferentes a la suspensión.

⁴³⁹ Si la efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial, es claro que debe ser promovida por todos los poderes públicos. Así, respecto al legislador, y desde una perspectiva general, se dice que éste, al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que

margen de discrecionalidad con que cuenta) una especial limitación a su potestad normativa, en tanto que no podrá por decreto establecer que el acto administrativo dictado en un ámbito concreto no es susceptible de suspensión cautelar o, lo que es lo mismo, inhibir al juez para que sea él quien decida sobre la procedencia o no de una medida cautelar.

Dicho en otros términos, debe considerarse contraria al derecho fundamental a la protección jurisdiccional toda norma que prohíba la posibilidad de suspender la ejecución del acto administrativo o, en general, la adopción de cualquier medida cautelar.

Ello porque el derecho a la protección jurisdiccional impide que el legislador quede libre de todo límite para disponer o no de las medidas cautelares y, además, porque la efectividad de este derecho sólo será posible en la medida en que el poder judicial cuente con las potestades para salvaguardar los derechos e intereses cuya protección se demanda. En consecuencia, el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a garantizar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso.

Sobre este mismo aspecto, *CUCARELLA GALIANA*⁴⁴⁰ sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo exige al legislador que no emita normas que limiten la función cautelar, sino que también le transfiere la obligación de prever medidas cautelares que estén dirigidas a evitar el *periculum in mora* y los consecuentes daños que puedan producirse.

se despreocupe de la efectividad de la tutela. Sin duda que, como se ha expuesto, las medidas cautelares constituyen un instrumento para conseguir tal efectividad, una regulación mísera en esta materia es tanto como ir en contra de la propia Constitución.

⁴⁴⁰ **CUCARELLA, Galiana** "Constitución y tutela cautelar: una revisión de las aportaciones de la jurisprudencia y doctrina italiana", en *Revista de Derecho Procesal* Nº 1, 1998, p. 83.

Posición que resulta lógica si se tiene en cuenta que es connatural a la tutela cautelar que toda su regulación esté informada por la idea del aseguramiento de la efectividad de la sentencia. Se trata pues de una vinculación positiva en virtud de la cual el legislador debe prever los mecanismos necesarios que faciliten el aseguramiento de la efectividad de la justicia.

Por todo lo anteriormente expuesto creemos que es mediante la constitucionalización de las medidas cautelares, que se puede dar respuesta a la interrogante que nos planteábamos al inicio del apartado 4.5: *¿Cómo podría aplicar la SCA otras medidas cautelares si no están regulados en la LJCA como numerus clausus?, por lo que concluimos en que solo realizando una interpretación conforme a la Constitución es que se puede salvaguardar el derecho a la protección jurisdiccional de todo ciudadano, traduciéndose esto a una efectiva tutela judicial a través de la adopción de medidas cautelares innovativas.*

5.5.3 Aplicación de los Tratados Internacionales

En el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, el Licenciado *NELSON ARMANDO VAQUERANO*,⁴⁴¹ en su ponencia disertó que con respecto al tema de la adopción de medidas cautelares diferente a la suspensión del acto impugnado, es procedente la aplicación de los Tratados Internacionales; por lo que a continuación se procede a desarrollar esa postura como vía de solución.

⁴⁴¹ Esta postura adoptada por el Máster Nelson Vaquerano Gutiérrez, en su ponencia e intervención en el Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo que tuvo lugar en el marco de la celebración del X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2011, realizado en el mes de Septiembre en El Salvador. Por lo cual el trabajo de este tratadista se encuentra comprendido en la publicación del Congreso Internacional de Derecho Administrativo que compila las ponencias y conferencias presentadas por los especialistas en Derecho Administrativo del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2011

La Constitución de la República en el Sección Tercera “Los Tratados” del Capítulo I - Título VI, establece en el artículo 144 que: *“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos Internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”*.

Lo anterior implica que los Tratados Internacionales que El Salvador ha ratificado forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, esto significa que su cumplimiento es imperante. La SC al establecer la naturaleza y jerarquía de los Tratados Internacionales, en el inc 1º “coloca a los tratados internacionales vigentes en el país en el mismo rango jerárquico que las leyes secundarias”.

Ahora bien, de la lectura del segundo inciso se desprenden dos ideas; la primera consiste en darle fuerza pasiva a los tratados internacionales frente a las leyes secundarias de derecho interno, es decir que el tratado internacional no puede ser modificado o derogado por las leyes internas, lo cual implica que estas últimas están dotadas de fuerza jurídica o normativa inferior. Ello significa que, si bien el tratado internacional y las leyes internas forman parte de la categoría “leyes secundarias de la República”, dicha categoría contiene una subescala jerárquica dentro de la cual el tratado internacional goza de un rango superior al de las leyes de derecho interno.

Por otra parte, la segunda idea que se deduce del inciso en referencia, y que es consecuencia de la primera, consiste en señalar la prevalencia del

tratado internacional sobre la ley interna en caso de conflicto entre ellos, lo cual lleva al denominado principio o criterio de prevalencia⁴⁴².

De lo anterior se desprende que los Tratados Internacionales pueden ser un instrumento de solución ante la ausencia de la regulación de medidas cautelares innovativas en la LJCA. Esto es así, ya que se considera que mediante la aplicación de un Tratado Internacional se puede resolver la limitada regulación de ley que existe en cuanto a las medidas cautelares.

Es necesario hacer mayor énfasis en que el Derecho Internacional es normativa de carácter obligatorio y que por lo tanto es necesaria su aplicación inmediata, de lo contrario, se pueden perder importantes oportunidades que son desaprovechadas, no sólo por el Estado, sino por los particulares, que en principio deberían ser los principales beneficiarios de las disposiciones de los tratados internacionales⁴⁴³.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴⁴⁴ y otros convenios sobre la materia que éste trata pueden ser invocados directamente por particulares para la protección de los derechos que los mismos garantizan.

El Pacto de San José tiene como propósito el consolidar a este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de la libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

⁴⁴² Sentencia Definitiva de fecha 26-IX-2000, Inc. Ref. 24-97, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

⁴⁴³ “*Ratificación y observancia de los de los Tratados Internacionales*”. Boletín de Estudios Legales, N° 79, Julio 2007. Departamento de Estudios Legales (DEL). FUSADES.

⁴⁴⁴ D.L. N° 5, 15 de junio de 1978, publicado en D.O. N° 113, Tomo 259, 19 de junio de 1978

Este Pacto⁴⁴⁵ en su Artículo 1 establece la *Obligación de los Estados Partes de Respetar los Derechos*: “ 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Asimismo en su Artículo 2 establece *el deber de los Estados Partes de adoptar disposiciones de Derecho Interno*: “ Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

⁴⁴⁵ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSÉ COSTA RICA” SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Firmada por la República de El Salvador el 22 de noviembre de 1969, y ratificada el 20 de junio de 1978. **EL SALVADOR:** (Declaración y reserva hechas al ratificar la Convención) Ratifícase la presente Convención, interpretándose las disposiciones de la misma en el sentido de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente tendrá competencia para conocer de cualquier caso que le pueda ser sometido, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por cualquier Estado Parte, siempre y cuando el Estado de El Salvador, como parte en el caso, haya reconocido o reconozca dicha competencia, por cualquiera de los medios y bajo las modalidades que en la misma Convención se señalan.

Ratifícase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, compuesta de un preámbulo y ochenta y dos artículos, aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de junio del corriente año, haciendo la salvedad que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución Política de la República.

El instrumento de ratificación se recibió en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, con una reserva y una declaración. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969.

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

Es decir, de la lectura de estos dos artículos se comprende que todo Estado que hubiere ratificado dicho Tratado estará sometido al cumplimiento y respeto de los Derechos fundamentales de la persona humana que reconoce dicho tratado y la Constitución de cada Estado Parte sin importar diferenciación alguna, y si dichos derechos no son garantizados por la normativa interna, los Estados se comprometen a adoptar cualquier otra medida que fuere necesaria en base a sus procedimientos constitucionales y a dicho Pacto, para hacer realmente efectivos esos derechos.

Otra disposición importante a considerar es el Artículo 25 relativo a la *Protección Judicial*, en el que establece:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

Como se puede observar este Pacto regula lo relativo al derecho de toda persona humana a la Protección Jurisdiccional, en el cual establece cuales son los derechos de todo individuo al acceder al Órgano Jurisdiccional cuando considere estar frente un acto perjudicial o alguna violación a un derecho fundamental, desarrollando el contenido de este derecho del cual se denota el alcance del mismo al garantizar una efectiva tutela judicial, el cual va a depender del aseguramiento de la efectividad de la sentencia.

Es por esa razón que al regular todos o sino varios derechos constitucionales reconocidos en la nuestra, se llega a reflexionar sobre la posibilidad de resolver el problema de regulación y aplicación de medidas cautelares innovativas mediante una aplicación directa de los Tratados Internacionales, como por ejemplo el Pacto de San José⁴⁴⁶ que como ya se estableció éste regula el derecho a la protección jurisdiccional. Sin embargo se considera que esta concepción es redundante, ya que los Tratados Internacionales y específicamente el Pacto de San José regula los derechos que ya nuestra constitución establece, por lo tanto se vuelve innecesario optar por esa vía, en virtud que consideramos mejor aplicar directamente la Constitución.

⁴⁴⁶ *Ibídem.*

CAPITULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Por finalizar este trabajo de investigación, se procede a continuación a redactar el presente capítulo, que corresponde a las conclusiones y recomendaciones, con respecto a la problemática planteada en la investigación: “Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo”; que luego de haber desarrollado varios temas de importancia para responder a dicha problemática es posible concluir tomando en cuenta las consideraciones que desarrollaremos más adelante.

Será en esta etapa de la investigación que se hará énfasis del porqué la importancia y necesaria aplicación de medidas cautelares innovativas en el Proceso Contencioso Administrativo, asimismo de las vías legales o soluciones alternativas que se plantearon en el capítulo anterior, para solicitar a la SCA la aplicación de las medidas innovativas y la forma en que ésta debe dar la respuesta adecuada a los requerimientos y exigencias que se demandan en este proceso, ya que en nuestra realidad la SCA se encuentra renuente a la adopción de otra medida cautelar diferente a la Suspensión de los efectos del acto impugnado.

Se tendrá por evacuada la temática de la aplicación por vía supletoria del CPCM al Proceso Contencioso Administrativo en cuanto al régimen de medidas cautelares, y se hará mención del precedente que ha sentado la Sala de lo Constitucional con respecto a este tema.

Introducidos en el meollo del asunto, a continuación se desarrolla el análisis al que conlleva la presente investigación con respecto a la

jurisprudencia emitida por la SCA en cuanto a la aplicación de medidas cautelares en el PCA.

6.1 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Con la finalidad de identificar el criterio de la SCA con respecto a la aplicación de medidas cautelares, se estableció en primer punto, que el período a verificar mediante instrumentos jurisprudenciales emitidos por dicha sala, sería desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, es decir, desde el 1 de julio del año 2010; lo anterior para efectos de establecer si la Sala aplicó medidas innovativas por vía de supletoriedad, o bien, realizando la debida interpretación constitucional, ó simplemente la adopción de medida tradicional de la suspensión.

Este análisis consistió como primer punto en la recopilación de datos mediante la utilización de instrumentos jurisprudenciales proporcionados por el Centro de Documentación Judicial⁴⁴⁷, Corte Suprema de Justicia, en la que se realizó una serie de visitas a su página web, así como la facilitación de un CD recopilador de jurisprudencia, el cual contiene el Programa instalador Master Lex 2010⁴⁴⁸, con Jurisprudencia Salvadoreña y Legislación Nacional, actualizada a Marzo 2012.

⁴⁴⁷ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** El Centro de Documentación Judicial es la Dependencia encargada de facilitar el acceso a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de la información jurisprudencial, legislación e instrumentos internacionales, en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visor2012/>. Sitio visitado el día 15 de mayo de 2012.

⁴⁴⁸ MASTER LEX 2010. Versión 4.0.4.0. Sistemas Maestros de Información (MIS). Derechos Reservados® 1995-96-97-98-99-2000-01-02-03-04. Desarrollado por S-COM.

Asimismo se llevo a cabo consultas realizadas al Licenciado Miguel Ángel Cedillos⁴⁴⁹, para que suministrara información sobre la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y aportara de una forma práctica el conocimiento de casos en que se hubiese solicitado a dicha Sala la aplicación de una medida cautelar diferente a la suspensión del acto reclamado, es decir una innovativa por vía de interpretación constitucional ó innominada por vía supletoria del CPCM, y por tanto que postura toma la SCA con respecto a tal solicitud.

Con respecto a la verificación de la jurisprudencia que se encuentra en la página web del Centro de Documentación Judicial como la del CD recopilador, se procedió a descartar información por no ser objeto en nuestra investigación, realizando un desglose desde lo general a lo específico, de la siguiente forma: se ingreso a la base de datos Master Lex, *Jurisprudencia*, seleccionando - *Sala de lo Contencioso Administrativo*, y se ingresó a los de tipos de sentencias que emite dicha Sala, seleccionamos la carpeta *Interlocutorias*, descartando por lo tanto las Sentencias Definitivas y las Interlocutorias-Inadmisibilidades, por no contener estas la información específica dentro del parámetro de delimitación temporal; luego se procedió a verificar la carpeta del *año 2010*, no existiendo Interlocutorias emitidas en el año 2011 y 2012; encontrándose solamente en la carpeta del año 2010, cuatro causas en las cuales se admitió la demanda, sin embargo tres de ellas (con Ref. 137-2005; 182-S-2003 y 58-2006) se descartaron por haberse emitido antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que se procedió a verificarse la causa con Ref. 5-2006⁴⁵⁰ por ser la

⁴⁴⁹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Licenciado Miguel Ángel Cedillos. Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en: http://www.csj.gob.sv/organizacion/orga_02.htm. Sitio visitado el día 16 de mayo de 2012.

⁴⁵⁰ Sentencia Interlocutoria de fecha 27-IX-2010. Con Ref. 5-2006. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia. Con respecto a la medida cautelar la Sala

única que se emitió luego de haber entrado en vigencia el CPCM, en la cual no se aplicó ninguna medida cautelar por no haber sido solicitada por el demandante⁴⁵¹.

En cuanto a la consulta realizada al Licenciado Miguel Ángel Cedillos, manifestó que la postura de la Sala es estrictamente legalista, ya que únicamente aplica “la suspensión de los efectos del acto impugnado” como medida cautelar, por ser la única medida recogida en la LJCA, siendo el argumento de la Sala al denegar la solicitud de cualquier otra medida cautelar, que no esta regulada expresamente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Afirma el Licenciado Cedillos que *“no existe ningún caso en que la Sala haya aplicado otra medida cautelar distinta a la Suspensión”*. La Sala no maneja datos estadísticos en el que se indique en cuantos casos se ha aplicado la Suspensión, en cuantos se ha denegado otorgar la “Suspensión”, ni el número de casos en que se ha denegado otorgar una medida distinta a la Suspensión, cuando ésta es invocada por el demandante.

Menciona que el único caso en que la Sala aplicó una medida cautelar atípica o innovativa fue en el caso con Ref. 37-2005, en el cual ordenó como

manifestó: “No se decretó la suspensión provisional de la ejecución de los efectos del acto impugnado, por no haber sido solicitado por el demandante”.

⁴⁵¹ No obstante se procedió a verificar las Sentencias Definitivas emitidas por la SCA a partir del 1 de julio del año 2010, encontrando que en el año 2010 se emitieron 59 Sentencias Definitivas desde esa fecha; en el año 2011, se emitieron 33 Sentencias Definitivas, pero en ninguna de ellas se solicitó, otorgó o denegó una medida cautelar diferente a la Suspensión; sin embargo por ser éstas, causas de años anteriores (es decir de años: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009) el auto que admitió la respectiva demanda y por lo tanto el que admitió o denegó la medida cautelar de la suspensión, se emitió en fecha anterior al parámetro de tiempo determinado, es decir a partir del 1 de Julio del año 2010; es por esa razón que no se toman en cuenta en nuestra investigación.

medida cautelar que los funcionarios removidos se mantuviesen en sus cargos mientras se tramitaba el proceso.⁴⁵²

En relación a la aplicación de medidas innominadas vía supletoriedad del CPCM, desde su entrada en vigencia el 1 de Julio de 2010 al PCA, el Licenciado Cedillos manifestó que no tiene registro de algún caso en que la Sala ante una invocación del demandante solicitando una medida cautelar distinta a la suspensión, basando su pretensión en la aplicación supletoria del CPCM, la Sala la haya rechazado.

Sin embargo, a pesar que en el Proceso Contencioso Administrativo, no se ha solicitado, ni aplicado medidas cautelares vía supletoriedad del CPCM, investigamos que en el Proceso de Amparo sí se ha invocado una medida distinta a la “suspensión” vía Supletoriedad del CPCM y que la Sala de lo Constitucional la ha concedido mediante ella, tal es el caso del Amparo con Ref. 934-2007⁴⁵³, de fecha 4 de marzo de 2011, en el cual la Sala expresa:

⁴⁵² Sentencia Interlocutoria de fecha 01-VII-2005. Proceso con referencia 37-2005. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia. En la cual la SCA resolvió: *“En consecuencia, es necesario modificar el criterio sostenido por la Sala en anteriores resoluciones y decretar la medida cautelar en el sentido de que los demandantes deberán permanecer en sus cargos mientras se trámita el proceso –siempre que estuviere vigente el período para el para el que fueron originalmente nombrados- así como suspender los efectos de aquellos actos que inciden negativamente en los derechos subjetivos que se manifiestan inobservados y que deben su existencia precisamente a los efectos jurídicos del acto de remoción... Por tanto, este Tribunal RESUELVE: Decretase la medida cautelar solicitada a favor de los licenciados “...” en el sentido de que continúen en sus cargos de miembros de la Junta de la Carrera Docente del Sector UNO, mientras dure la tramitación del proceso y dentro del período para el que han sido nombrado, así como dejar sin efecto de forma inmediata los nombramientos de las personas que los sustituyeron en sus cargos”.*

⁴⁵³ Sentencia Definitiva de fecha 04-III-2011. Proceso de Amparo con Referencia 934-2007. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. La SCA resolvió: *“Ordenar a la sociedad INFORNET, S.A. de C.V. que permita a los particulares interesados el acceso a la base de datos que tiene en su poder, con el objeto de que puedan actualizar, rectificar o anular aquellos datos estrictamente personales que no constan en registros públicos –y de los que por ley tengan el carácter de reservados–, o que, constanding en dichos registros, no*

“B. En cuanto a las medidas cautelares que pueden adoptarse ante la incoación de la demanda de amparo, es preciso advertir que dependen de cada modalidad de pretensión.

En términos generales, el órgano jurisdiccional tiene poderes suficientes para decretar, de oficio o a petición de los interesados y de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, la medida cautelar más idónea o apta para asegurar provisoriamente el derecho invocado.

Es claro que el legislador no puede prever todas las circunstancias de las cuales pueda resultar viable el acogimiento de una medida cautelar específica; por ello, es preciso adoptar una previsión general que en forma flexible asegure tal posibilidad, como de manera supletoria sería el caso de los arts. 436 y 437 del C. Pr. C. y M.”

Pese a ello, la Sala de lo Constitucional en jurisprudencia ya había determinado su capacidad innovativa decretando otras medidas diferentes a la suspensión, antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, tal es el caso de Amparo con Referencia 32-2012⁴⁵⁴, en el que la Sala manifiesta:

estén actualizados. Lo anterior, debe realizarse de forma gratuita, en los términos que actualmente prevé el art. 21 de la Ley de Protección al Consumidor, o por otras disposiciones que le fueren aplicables. Asimismo, INFORNET, S.A. de C.V. deberá abstenerse de utilizar y transferir a cualquier título y destino, la información que consta en su base de datos, referida a los estrictamente personales, a menos que en cada caso individual, tenga el consentimiento expreso de su titular”

⁴⁵⁴ Sentencia Interlocutoria de fecha 15-II-2012. Proceso de Amparo con Ref. 32-2012. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia.

“3. Bajo ese orden de ideas, en ocasiones anteriores –por ejemplo, en los autos emitidos los días 14-I-2002, 23-IX-2008 y 18-XI-2009, en los procesos de amparo 12-2002, 777-2008 y 166-2009, respectivamente–, este Tribunal ha conferido medidas cautelares innovadoras dirigidas a lograr que el actor del amparo reciba, por ejemplo, la asistencia médica adecuada durante la tramitación del proceso mismo.

En ese sentido, el presente caso amerita la implementación de una medida cautelar innovadora que permita asegurar razonablemente la suspensión del uso del referido medicamento de manera rutinaria, pues de no suspenderse, se podría afectar gravemente la salud de los recién nacidos de dicho hospital.

En razón de lo anterior, la medida cautelar que se ordenará en el presente amparo, deberá entenderse en el sentido que las autoridades demandadas deberán asegurarse de que se suspenda el uso del medicamento denominado Midazolam con alcohol bencílico –temporalmente– en los recién nacidos de dicho centro, debiendo las autoridades hospitalarias asegurar la aplicación de un medicamento alternativo apropiado, mientras se tramita el presente proceso de amparo.”

Por todo lo anteriormente expuesto y luego de haber desarrollado en el transcurso de la investigación varios temas de importancia para lograr responder a la problemática planteada al inicio de este trabajo, es posible concluir de la siguiente manera:

6.2 CONCLUSIONES.

1. El punto de partida de este trabajo de investigación ha sido la consideración de que la Tutela Cautelar Judicial como manifestación de la Tutela Judicial Efectiva, es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, de manera que la sentencia estimatoria, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtener por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento jurídico, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserven los derechos de los administrados.
2. La tutela cautelar permite garantizar que el órgano jurisdiccional, cuando llegue la ocasión, pueda hacer ejecutar lo juzgado. Siendo ello así, el juez tiene la obligación de decretar una tutela cautelar pertinente, adecuada y eficaz, y para ello debe basarse en los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico establezca, o bien en amplios criterios jurisprudenciales desarrollados por la SCA, criterios que, como se ha establecido, son altamente limitados y sus fundamentos son de absoluta negación a una efectiva tutela cautelar, al considerar que la única medida a aplicar es la suspensión de la ejecución de los efectos del acto.
3. Si bien es cierto, la vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, en su momento, llenó un gran vacío existente y permitió que se erigiera la Jurisdicción Contencioso Administrativo, sin embargo, al ser preconstitucional y contar con ella por más de tres décadas, ésta dejó de tener concordancia tanto con los avances de ésta materia como en lo que respecta al contexto social, jurídico,

político y económico en el que se suscitan los conflictos de este carácter; esto se denota ante los avances sustanciales del Derecho Administrativo que se desarrollan en los diferentes países como España, Francia, Italia, Argentina, los cuales presentan un amplio desarrollo en cuanto a las garantías de los derechos de los administrados, dichos avances en el Derecho Administrativo de estos países viene a ser la manifestación de una justicia administrativa, pues es con ello que se garantiza una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados y ciudadanos vinculados a un procedimiento de esta materia; por lo que se estableció en la investigación que la LJCA dejó de ser eficaz en la resolución de los diversos conflictos de este carácter que se originan; por lo que es preciso contar con una legislación moderna que se ajuste e interprete de acuerdo con los postulados constitucionales y especialmente con arreglo al derecho a la protección jurisdiccional de los ciudadanos.

4. De los antecedentes en el Derecho Comparado, dentro del ámbito administrativo, cabe destacar que las medidas cautelares innovativas-positivas han sido receptadas legislativamente en Francia, a través del référé-provisión, influyendo también en Italia y en España, otorgando en la actualidad amplios poderes cautelares a los jueces en materia de Derecho Administrativo, para la efectiva protección judicial en defensa y tutela de los derechos fundamentales del administrado. Asimismo en Argentina, la tutela innovativa es operativa aún en ausencia de texto legal específico a través de la aplicación analógica de la medida cautelar genérica o innominada.

5. A nivel jurisprudencial la SCA adopta una postura extremadamente restrictiva frente a la interpretación, aplicación y ampliación de medidas cautelares, siguiendo la estrecha senda de recoger y reconocer como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto, conforme a la desfasada Ley Pre-constitucional que ya no responde efectivamente a las necesidades de los administrados; demostrándose por tanto que la Sala se encuentra renuente de acoger como criterio de amplitud de la tutela cautelar *las medidas innovativas*, basándose en el principio de legalidad, que la convierte en un mero aplicador de Derecho vigente.

6. Entre las tres posibles alternativas de solución en cuanto a la aplicación de medidas cautelares innovativas que se plantean en el capítulo 4 de la investigación, consideramos que el fundamento principal para el otorgamiento de medidas cautelares innovativas en el Proceso Contencioso Administrativo es mediante la aplicación inmediata y directa por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Constitución de la República, en virtud de los artículos 2 y 11 y 172 que establecen el derecho a la protección jurisdiccional, el cual no tiene una verdadera eficacia sin una medida cautelar adecuada, encontrando el fundamento constitucional de la tutela cautelar en el artículo 182 atribución 5 que dice: *“Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime conveniente”*; esto es, sin necesidad de acudir a la supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil, ni a la aplicación de Tratados Internacionales por considerar que se vuelve redundante e innecesaria optar por esta última, al recoger los Tratados Internacionales los principios que ya están consagrados en nuestra

Constitución, es por ello que reiteramos sobre la aplicación directa de la Constitución.

7. A pesar de considerar que la mejor alternativa de solución es la aplicación directa de la Constitución, es de mencionar que la Sala de lo Constitucional, si bien ya había establecido su capacidad innovativa en cuanto a otorgar medidas cautelares con fundamento en la Constitución, con fecha 4 de marzo de 2001 sentó precedente jurisprudencial en el Proceso de Amparo con Ref. 934-2007, en el que la SC concedió una medida distinta a la “suspensión” vía supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil; por lo que se plantea la interrogante que si la Sala de lo Constitucional ya aplico una medida cautelar distinta a la suspensión, porqué la Sala de lo Contencioso Administrativo no es capaz de hacerlo⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ El Doctor **MENA GUERRA, RICARDO**, en su obra *Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 158., sostiene: Que desde principios de los años noventa, la jurisprudencia salvadoreña ha sostenido la línea donde confirma la vinculatoriedad de los preceptos emitidos por la Sala de lo Constitucional, llegando incluso a categorizarla como “normas sub constitucionales”, citando la Sentencia emitida por la SC en el Proceso de Inconstitucionalidad Ref. 10-93, del 20-V-1993, la cual expresa: “*Los principios establecidos en la anterior sentencia, constituyen una norma de obligatoria observancia, conforme a los fundamentos de la jurisdicción constitucional que rige nuestro sistema; ya que como se ha mencionado en anteriores sentencias, en esta clase de procesos, la interpretación que el Tribunal encargado del control constitucional hace de la Ley Fundamental, constituye la subsunción de un supuesto de hecho en un precepto constitucional, y que ello significa la auténtica creación de un sistema de normas sub constitucionales*”. Asimismo, el alcance normativo emana del carácter constitucionalista que rige el sistema; aunque la labor judicial se supedita únicamente a la Constitución y a la Ley, es necesariamente complementada con la integración del Derecho que realizan las diferentes Salas de la CSJ, principalmente la SC, al respecto la SC, estableció en Proceso de Amparo Ref. 177-98, el 4-I-2000: “*La Sala de lo Constitucional, al igual que otro tribunal, al momento de conocer las pretensiones que se le plantean, debe dar una respuesta basada en la unidad del ordenamiento jurídico vigente, con preferencia en la Constitución y por ser la Sala de lo Constitucional el interprete supremo de la Constitución, sus respuestas integrales también serán supremas*”. Es por ello, que consideramos que el precedente jurisprudencial no es meramente orientador o ilustrativo, sino que a través de ella se garantice el principio de igualdad y seguridad jurídica, en aplicación del *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente, en ese sentido la SC manifiesta en Sentencia de Proceso de Habeas Corpus Ref. 7-Q-96, de 20-IX-1996, “*El*

6.3 RECOMENDACIONES FINALES.

Por todo anterior es necesario recomendar a todos los operadores del sistema normativo salvadoreño. En especial:

6.3.1 A la Asamblea Legislativa:

Ha de señalarse que, si bien es cierto, la LJCA prevé la existencia de una única medida cautelar su posibilidad de operancia y casos en que tienen ocurrencia la aplicación de dicha medida, en observancia del principio de legalidad que limita la aplicación de otra diferente a la suspensión de la ejecución del acto, resulta insuficiente. La regulación actual de la tutela cautelar y el criterio de la Sala para aplicar la única y típica medida en el ámbito Contencioso Administrativo sugiere que solamente tiene carácter cautelar aquellas medidas establecidas mediante una norma jurídica. En efecto, se debe resaltar, por su ausencia una previsión legislativa que permita a la Sala de lo Contencioso Administrativo decretar medidas cautelares de carácter innovativo a efecto de garantizar con el mayor grado posible de certeza, la eficacia de la sentencia y por ende de la efectiva Tutela Judicial, la necesidad de regular en el ordenamiento Contencioso Administrativo salvadoreño la facultad de solicitar, por parte del administrado, cualquier medida cautelar idónea para salvaguardar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, dejando a la SCA la facultad de otorgar

mecanismo por el cual este Tribunal garantiza estos principios, es el precedente constitucional, a través de jurisprudencia de esta Sala, reforzada por el principio stare decisis que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente respecto al fallo y a los fundamentos del mismo (...) siendo así que una realidad indiscutible es que la jurisprudencia del Tribunal supremo vincula jurídicamente”

aquellas que sean las más apropiadas y convenientes para cada caso en particular.

Dentro de las potestades de la Asamblea Legislativa se encuentran la potestad de: decretar, interpretar, reformar, y derogar leyes secundarias; esto lo establece el artículo 131 Ordinal 5° de la Constitución de la Republica, es importante destacar que en el año dos mil diez fue presentado ante la Honorable Asamblea Legislativa un proyecto de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la cual se acopla a las nuevas necesidades de una legislación que garantice el pleno ejercicio de los derechos y garantías de los administrados y ciudadanos, pues el proyecto cumple con las expectativas necesarias para el debido seguimiento en sede administrativa, puesto que se somete a la administración pública a un verdadero control jurisdiccional así como lo manda nuestra Carta Magna; es por ello que recomendamos a la Asamblea Legislativa que dentro de los puntos que se someten a discusión dentro de la Agenda Legislativa se tome en cuenta el estudio, discusión y su debida aprobación del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa consolidando así un verdadero Estado de Derecho dejando de lado las preferencias políticas y haciendo evolucionar el Derecho Administrativo en nuestro país; mejorando la armonía entre la Administración Publica y los Administrados y donde se hagan efectivas las garantías constitucionales.

La positivización en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de medios cautelares tendría que comprender la posibilidad de decretar medidas con efectos innovativos, en razón que la regulación actual solamente contempla como medida cautelar única la suspensión provisional del la ejecución del acto reclamado, la cual no sirve de nada frente a la inactividad de la Administración Pública ó la denegación de las

peticiones que se hallan aducido ante ella, y menos aún, tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho, por lo cual se requiere, como solución, la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier tipo de actividad o inactividad de la Administración Pública. Esa normativización en nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño es imperativo e impostergable, pues mientras ella no se produzca, no puede la SCA dictar providencias cautelares fuera de los casos previstos por las normas positivas (aunado a ello el restringido criterio esgrimido por la Sala de no ampliar la tutela cautelar en vía jurisprudencial), pero una vez conferida, la autoridad judicial dispondría de un amplio margen de maniobra para ordenar las cautelas dirigidas a eliminar la eventualidad de un daño a los intereses del administrado, y con ello, a la vez, se lograría un mejoramiento de la eficacia de la actividad jurisdiccional de la SCA.

Respecto al Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, presentado a la Asamblea Legislativa el día diecinueve de mayo de dos mil diez, con referencia 711-5-2010-1⁴⁵⁶, establece en el Título II “SUJETOS”, Capítulo I “TRIBUNALES Y COMPETENCIA”, Art. 14 que corresponderá administrar la justicia contencioso administrativa a: a) la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, b) Cámaras de lo Contencioso Administrativo, y c) Juzgados de lo Contencioso Administrativo. Siendo los artículos 15, 16 y 17 los que regulan la Competencia de cada uno de estos tribunales respectivamente. Por lo que se vuelve importante que la Asamblea Legislativa tome en cuenta las diferentes propuestas que se hacen de su conocimiento en cuanto la modernización de

⁴⁵⁶ Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Con número de Expediente 711-5-2010-1, Presentado a la Asamblea Legislativa, Sección de Correspondencia Oficial a las 10:12, del día 19 de mayo de 2010, por el Grupo Parlamentario del Partido Alianza Republicana Nacionalista ARENA.

la jurisdicción y competencia en materia administrativa, ya que en la actualidad se presenta el problema de concentración de todos los procesos en una misma sede, ello genera cierta inseguridad en cuanto el tiempo de resolución de las demandas ya que al ser un único ente de mayor jerarquía en lo contencioso administrativo genera dilaciones indebidas ante la imposibilidad de solucionar todos los casos que le hacen de su conocimiento además que sean resueltos en un tiempo razonable, es por ello que recomendamos a la Asamblea Legislativa la Aprobación del proyecto de Ley que propone la creación de nuevos Tribunales de lo Contencioso Administrativo para el verdadero tratamiento de las demandas en lo administrativo y la desconcentración de la competencia en materia administrativa potenciando así el acceso a la jurisdicción ponderando elementos como el alcance físico de los ciudadanos a la jurisdicción que al estar en la capital reduce las facilidades para que los ciudadanos puedan exigir justicia.

6.3.2 A la Corte Suprema de Justicia.

Como máximo tribunal jurisdiccional del país, es totalmente necesario que ésta impulse el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, presentado a la Asamblea Legislativa el día 19 de Mayo del año 2010, por la Comisión Legislación y Puntos Constitucionales, mediante moción de los diputados de Arena, identificado con número de Expediente 711-5-2010-1, para efectos que la Asamblea Legislativa tome con la debida responsabilidad importancia al estudio, discusión y consecuente aprobación de dicho Anteproyecto, ya que es sumamente necesario que el país cuente con una legislación en lo Contencioso Administrativo moderna que se ajuste

a los principios consagrados en la Constitución de la República y a las doctrinas de vanguardia en esta rama del derecho.

6.3.3 A la Sala de lo Contencioso Administrativo

Es innegable establecer que mientras no se haga una total reforma a la actual LJCA con respecto a una regulación de medidas cautelares innovativas o innominadas que otorgue a la SCA un amplio margen de maniobra para que aplique la medida cautelar más idónea con respecto al caso específico que se le presente, y no se apruebe por tanto el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se vuelve sumamente necesario que la Sala aplique la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución en el sentido que dicha ley es preconstitucional, es por ello que se sugiere que la Sala de lo Contencioso Administrativo como nuevo reto planteado realice una interpretación y aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República, y dejar de lado esa postura restrictiva de no ampliar la tutela cautelar vía jurisprudencia, y al contrario al igual que la Sala de lo Constitucional, se vuelva un ente creador e integrador de Derecho.

6.3.4 A las Escuelas y Facultades de la licenciatura de Ciencias Jurídicas

Resulta imperante dirigir esta recomendación a las academias encargadas de enseñar el mundo del derecho, para el caso en comento la enseñanza del derecho procesal administrativo. En párrafos anteriores

hemos mencionado otras recomendaciones a otras instituciones, sin embargo es necesario que los docentes que son la raíz del conocimiento para futuros abogados litigantes, Jueces o usuarios de la administración pública (que para este último somos todos los ciudadanos), muestren más que una materia de derecho administrativo, que generen conciencia de la importancia que esta rama del derecho conlleva, para poder hacer aportes y participar en un innovador derecho administrativo, de que sirven las leyes sino se cuenta con buenos usuarios que puedan darles un buen uso que genere un caso exitoso y que así mismo este pueda servir de referente a otros sirviendo de ejemplo y futura aplicación en casos similares.

6.3.5 A las Asociaciones de Abogados especialmente los que ejercen en el área Contencioso Administrativo:

Al tomar en cuenta lo manifestado por el Licenciado Miguel Ángel Cedillos: “la demanda es el Proyecto de Sentencia”, al respecto se realiza un llamado a los particulares y especialmente a las Asociaciones de Abogados que si bien es cierto, es necesario que la Sala aplique medidas cautelares distintas a la suspensión en base a una interpretación directa de la Constitución, no existe la suficiente cultura de reclamo en la sociedad, no se ejerce una insistencia y presión a la Sala de lo Contencioso Administrativo mediante demandas, escritos, solicitando una verdadera Protección Jurisdiccional, en cuanto se aplique la medida más idónea al caso, para que a la hora de emitir la Sentencia de fondo esta se ejecute íntegramente. Siendo el ciudadano el que construye un auténtico Estado de Derecho induciendo al Órgano Jurisdiccional para que respete y aplique los principios constitucionales y se cumpla con una Tutela Judicial Efectiva.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AGUADO, Vicenc. La reciente Evolución de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo. Vol. II. 1993.

AYALA, José María, y otros. Manual de Justicia Administrativa. 1a edición. San Salvador, El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Año 2003.

BAEZ MARTÍNEZ, Roberto. Manual de Derecho Administrativo Editorial Trillas México 1990.

BARCELONA Llop, Javier. Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución forzosa de los Actos Administrativos. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. D.L. 1995 EUROPA Artes Gráficas S.A.

BERNAL, Francisco Javier. Derecho Administrativo. Programa de Administración Pública Territorial. Escuela Superior de Administración Pública, Augusto Álvarez Collazos. Bogotá D.C. Enero 2008..

BERTRAND GALINDO, Francisco, TINETTI, José Albino, KURI DE MENDOZA, Silvia Lizette y ORELLANA María Elena. Manual de Derecho Constitucional, Tomo I. Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia. 4ta. Edición, año 2000. Talleres Gráficos UCA, San Salvador.

BIELSA, Rafael. "Sobre lo Contencioso Administrativo". Librería castelli, S.A. Santa Fe, Argentina 1964.

BOQUERA OLIVER, J. M., Estudios sobre el acto administrativo, Civitas, Madrid. 1993.

BREWER-CARIAS, Allan R. Derecho Administrativo, Tomo I, Los Supuestos Fundamentales del Derecho Administrativo. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1975.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II. 23º ed. Editorial Heliasta. Argentina .1994.

CAJARVILLE Peliffo, J. Sobre Derecho Administrativo t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.

CALAMANDREI, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, (Prologo de Eduardo J. Couture), El Foro, Buenos Aires, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliografía Argentina. 1945.

CANALES SISCO, Oscar A. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura. Julio 2010.

CARBONE, Carlos Alberto, *¿Existen los despachos interinos de fondo en la legislación argentina?*, en Sentencia anticipada (Despachos Interinos de

Fondo) Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", séptima edición, ED. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), CASSAGNE, Ezequiel. *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. Editorial La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), GALLEGOS Fedriani, P. O. Derecho Procesal Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Buenos Aires, Hammurabi, 2004,

CASTILLO, Luis Córdova, Los Derechos Constitucionales. Elementos para una Teoría General, Palestra, Lima 2007.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. Los criterios de adopción de las Medidas Cautelares en la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1999.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Madrid. Civitas. 1991.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, Curso de Derecho Administrativa, Vol. 1, Civitas, Madrid 1999.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. "Manual de Derecho Administrativo". Ed. Civitas. Madrid 1993.

CLARIA OLMEDO. J, Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial, Buenos Aires, 1963, Tomo V.

CUESTAS, H. G., Breve reseña Histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo, en "Sentencias. Quince Años de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa", Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1995.

DÍAZ PALACIOS, Julio. El Estado Constitucional de Derecho en el Marco de Descentralización en los países Andinos. Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización Un programa de InWEnt para los países andinos (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Chile) 2007 - 2009.

DIEZ, M. Manuel. Derecho Procesal Administrativo: El Contencioso Administrativo. T. 1. Buenos Aires, Argentina, Editorial plus ultra, año 1996.

DE LA ROCHA GARCÍA, Ernesto, "Procesos y medidas cautelares en los Procedimientos Civiles, Penales, Mercantiles, Laborales Administrativos Económicos-Administrativos y Contenciosos-Administrativos", Granada, 1999.

DELGADILLO, GUTIERREZ, L. H., Elementos de Derecho Administrativo, Primer Curso, Limusa Editores, México, 1998.

DEL PIAZZO, Carlos. Curso sobre Medidas Cautelares. "Medidas Cautelares en el Derecho Administrativo," F.C.U., Montevideo. 1999.

DROMI, Roberto, El acto administrativo, Ediciones Buenos Aires, 1997.

DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Séptima Edición, Buenos Aires, Argentina, 1998,

DUVERGER. Maurice. "Los partidos políticos". Fondo de Cultura Económica. México 1979.

ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. T. II. Vol. I, Edit. Bosch, Buenos Aires. 1953.

ENTRENA CUESTAS, Rafael, Curso de Derecho Administrativo: Conceptos, Fuentes, Relación Jurídica Administrativa y Justicia Administrativa. Volumen 1. Décimo Tercera Edición. Tecnos Madrid, 1999.

FARRANDO, Ismael y otros, "Manual de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Argentina, Editorial De Palma, Primera Edición, 2000.

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, D.F, México, 13ª. Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1963.

FERNANDEZ, Tomas Ramón, NIETO Alejandro, El Derecho y el revés. Dialogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces, Ariel, Barcelona, 1998.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan R. Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva. Civitas. Madrid. 1998.

FERRAJOLI, Luigi. "Positivismos crítico, derechos y democracia". En Revista Isonomía N° 16, abril 2002,

GAMERO CASADO, Eduardo. Derecho Administrativo. Monografías. 1ª edición. San Salvador, El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Año 2001.

GAMERO CASADO, Eduardo. Temas de Derecho Administrativo II, "La Jurisdicción Contencioso Administrativa". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". San Salvador, Julio 2004

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Batalla por las Medidas Cautelares: Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Tercera Edición ampliada, Monografías Civitas, Editorial Civitas. Madrid, Marzo 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Hacia una nueva justicia Administrativa", Edit. Civitas, Madrid 2da. Ed. Ampliada, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ Tomás Ramón , "Curso de derecho administrativo", T. I, 13ª ed., 2004, Madrid, Civitas,

GARCIA HERRERA, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo, Institución Universitaria, Sergio Arboleda. 1994. Bogotá, D.C.

GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, "Los Actos Administrativos", Segunda Edición, Madrid, España, Ed. Civitas,

GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, V. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1979.

GIMENO SENDRA, Vicente. "Derecho Procesal Administrativo". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ Santiago, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, Madrid, Tecnos, 1999.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. Justicia Administrativa, Legislación y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. "Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano". Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la Tutela jurisdiccional. 3ª. Ed. Civitas. Madrid, 2001.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Parte General. Octava Edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. 2003.

GUTIÉRREZ DE CABIEDEZ, E. Estudios de Derecho Procesal. Ediciones Universidad de Navarra. España 1974.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano, Vadell hermanos Editores, Valencia, 1997.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.:

Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. Rolando Tamayo y Salmorán, Traductor. Primera Edición 2001. Servicios Gráficos S. A. de C.V.

LÓPEZ GUERRA, Luis y otros, "Derecho Constitucional". Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª edición, 1997.

LÓPEZ GUERRA, Luis, "Introducción al Derecho Constitucional", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994.

LÓPEZ MEDINA, D.E. "El Derecho de los Jueces". 2ª edición. Legis Editores. 2006.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de Derecho Político. Volumen II, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1981.

MARANIELO, Patricio. Derecho Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires.

MARINONI, Luiz, Guilherme, Anticipacao da tutela, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2006. La moderna doctrina procesal la distingue de la "Tutela anticipada y la Tutela Cautelar".

MAYER Otto, "Derecho Administrativo Alemán", Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1982

MENA GUERRA, R. Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador. Primera Edición. San Salvador. El Salvador. 2005.

MENA GUERRA, Ricardo. Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, “Especial referencia al Régimen Jurídico Salvadoreño” primera ed. USAID, El Salvador 2011.

MORELLO, Augusto M., “Anticipación de la Tutela”, Edit. Librería Editora Platense S.R.P., La Plata, 1996.

OLIVERA TORO, Jorge. “Manual de Derecho Administrativo” 7° Edición, Argentina. 1997.

ORTIZ ÁLVAREZ, Luís A. La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo, Editorial Sherwood, Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado N° 1, Caracas, 1999.

ORTIZ, Eduardo. Justicia Administrativa Costarricense. De. Lil. 1º de 1990, San José.

PADRÓS RAMIRO, Simón, La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Lexis Neris, Buenos Aires, Argentina, 2004.

PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas”, en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”, Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999.

PEYRANO, Jorge, W. Medida Innovativa. La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa. Rubinzal-Culzoni, (dir. Peyrano, coord. Bacarat) Santa Fe, 2003.

POHL GALINDO, Reynaldo. Guión Histórico de la Ciencia del Derecho, T. I, UCA Editores, San Salvador, 1978.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003.

QUINTANA SEGUNDO, V. Linares. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. T. I. Alfa, Buenos Aire, 1953

RACIONERO CARMONA, Francisco. Temas del Derecho Administrativo I: "Conceptos fundamentales de Derecho Administrativo, Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Primera Edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ). Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación. San Salvador, El Salvador, 2004.

RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Traducción de la 9ª Edición. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Público. Caracas, 1984.

RIZO OYANGUREN, Armando. Manual Elemental de Derecho Administrativo. León, Nicaragua. Universidad Autónoma de Nicaragua, 1991.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y otros. Congreso Internacional de Derecho Administrativo. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo El Salvador 2011. Corte Suprema de Justicia. Sección de Publicaciones. San Salvador, 2011.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN, Miguel Ángel, PÉREZ HUALDE, Alejandro y FARRANDO, Ismael. Congreso Internacional de Derecho Administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Edit. Rap. 2010.

RODRIGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Edit. Temis. Bogotá, 2001.

ROJAS ARBELAEZ, Gabriel. El espíritu del Derecho Administrativo. Editorial Temis, Bogotá. 2001.

ROJAS FRANCO, José E. La Suspensión del Acto Administrativo en la vía administrativa y judicial. Edit. Mundo Gráfico. 1ª Ed. San José, Costa Rica. Año 1999.

ROJAS PÉREZ, Manuel. Universidad José María Vargas. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. “El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo”

ROJAS SERRAS, Andres. Derecho Administrativo, Editorial Porrúa México. 1983.

VECINA CIFUENTES, J. Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Madrid, Editorial Colex, 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Vol. II, 3ra. Edición., Tecnos, Madrid, 1983.

VESCOVI, Enrique, "Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978.

VON IHERING, Rudolf. El Fín en el Derecho. Edit. Omega. Buenos Aires. 1953.

TESIS

La Tutela Anticipada en el Derecho Administrativo Salvadoreño "Especial referencia a las medidas innovativas"; Universidad de El Salvador, 2008. Trabajo de investigación para obtener el grado y título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, presentado por Héctor Tulio Baires Flores. Docente Director de Seminario Licenciado Nelson Armando Vaquerano.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador, Decreto Número 38, de fecha 15/12/1983, Diario Oficial Número 234, Tomo 281, Publicado en el Diario Oficial del 16/12/1983.

Código Civil de la Republica de El Salvador, D.E. del 30 de Abril de 1860.D.O. del 19 de Mayo de 1860. Cuarta edición. Con reformas de 1890 hasta 1903. Arreglada por el Doctor Rafael U. Palacios. San Salvador, Imprenta la Republica 1904.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Legislativo No. 712, de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381 del veintisiete de noviembre de 2008.

Código Tributario, Decreto Legislativo N°: 230, de Fecha: 14 de diciembre de 2000, publicado en el D. Oficial No. 241, Tomo: 349, del 22 de diciembre de 2000.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Decreto Legislativo No. 81, de fecha 14 de noviembre de 1978, publicada en el Diario Oficial No. 236, Tomo No. 261, del 19 de Diciembre de 1978.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – Versión con Jurisprudencia. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia. San Salvador. Noviembre 2006.

Ley Orgánica Judicial. Decreto Legislativo No. 123, de Fecha 06 de junio de 1984, publicada en el D. Oficial No. 115, Tomo: 283, Publicación DO: 20/06/1984

Ley de Procedimientos Constitucionales. Decreto Legislativo, N°: 2996, de fecha 14 de enero de 1960, publicada en el D. Oficial No. 15, Tomo: 186 Publicación DO: 22 de enero de 1960.

Código de Procedimientos Civiles de La Republica de El Salvador. 31 de Diciembre de 1881 por Decreto Ejecutivo y publicación en el Diario Oficial No. 1, T 12, el 1ro de Enero de 1982. (Derogado).

Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Miembros de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia.

Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Con número de Expediente 711-5-2010-1, Presentado a la Asamblea Legislativa, Sección de Correspondencia Oficial a las 10:12, del día 19 de mayo de 2010, por el Grupo Parlamentario del Partido Alianza Republicana Nacionalista ARENA

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). Que fuera suscrito tras la conferencia especializada de Derechos Humanos el 22 de Noviembre de 1969 entrando en Vigencia a partir del 18 de Julio de 1978, que El Salvador Ratificara el 14 de Junio de 1978.

JURISPRUDENCIA

SALA DE LO CONSTITUCIONAL

Sentencias

Sentencia del 14-II-1997. Inc. 15-96.

Sentencia del 19-VII-1996. Inc. 1-92.

Sentencia del 26-VIII-1998. Inc. 4-97

Sentencia de 23-III-2001. Inc. 8-97.

Sentencia del 15-II-2002. Inc. 9-97.

Sentencia del 25-V-1999. Amp.167-97.
Sentencia del 10-VI-2002. Inc. 12-1999, 2-2000.
Sentencia del 08-IV-2003, Ref. Inc. 28-2002
Sentencia del 22-X-2004. Inc. 9-2003
Sentencia del 20-VIII-2002. Ref. Amp. 25-S-95.
Sentencia del 2-VII-1998. Amp. 1-I-96.
Sentencia del 21-X-1998, Amp. 148-97
Sentencia del 21-VII-1998, Amp. 62-97
Sentencia del 26-VIII-1998, Amp. 317-97.
Sentencia del 29-II-1999. Amp. 384-97.
Sentencia del 17-XII-1997. Amp. 117-97
Sentencia del 09-II-1999. Amp. 337-97
Sentencia del 26-IX-2000. Ref. 24-97.
Sentencia del 25-VIII-1999. Amp. 7-98.
Sentencia del 17-XII-1999. Amp. 48-98.
Sentencia del 26-VI-2000. Amp. 642-99.
Sentencia del 26-II-2000. Ref. H. C. 49-2000
Sentencia del 4-VI-2002. Amp. 737-2001
Sentencia del 8-XI-2002. Ref. 855-2002.
Sentencia del 9-IX-2003. Ref. 1095-2002
Sentencia del 06-IV-2005. Amp. 497-2004
Sentencia del 24-VIII-2006. Amp. 258-2004
Sentencia del 04-III-2011. Amp. 934-2007.

Interlocutorias

Resolución de Sobreseimiento del 10-XII-1997. Amp. 19-G-94
Resolución Interlocutoria del 26-III-1998. Amp. Ref. AC/104,.105.106/ 98
Resolución Interlocutoria del 4-VI-1999. Amp. 337-99

Resolución interlocutoria del 26/I/2001. Ref. 140-R-2001.
Resolución Interlocutoria del 21/XI/2001. Ref. 123-S-2001.
Resolución Interlocutoria del 14-I-2002. Amp. 12-2002
Resolución Interlocutoria del 14-I-2002. Amp. 12-2002.
Resolución Interlocutoria del 22-VI-2005, Ref. 88-T-2003
Resolución Interlocutoria del 30-I-2004. Amp. 942-2003.
Resolución Interlocutoria del 14-I-2002. Amp. 12-2005.
Resolución Interlocutoria del 23-IX-2008. Amp. 777-2008
Resolución Interlocutoria del 18-XI-2009. Amp. 166-2009
Resolución Interlocutoria del 27-IX-2010. Ref. 5-2006
Resolución Interlocutoria del 15-II-2012. Amp. 32-2012

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sentencias

Sentencia del 30-VI-2006. Ref. 21-2006
Sentencia del 30-X-2007. Ref. 209-2007
Sentencia del 28-X-1998. Ref. 134-M-97
Sentencia del 16-X-1998. Ref. 109-A-96
Sentencia del 31-X-1997. Ref. 45-V-96.
Sentencia del 7-III-2007. Ref. 96-D-2003
Sentencia del 30-III-1998. Ref. 20-T-96
Sentencia del 20-11-2002. Ref. 223-C-2001
Sentencia del 22-08-2002. Ref. 32-U-2002
Sentencia Definitiva del 29-IX-1998. Ref. 81-R-96.
Sentencia del 15-XII-2004. Ref. 285-A-03
Sentencia del 26-VIII-2003. Ref. 158-R-2001

Interlocutorias

Resolución interlocutoria del 02-XII-1997. Ref. 37-F-97
Resolución interlocutoria del 26/I/2001. Ref. 140-R-2001.
Resolución Interlocutoria del 21/XI/2001. Ref. 123-S-2001.
Resolución Interlocutoria del 20-II-2002. Ref. 46-T-2001
Resolución Interlocutoria del 22/V/2000. Ref. 230-C-2002
Resolución Interlocutoria del 15-I-2002. Referencia 67-E-2002.
Resolución interlocutoria del 25-VIII-2004. Ref. 184-S-2004.
Resolución interlocutoria del 22-VI-2005. Ref. 88-T-2004.
Resolución Interlocutoria del 19-VIII-2005. Ref. 90-T-2004.
Resolución Interlocutoria del 31-VIII-2005. Ref. 116-2005.
Resolución Interlocutoria del 09-II-2007. Ref. 301-2006
Resolución Interlocutoria de 08-I-2007. Ref. 223-2006
Resolución Interlocutoria del 08-I-2007. Ref. 223-2006.
Resolución Interlocutoria del 09-II-2007. Ref. 301-2006.
Resolución Interlocutoria del 01-VII-2005. Ref. 37-2005.
Resolución Interlocutoria del 27-IX-2010. Ref. 5-2006.

SALA DE LO PENAL

Sentencias

Sentencia Definitiva del 21-X-05. Ref. 490-CAS-2004

REVISTAS y PUBLICACIONES

Juridicas

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María: "Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de junio de 1998", en *AJA*, N° 370, 1998, pág. 1.

ALBERDI, Juan Bautista, Escritos póstumos, t. X, Buenos Aires, 1899.

BENAVIDES, Louis Alain. El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional. Doctrina Publicada en las Revistas elaboradas por el Centro de Documentación Judicial. Doctrina. Centro de Documentación Judicial. Corte Suprema de Justicia. El Salvador. 2008

COMADIRA, Julio Rodolfo, en su artículo "Las medidas cautelares en el proceso administrativo" (Pub. La Ley, 1994-C, Sec. Doctrina, p. 699 y ss.).

COSIMINA Pellegrino, P. Derecho Administrativo y Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Su objeto ¿Pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo. Revista 112. Publicaciones Jurídicas Venezolanas.

CUCARELLA, Galiana. "Constitución y tutela cautelar: una revisión de las aportaciones de la jurisprudencia y doctrina italiana", en *RIDPrc.*, N° 1, 1998,

CUESTAS, Humberto. G., Breve reseña Histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo, artículo publicado en la Revista "Sentencias". Separata de la Revista Judicial Tomo 2. Quince Años de la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1995.

Díaz, Mariana. “Breves comentarios sobre el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires” (El Derecho, 186-2000, Buenos Aires, Universitas.

El Concepto De Derecho Administrativo y sus Características. Lecciones De Derecho Administrativo. Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Revisión marzo' 2005, Perú.

FRYDMAN, Patrick, “Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés”, Pub. Diario El Derecho, 28-6-00

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo. REDA No. 76. 1992.

GARCÍA PELAYO, Manuel. “El status del Tribunal Constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional Nº 1. Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, Vicente. Las Medidas Cautelares en Materia Comercial. Departamento de Publicaciones Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Publicaciones Universal.

JINESTA LOBO, Ernesto. La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica.

L. G., Anticipacao da tutela, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 20096. La moderna doctrina procesal la distingue de la “Tutela anticipada y la Tutela Cautelar”.

MATURANA, Miquel C. Las Medidas Cautelares, Marzo 2010. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Editorial Universitaria.

MEJÍA, Henry Alexander. La Jurisdicción Contencioso Administrativo. Publicación del Curso de Derecho Procesal Constitucional, Quinto Año. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 2010.

MENA CASTRO, Enrique. “*El Derecho a la Protección Jurisdiccional como fundamento de la Tutela Cautelar: su incidencia ante una posible reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*” de la Revista de Ciencias Jurídicas DE LEGIBUS No. 2 de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Enero-junio 2008.

MENA GUERRA, Ricardo. Incidencias del Código Procesal Civil y Mercantil en la Jurisdicción Contencioso Administrativa

MENA GUERRA, Ricardo. “Comentarios a la propuesta de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”, *Estudios Legales*, FUSADES. Biblioteca UTEC.

MENA GUERRA, Ricardo. Generalidades de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador.

RUANOBA WATENBERC, Sebastián. fungibilidad de las tutelas de urgencia (anticipatoria y cautelar en el proceso civil brasileño), Revista de Processo, número 148, año 32, junio, 2007.

Ratificación y observancia de los de los Tratados Internacionales". Boletín de Estudios Legales, N° 79, Julio 2007. Departamento de Estudios Legales DEL. FUSADES.

RUIZ M. Juan Carlos. "Estado Constitucional de derecho, democracia y Descentralización". Abogado, Profesor de la PUCP y miembro del Instituto de Defensa Legal.

SÁNCHEZ, V. J. *Apuntes sobre derecho procesal civil*. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Ediciones Último Decenio; El Salvador 1992.

SORIA, Daniel F., "La medida cautelar positiva en el proceso administrativo" (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)", ED 182-1126.

VENTURA, Sara E. Breve Aproximación a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador. Aspectos Esenciales y Elementos Contrastantes con el Modelo Español. Revista Aragonesa de Administraciones Públicas (N° 32. Junio 2008), **Editorial:** Gobierno de Aragón (Departamento de Presidencia).

Institucionales

Anteproyecto de Constitución Política de la República de El Salvador / El Salvador. San Salvador, El Salvador. : Tipografía La Tribuna, 1949

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

ENCICLOPEDIA ENCARTA, “La Revolucion Francesa”, Erich Lessing/ Art Resource, NY, 2009.

OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Edit. Heliasta. 26ª edición actualizada. 1999.

PAGINAS DE INTERNET

Publicaciones

GOMÉZ ALSINA, Martha, PALACIOS, Carmen Elisa y NORO VILLAGRA, Jorge. *Medidas cautelares: tutela anticipada*. Su aplicación en el ámbito del derecho administrativo. Disponible en:

http://www.justiniano.com/revista_doctrina/medidas_cautelares.htm.

INDER KUMAR, Gujral. “*Diferencias para el Nuevo Milenio*”. Escritos, político y Ex Primer Ministro de la India. Disponible en:

<http://www.unesco.org/issj/rics162/gujralspa.htm>.

MEJÍA, Henry Alexander. “El Acto Administrativo como fuente del Derecho”. *Publicación del Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Quinto Año. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 2010. p.3, disponible en:

<http://www.henryamejia.site11.com/docs/obras%20autor/EL%20ACTO%20ADMINISTRATIVO%20COMO%20FUENTE%20DEL%20DERECHO.pdf>.

MEJÍA, Henry Alexander. "El Procedimiento Administrativo en El Salvador". *Publicación del Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Quinto Año. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 2010. Disponible en:

<http://www.henryamejia.site11.com/docs/obras%20autor/EL%20PROCEDIMIENTO%20ADMINISTRATIVO%20EN%20EL%20SALVADOR.pdf>.

MENA GUERRA, Ricardo. Algunas Incidencias del Código Procesal Civil y Mercantil en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Disponible en:

http://www.menaguerra.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=69:algunas-incidencias-del-nuevo-c%C3%B3digo-procesal-civil-y-mercantil-en-el-proceso-contencioso-administrativo-salvadore%C3%B1o&Itemid=168.

MENA GUERRA, Ricardo. *Generalidades de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador*. Disponible en:

http://www.menaguerra.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=76:generalidades-de-la-jurisdicci%C3%B3n-contencioso-administrativa-dr-ricardo-mena-guerra&Itemid=168.

Publicación de Versión Actualizada del Documento Base que forma parte integrante de los Informes de los Estados Partes. República de El Salvador. Enero 2011. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Documento Básico Común. Disponible en:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/coredocs.htm>

Página Web Institucional

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El Centro de Documentación Judicial es la Dependencia encargada de facilitar el acceso a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de la información jurisprudencial, legislación e instrumentos internacionales, en:

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/visor2012/>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Historia de la Corte Suprema de Justicia*, en <http://www.csj.gob.sv/contencioso/historia.htm>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Líneas Jurisprudenciales*. Centro de Documentación Judicial. Disponible en :

<http://www.csj.gob.sv/LINEAS%20JURISPRUDENCIALES.nsf/0/14119779c34f746d0625699e006da81b?OpenDocument>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Licenciado Miguel Ángel Cedillos. Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en: http://www.csj.gob.sv/organizacion/orga_02.htm.