

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2006
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
SALVADOREÑO
“Especial referencia a las medidas innovativas”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
HÉCTOR TULIO BAIRE FLORES**

**DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
LICENCIADO NELSON ARMANDO VAQUERANO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ENERO DE 2008

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMÉNEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO NELSON ARMANDO VAQUERANO
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	i
INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO 1	1
1.1 LOS FINES DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
SALVADOREÑA	1
1.2 La relación del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo	1
1.3 Los fines del Estado salvadoreño	5
1.4 La concepción finalista de la Constitución	7
1.5 El carácter revisor de la justicia administrativa salvadoreña	13
1.6 El derecho de acceso a la jurisdicción como forma de cumplir la visión personalista de la Constitución	18
1.6.1 Fundamento constitucional de la tutela anticipada en el sistema normativo salvadoreño	19
1.6.2 El privilegio de autotutela	22
1.6.3 El dogma de la ejecutividad del acto administrativo	23
1.6.4 La estructura del órgano jurisdiccional en materia procesal administrativa	26
1.6.4.1 Agravamiento de la mora judicial más que en otros ámbitos jurisdiccionales	26
1.6.4.2 Un verdadero factor disuasivo para acudir a la cuarta Sala	27
1.7 Eficacia en el derecho de acceso a la jurisdicción	28
1.8 Respuesta del órgano jurisdiccional al catalogo abierto de derechos fundamentales	30
1.9 La huida del Derecho Administrativo como otra de las causas de justificación de la Tutela Anticipada	31
CAPITULO 2	34
2.1 SURGIMIENTO, DESARROLLO HISTÓRICO Y CONSOLIDACION DE LA TUTELA URGENTE CAUTELAR COMO PARTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	
34	
2.2 La jurisdicción administrativa antes del caso Factortame I. La concepción objetiva	43
2.3 La jurisdicción administrativa después de caso Factortame I	52
2.3.1 La doctrina del <i>fomus boni iuris</i> . Recepción de la jurisprudencia comunitaria	55
2.3.1.1 Consecuencias de la doctrina del <i>fomus boni iuris</i>	58
2.3.1.1 La sentencia del asunto 214/00 de 15 de mayo de 2003. Comisión contra España	58
2.3.2 El principio general del derecho de: “ <i>la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón</i> ”	63
2.4 Escursu sobre la tutela cautelar en El Salvador	66
2.4.1 El reconocimiento del <i>fomus boni iuris</i> y del <i>periculum in mora</i>	66
CAPITULO 3	70

3.1 LA TUTELA CAUTELAR EN LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE 1978	70
3.2 La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo	70
3.3 La suspensión del acto administrativo: única medida cautelar	72
3.4 Los presupuestos procesales	74
3.4.1 Que el acto impugnado produzca efectos positivos.....	78
3.4.1.1 Excursus sobre el origen del efecto positivo	81
3.4.2 El daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia	84
3.4.3 No perturbación del interés social o trastorno al orden público.....	86
3.4.3.1 El interés público en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo	89
3.4.3.2 El verdadero contenido del juicio ponderativo en el Derecho Público.....	103
3.4.4 La doctrina del <i>fomus boni iuris</i> , ausente como presupuesto procesal de la tutela cautelar en el proceso administrativo salvadoreño	105
3.4.5 El <i>periculum in damni</i> , presupuesto no nombrado, pero imbitito.....	107
3.5 Efecto del reconocimiento del verdadero alcance de los presupuestos procesales de la tutela cautelar y la tutela anticipada.....	108
CAPITULO 4.....	111
4.1 LA VIABILIDAD DE LA TUTELA URGENTE ANTICIPADA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO	111
4.1.1 La tutela anticipada: un esbozo teórico.....	121
4.1.2 Autores clásicos.....	133
4.1.2.1 Carnelutti	135
4.1.2.2 Calamandrei	136
4.1.2.3 La tesis materialista	140
4.1.2.4 La tesis procesalista	141
4.1.2.5 Eduardo García de Enterría	144
4.1.2.6 Ramiro Simón Padrós.....	146
4.1.3 Justificación constitucional de la tutela anticipada	152
4.1.4 El debido proceso y la tutela anticipada.....	158
4.1.4.1 Definición doctrinal y jurisprudencial del debido proceso	159
4.1.4.2 Acotaciones a las definiciones anteriores	163
4.1.4.3 El debido proceso desde la perspectiva del demandado	164
4.1.4.4 El debido proceso desde la perspectiva del actor.....	166
4.1.4.5 Equilibrio del debido proceso o de igualdad de armas procesales	166
4.1.4.6 La tutela anticipada y el principio de contradicción.....	167
4.2 La Medida Innovativa.....	170
4.2.1 Delimitación conceptual	171
4.2.2 Su <i>nomen iuris</i> y denominaciones.....	172
4.2.3 Imprecisiones de las anteriores denominaciones	173
4.2.4 Características	176
4.2.4.1 Efecto retroactivo	177

4.2.4.2 Innovativa anticipatoria	184
4.2.4.3 Innovativa autosatisfactiva.....	185
4.2.4.4 Diferencia de la medida innovativa con la suspensión del acto impugnado	186
4.3 Presupuestos procesales de la medida innovativa	188
4.3.1 1 Prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente	191
4.3.1.2 Abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de reo.....	191
4.3.1.3 Periculum in mora	191
4.4 La medida innovativa como tutela anticipada.....	192
4.5 La tutela anticipada en nuestro sistema jurídico.....	193
4.5.1 La jurisdicción de familia.....	198
4.5.1.1 Poder cautelar genérico de los jueces de familia.....	200
3.5.1.2 Las medidas de protección como una especie de las medidas cautelares .	202
4.5.1.3 Tipos de medidas “cautelares” que se decretan en los procesos de familia o de violencia o intrafamiliar	205
4.5.1.4 La medida autosatisfactiva	210
4.5.2 La jurisdicción administrativa.....	213
4.5.2.1 El “leading case” de la Sala de lo Contencioso Administrativo y el apogeo del Tribunal Constitucional Español: <i>“la suspensión de la suspensión otorga”</i>	215
4.5.2.2 Análisis del caso Acosta Espinoza I contra la FESABOL.....	215
4.5.2.2.1 Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 9/10/2006. Es una resolución interlocutoria	218
4.5.2.2.2 Despacho que no esta contemplado en previsiones específicas	220
4.5.2.2.3 Anticipa total o parcialmente el objeto de la pretensión antes del dictado de la sentencia de merito	222
4.5.2.2.4 Según la naturaleza del interés	223
4.5.2.2.5 El carácter del peligro que lo amenaza	223
4.5.2.2.6 Según la particular circunstancia que surge de la situación jurídica	224
4.5.2.2.7 Ante la inminencia o efectiva producción de un daño irreparable o de difícil reparación;.....	225
4.5.2.2.8 Grado de cognición exigida	225
4.5.2.2.9 Criterio discrecional del juez	227
4.5.2.2.10 Obviar las consecuencias disvaliosas de un evento para producir los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el merito	227
4.5.2.2.11 Obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el merito.....	227
4.5.2.3 Superintendencia de competencia contra <i>Shell</i> de El Salvador, S. A.	228
4.5.2.3.1 Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 27/11/2007. Es una resolución interlocutoria.....	230
4.5.2.3.2 Despacho que no esta contemplado en previsiones específicas.....	231
4.5.2.3.3 Anticipa total o parcialmente el objeto de la pretensión antes del dictado de la sentencia de merito	232
4.5.2.3.4 Según la naturaleza del interés	232
4.5.2.3.5 El carácter del peligro que lo amenaza	234
4.5.2.3.6 Según la particular circunstancia que surge de la situación jurídica	235

4.5.2.3.7 Ante la inminencia o efectiva producción de un daño irreparable o de difícil reparación;	235
4.5.2.3.8 Grado de cognición exigida	235
4.5.2.3.9 Criterio discrecional del juez	236
4.5.2.2.10 Obviar las consecuencias disvaliosas de un evento para producir los efectos	236
4.5.3 La jurisdicción constitucional	236
4.5.4 Medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad	237
4.5.5 Medidas cautelares en el proceso de Amparo	240
4.5.5.1 Definición de acto reclamado	241
4.5.5.2 La suspensión de acto reclamado y la tutela anticipada	243
4.5.5.3 Caso Acosta Espinoza III	248
4.6 Casos de procedencia de la tutela anticipada en el derecho procesal administrativo	257
4.6.1 Abuso de potestades administrativas	258
4.6.2 Abuso del derecho de defensa de la administración. La no remisión del expediente administrativo	259
4.6.3 La inactividad administrativa	260
4.6.4 Las nulidades de pleno derecho	261
4.6.5 Límites a la tutela anticipada	261
4.6.5.1 Actividad de fomento	262
CAPITULO 5	263
5.1 LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO COMPARADO	263
5.2 Sudamérica	264
5.2.1 Argentina	264
5.2.1.1 El leanding case Camacho Acosta	268
5.2.2 Brasil	270
5.3 Europa occidental	272
5.3.1 España	272
5.3.1.1 El origen del concepto de medida cautelar positiva	273
5.3.1.2 El reflejo de la sentencia 214/00 en la tutela urgente española	278
5.3.1.3 Novedades introducidas en la normativa española de contratación pública por la Ley de Contrataciones Públicas 30/2007	279
CAPITULO 6	281
6.1 APLICABILIDAD DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. La razón del servicio público	281
6.1.1 Las administraciones públicas descentralizadas	281
6.1.2 La Universidad de El Salvador	284
6.2 Servicio público de educación superior	287
6.2.2 jerarquía normativa y ámbitos normativos en la UES	292
6.2.3 Derechos subjetivos universitarios	297
6.2.3.1 Los recursos administrativos universitarios	297

6.3 Ámbitos de aplicabilidad de la tutela anticipada en el subsistema jurídico de la Universidad de El Salvador	302
6.3. 1Ámbito del proceso enseñanza-aprendizaje	303
6.3.1.2 Sistema de evaluación de la Universidad	305
6.3.1.2 Régimen jurídico aplicable.....	306
6.3.1.3 Recursos administrativos aplicables	306
6.3.1.4 Objeto de los recursos de revisión y revisión extraordinaria	307
6.3.7 Naturaleza jurídica de la calificaciones en el proceso enseñanza aprendizaje. La potestad certificante de la administración pública.....	308
CAPITULO 7	311
7.1CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	311
BIBLIOGRAFIA	314
LIBROS.....	314
TESIS	319
LEGILACION	319
REVISTAS.....	320
Índice Complementario	321
A. Jurisprudencia Salvadoreña.....	321
SALA DE LO CONSTITUCIONAL	321
Amparo	321
Habeas Corpus	322
Inconstitucionalidad.....	323
Sentencias Interlocutorias.....	323
Sala de lo Contencioso Administrativo	323
Sentencias Interlocutorias.....	323
Familia	324
Penal	324
Jurisprudencia Comparada	324
Tribunal Constitucional Español	324
Tribunal Supremo Español	324
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.....	324
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	325
Reseña jurisprudencial sobre la tutela satisfactiva autónoma, tutela satisfactiva interinal (Tutela Anticipada)	326

DEDICATORIA

Para tí, Héctor Tulio Flores Larín, padre que la infortuna me privo,
A ti Ana Gladis Baires, madre y padre a la vez; a ti Herbert Baires por su valiosa orientación
en la vida; y
A todos y todas los estudiantes de la República de El Salvador en especial a los compañeros
de la *"alma mater"*, que juntos deseamos una Facultad de Jurisprudencia mejor.

AGRADECIMIENTOS

A los doctores: Eduardo Gamero Casado, Henry Alexander Mejia, y Luiz Guilherme Marinoni; al primero por haberme *animado* en el apasionante estudio del compendioso Derecho Administrativo; al segundo por haberme enseñado el *valor* de la jurisprudencia y al tercero por su *solidaria* luz; y al Licenciado Nelson Armando Vaquerano, por su amplitud de criterio académico;

A la biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y en especial a la amigas bibliotecarias Alejandrina Meza Martínez y Magdalena Sabrían por su ayuda valiosa.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art Artículo

AGU.....	Asamblea General Universitaria
Amp.....	Amparo
ANDA.....	Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados
CEE.....	Comunidad Económica Europea
CE.....	constitución española de 1978
CN.....	Constitución de la República
CSU.....	Consejo Superior Universitario de la Universidad de El Salvador
Doc.dom.....	Doctrina dominante
LJCA.....	Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa
LOUES.....	Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador
MINED.....	Ministerio de Educación
RGLOUES.....	Reglamento General de La Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador
RADAUES.....	Reglamento de la Administración Académica de la Universidad de El Salvador
REF.....	Referencia
REDMUES.....	Reglamento Especial de la Defensoría de los Miembros de la Universidad de El Salvador
RGSAUES.....	Reglamento General del Sistema Administración de la Carrera del Personal de la Universidad de El Salvador
SC.....	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
SCA.....	Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia
SCP.....	Superintendencia de Competencia.
J.D.....	Junta Directiva
LANAA.....	Ley de la Administración Nacional Acueductos y Alcantarillados
LACAP.....	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
LES.....	Ley de Educación Superior
LCVI.....	Ley Contra la Violencia Intrafamiliar
LPrF.....	Ley Procesal de Familia
LPr.Cn.....	Ley de procedimientos constitucionales
Inc.....	Inconstitucionalidad
S/A.....	Sin año de edicion.
UES.....	Universidad de El Salvador

INTRODUCCIÓN

“Sabemos de las críticas que despierta en quienes se agarran del pasado de lo viejo, pero les pasará como dice la canción: que a él *“se aferraron mil ancianos y se fueron igual”*; quienes así actúan piensan que se trata de instituciones jurídicas extrañas, que no están legisladas, que no deben legislarse, olvidando que más que una cuestión de nacionalidad es otra de oportunidad y necesidad. A ellos les recordamos: *“solamente un loco rechazará las naranjas con pretexto de que no ha madurado en su jardín”*. Lo dijo Rudolph von Ihering.”

Carlos Alberto Carbone

El propósito de la presente investigación es doble. En primer lugar exponer la moderna concepción del Derecho Procesal como tutela de los derechos subjetivos realizada por la contemporánea doctrina procesal europea y sudamericana y segundo; exponer que esa concepción ya es recibida en el sistema procesal salvadoreño, aunque no se llame por su nombre, a excepción del Derecho Procesal Familiar. Esto se presenta como necesario por una razón fundamental: la índole de los nuevos derechos, de naturaleza no patrimonial o con función no patrimonial, no pueden resistir la duración del proceso de conocimiento pleno y exhaustivo; pues el tiempo que este conlleva simplemente volver ilusoria la pretensión de tutela judicial por el órgano judicial. Esta ha sido la necesidad que en el Derecho Comparado se hable de la tutela judicial efectiva, la cual según sea el modelo estudiado, ha utilizado la tutela cautelar y la tutela urgente como integrante de ese derecho fundamental de la persona humana. Son los casos del Derecho Comunitario Europeo y el Derecho Procesal Sudamericano. Por otra parte, la necesidad que llevó a esos sistemas jurídicos a emplear esas técnicas urgentes no es ajena al sistema normativo salvadoreño, en general, pero específicamente en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Efectivamente, la técnica cautelar y la técnica anticipatoria surgen como respuestas para remediar el tiempo de demora de los procesos, los cuales están presentes, (por lo menos la tutela cautelar) en los restantes procesos del sistema normativo salvadoreño. A excepción de la jurisdicción contenciosa administrativa, dado que la preconstitucional Ley de la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa solo regula una medida cautelar: *la mitológica suspensión del acto administrativo impugnado*. La cual incluso es insuficiente dentro de la moderna técnica cautelar en esta materia¹. Pero la investigación presente se enfoca en la otra técnica de los procesos urgentes, la tutela anticipada. Esta se presenta como una técnica preventiva y de correcta distribución de la carga del proceso entre las partes, obteniendo la parte actora, parte o toda la pretensión antes de la sentencia definitiva una vez cumplido los presupuestos procesales; pero por increíble que parezca ya en nuestro sistema procesal es recurrente la expedición, por los distintos ordenes jurisdiccionales, de la técnica anticipatoria. Lo hace eso si, bajo el uso distorsionado de la tutela cautelar, la cual según sus presupuestos procesales no es posible articularla cuando lo cautelado coincide total o parcialmente con la pretensión del demandante. Esta situación como se verá en el desarrollo de la investigación varía según sea la jurisdicción que la aplique.

Por ello surge el tema: la tutela anticipada en el Derecho Administrativo salvadoreño. Especial referencia a las medidas innovativas. ¿Por qué se justifica la especulación de la tutela anticipada al Derecho Administrativo?, aunque resulte obvio a veces se suele olvidar que el derecho procesal es uno, y que solo se ramifica en razón de las notas características de cada derecho de fondo debatido. La distorsión de esta idea y la no superación del proceso administrativo como recurso al acto ha producido una verdadera desigualdad en el proceso administrativo; pues aún, pensar que la posibilidad de un mandato cautelar de contenido positivo se tiene como peligroso, como algo que atenta contra el principio de división de poderes. Nada más absurdo. Además, la visión panprocesalista ha hecho creer a la doctrina procesal administrativa clásica que por ser la tutela

¹ La cual pregona un poder cautelar genérico, amplio y suficiente.

cautelar en esta materia unilateralmente negativa cualquier otro, de contenido positivo, es anticipatoria. Lo cual no es cierto. Como se expondrá en su lugar lo que diferencia a la tutela cautelar y la tutela anticipada y que fue puesto de relieve por *MARINONI* desde 1992, es el carácter satisfactivo de esta última, aunque no definitivo, o dicho de otra forma, la tutela cautelar puede ser positiva o negativa, pero nunca pueden satisfacer el derecho de fondo. En el campo del Derecho Administrativo esto sucede pues la suspensión del acto, cautela, pero no satisface.

¿Por qué tutela anticipada? Lo primero tiene relación en la *forma* en la cual tradicionalmente el órgano judicial interviene cuando surge un desconocimiento de un derecho material del justiciable a través de los clásicos procesos de conocimiento, en donde si una persona ve descocado o violentado un derecho subjetivo o un interés legítimo tiene la carga procesal de acudir al juez, para que efectivamente éste a través de la estructuras típicas de los procesos, ordinario, de hecho o derecho, sumario, declare el derecho, pero antes que esto suceda, posiblemente requiera de garantías para asegurar su derecho y solicite *medidas cautelares*, y una vez dictada la sentencia definitiva y el condenado no quiera cumplir ésta, el victorioso tendrá que iniciar la ejecución forzosa de la misma.

Pero ¿qué pasa cuando no obstante el pretensor ser diligente en la *tutela jurisdiccional ordinaria* ve burlado su derecho por que el pronunciamiento judicial simplemente llega tarde?. Ante esto, se han elaborado técnicas procesales que *difieren de lo tradicional*, porque en algunos casos colocan al actor en un disfrute de la pretensión sin que medie sentencia definitiva o en otros casos satisfacen el derecho subjetivo, o simplemente otorgan alguna tutela urgente, pues de lo contrario se frustraría el derecho sustancial debatido y con ello el fin de la justicia, que bajo esta óptica no solo corresponde a dar a cada uno lo suyo, sino darlo *cuando*

corresponde. Por eso se habla hasta de una filosofía, la filosofía *sobremoderna del proceso urgente*² en donde se distribuya equitativamente la carga del tiempo en el proceso. Ello tiene que ver con otro concepto más genérico, a saber: la tutela jurisdiccional diferenciada propuesta por el maestro italiano **ANDREA PROTO PISANI** y seguida también por el maestro de Bolonia **FEDERICO CARPI**³ y aceptada en la República Argentina por el doctor **CARLOS ALBERTO CARBONE**, (y otros doctrinarios) en su opúsculo “*la noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes*”, donde se propone este concepto abarcador de todas las especies que procuran impartir pronta y cumplida justicia al decir de nuestra Constitución y que cumplen las funciones de tutela preventiva y eficiencia del proceso jurisdiccional; concepto que se comparte en la presente investigación pues tiene la ventaja de abarcar conceptualmente esta filosofía sin caer en simplificaciones distorcionantes⁴. Intentando aplicar esa teoría al derecho administrativo tiene la clara intención de incluir en el modelo de control que la Constitución de la República ha diseñado para la actuación (o inacción) a la administración pública.

De ahí que exista un deber jurídico no solo la “*jurisdictio*” sino también de la administración pública de procurar respetar la Constitución de la República (art. 235 Cn) la cual tiene como substrato ideológico a la

² CARBONE, Carlos, Alberto, *La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes en Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, Pág. 47; en igual sentido Morello, Augusto M. *Anticipación de la tutela, Platense*, La Plata, 1996, Pág.3.

³ CARPI, Federico, *Las reformas del proceso civil en Italia en vísperas del siglo XXI*, conferencia pronunciada en la Universidad de Bolonia en el congreso del mismo nombre (inédita), citado por el Doctor Carbone, en *libro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Sentencia Anticipada, Director Jorge, W, Peyrano, coordinador Carlos A, Carbone, (Despachos Interinos de Fondo)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, Pág. 761.

⁴ Los trabajos doctrinales donde han aparecido esta denominación son las siguientes: lezione di diritto processuale civile. 2^a ed.. giovane, Napole. 1996. Pág. 597; problema Della c.d. tutela giurisdizionale differenziata, en appunti sulla giustizia civile. Pág. 18: TARZIA, La tutela d’ urgenza. Pero uno de los primeros trabajos donde se encuentra este concepto pertenece a Proto Pisani en 1979, llamado: Sulla tutela giurisdizionale differenziata en Revista di Diritto Processuale, cedam, padova, 1979, col. XXXIV, II, Serie, ps. 536-537. citado por CARBONE, Carlos, Alberto, *La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general. Ob. Cit nota 37.*

persona humana como el origen y fin de la actividad estatal⁵. El auto descubrimiento de la *Tutela Anticipada* supuso mucho entusiasmo, pues la doctrina ya había elaborado técnicas procesales idóneas y pertinentes para que los principios de celeridad y economía procesal⁶—imbricados en nuestro sistema jurídico, en el artículo 182 atribución 5ª de la Constitución de la República⁷, —tuvieran plena funcionalidad para otorgar una tutela preventiva o efectiva de la jurisdicción. La tarea que se plantea es grande; en primer lugar no se trata de hacer un “*mutantibus mutandis*” (cambiar lo que haya que cambiar) sobre las instituciones procesales novedosas aplicables en el proceso civil “extranjero” al proceso administrativo o incluso en el procedimiento administrativo salvadoreño, pues ello implicaría una simplificación de la realidad. Lo que se trata es de desentrañar la *naturaleza jurídica, características y presupuestos procesales* de estas instituciones — desde luego apoyados en la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera— y estudiar su aplicabilidad en el sistema procesal administrativo salvadoreño, a partir de la demostración simple, que ya los demás órdenes jurisdiccionales salvadoreños aplican la *Tutela Anticipada*, pero claro, con denominaciones científicas inexactas.

Así, “*verbi gratia*”, el requisito de la contra medida o contra cautela exigida para la mayoría las instituciones integrantes de la *Tutela Anticipada*, que son aplicables al proceso civil, podrían no ser aplicables en el ámbito procesal administrativo o, en todo caso, este requisito de procesabilidad tiene un grado de relajación muy grande⁸. También está el difícil tema del

⁵ Artículo 1 de la Constitución e informe único de la comisión redactora de la Constitución de 1983.

⁶ De hecho el Doctor Peyrano afirma que los valores que persiguen los procesos urgentes son el de eficacia del sistema procesal y economía procesal. Cfr. PEYRANO, W, Jorge, *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil, En libro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Sentencia Anticipada, Director Jorge, W, Peyrano, coordinador Carlos A, Carbone, (Despachos Interinos de Fondo), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, Pág.1*

⁷ Expresa este artículo lo siguiente: artículo 182. “*Son atribuciones de la corte suprema de justicia: vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptara las medidas que estime necesarias.*”

⁸ Para el caso, muy a menudo a los jueces y tribunales extranjeros se le presenta casos en materia de Derecho Previsional, en la cual parece excesiva el pedir algún tipo de contra medida. Limitándose los jueces a exigir una mera declaración jurada,

presupuesto de la *ponderación de los intereses en juego*, presupuesto no exento de controversia pues se pone en una balanza de esa ponderación el concepto de *interes público*; esta posición ha sido criticada por una parte de la doctrina, liderada por **GARCÍA de ENTERRIA**, pero también es sostenida por otra parte de la misma; como **CHICHILLA MARIN**. Como se verá.

También el mismo caso se da en la posibilidad que el juez o tribunal pueda cambiar (no digamos disponer “*mutu proprio*”) una *Tutela Anticipada*; posibilidad que es negada en los procesos cuya pretensión está basada en un derecho sustancial de índole privado (con la excepción de la fungibilidad de las tutelas del artículo 273 inciso 7 del Código Procesal Civil de Brasil). Pero, ¿*Qué pasa en el proceso administrativo; donde el principio “iura novit curia” tiene plena vigencia?*; la respuesta—que también se podría presentar en el proceso de Amparo—le da un contenido propio a estas técnicas novísimas en el Derecho Procesal Administrativo en particular y el Derecho Procesal en general, (salvo alguna jurisprudencia de la SCA como oportunamente se verá). No obstante lo anterior, en el capítulo 1 apartado 1.9 se evidencia otra justificación de naturaleza pública de la *Tutela Anticipada*, la cual ha sido notada (paradójicamente) desde la doctrina procesal iusprivatista. Nos referimos al fenómeno de *huida del Derecho Administrativo* propiciado por el modelo económico neoliberal. La investigación contiene *siete capítulos*. En el capítulo 1 es necesario dejar

esto solo para satisfacer este requisito. Considero que exigir la contracautela en algunos casos (más intensamente en derechos prestacionales) es no tener claridad de la función del Derecho Administrativo. Donde este entra a regular relaciones de poder y de libertad, donde el poder es ejercido por los agentes de la administración pública o por los *agentes colaboradores* de ésta y en la mayoría de las veces son los destinatarios de este poder (ciudadanos o administrados cualificados) los que se encuentran en una posición de desventajas (doctrinariamente llamada relación de sujeción especial. Piénsese en los miembros de la Policía Nacional Civil por ejemplo. Además la propia doctrina ha variado en cuanto a la exigencia de contracautela en los procesos urgentes. Así el Doctor Peyrano era en un principio de la opinión que en la medidas autosatisfactivas no era necesario la contracautela pero con posterioridad manifestó que le parece *excesiva* esa postura. Así el doctor Peyrano dice: “*creemos que serán las circunstancias del caso—aprehendidas y reguladas por el ordenamiento legal—las que determinaran su despacho “con” o “sin” fianza u otro tipo de contracautela*”. Nótese el influjo del Derecho Privado.

sentadas las características del Derecho Administrativo y la naturaleza de la administración pública salvadoreña.

Ello plantea necesariamente realizar una breve incursión en los fines del Estado salvadoreño y la forma como se articulan Derecho Constitucional y Derecho Administrativo para darle *eficacia* y *eficiencia* a los primeros. De ello resultará que sea cual fueren las técnicas que el legislador secundario utilice para darle cumplimiento a los fines del Estado, estas deberán contener la visión personalista que subyace en la Constitución de la República, la cual concede una serie de *derechos fundamentales*, con la característica de ser de tipo *progresivo* o como lo mencionaba la jurisprudencia constitucional: *un catalogo abierto*. Lo anterior nos da el *fundamento constitucional* para demostrar que la concepción personalista de la Constitución de la República *emplaza* el empleo de nuevas técnicas procesales, —en aplicación de la *mutación constitucional en algunos casos*— las cuales son a la orden del día las especies de los también llamados *procesos urgentes*. Dentro de las especies encontramos: las *medidas innovativas*, la *tutela anticipada*, las *medidas autosatisfactivas*, el *proceso monitorio*⁹, entre otras; en el capítulo 2 se expone la evolución que la tutela cautelar ha tenido dentro del Derecho Comunitario Europeo¹⁰ con lo que se pretende demostrar la necesidad que obligó a los distintos ordenamientos nacionales integrantes del Derecho Comunitario de adecuar su derecho a la idea insita en la jurisprudencia existente: la efectividad de la tutela no solo a través de la tutela cautelar sino de lo que la jurisprudencia comunitaria dice “*tutela cautelar y de urgencia*” *poniendo en evidencia que son dos cosas distintas*.

Además, para corroborar lo anterior se comenta brevemente la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 15

⁹ Ya estudiado por los clásicos italianos.

¹⁰ Vale expresar que ya la misma Sala de lo Constitucional ha reconocido la *tutelar cautelar* como integrante de la tutela judicial efectiva. *Cfr.* Sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dos. Ref. 737-2001.

de mayo de 2003 en el asunto la Comisión contra el reino de España donde el Tribunal condenó a España, por no adecuar su Derecho Interno al Comunitario en materia de contrataciones publicas y tutela de urgencia; especialmente condeno a España por no garantizar procedimientos urgentes para evitar perjuicios a los participantes en licitaciones sujetas a Derecho Comunitario, ello dió origen a una modificación de la tutela de urgencia de ese sistema. Esta exposición jurisprudencial europea se presenta como necesaria; pues aún y cuando toda la doctrina de la *Tutela Anticipada* es conteste en diferenciar ésta de la tutela cautelar, no se puede dejar de mencionar que aún y cuando no es del todo precisa la terminología empleada por la jurisprudencia y la doctrina europea española que sitúa a estas nuevas instituciones en la tutela cautelar ortodoxa denominando a estas *medidas cautelares positivas*, ha tenido el merito, por medio de estos precedentes jurisprudencial, de abrir todo un nuevo estudio en materia urgente y su elevación a *rango constitucional* y la recepción de un principio general del derecho de raíz procesal que ya había sido formulado por **CHIOVENDA**¹¹ y que **CALAMANDREI** aplicó con originalidad a las medidas cautelares. Todo este olimpo conceptual será útil para dotarnos de un arsenal conceptual básico para nuestra exposición por aquello que “*definir marca los límites dentro de los cuales se espera encontrar al objeto de nuestros afanes*”¹².

En el capítulo 3, necesariamente descriptivo, se aborda la regulación actual de la tutela cautelar en la Ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa Salvadoreña de 1978. Abordemos el arcaico *sistema cautelar* en nuestro sistema administrativo, evidenciando con esto las falencias del actual modelo de justicia administrativa que propende a enervar el derecho de acceso a la jurisdicción (y por ende la efectividad de la tutela, ya sea

¹¹ *Durata del processo non deve andare a danno del attore che ha ragione.*

¹² RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho en la modernidad y la posmodernidad*. 2ª Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997, Pág. 19

jurisdiccional o gubernativa) por cuando de “*lege lata*” están proscritas otras medidas urgentes distintas a la suspensión del acto regulada en la *preconstitucional LJCA* con lo cual se aplica el modelo de justicia objetiva, aunque sin confesarlo expresamente.

Haciendo una análisis de los presupuestos procesales de la suspensión del acto, dándole un enfoque jurisprudencial y comparativo con la doctrina nos servirá para delimitar exactamente cual es el verdadero alcance de cada presupuesto que la LJCA regula y para demostrar como la Sala de lo Contencioso Administrativo ha hecho un uso distorsionado, aunque legitimo, de la suspensión del acto. La consecuencias más notable es doble; en primer lugar se evidenciara que la LJCA equipara tutela cautelar con medida cautelar; y segundo, se nota la redefinición judicial llevada a cabo por la SCA de los presupuestos procesales para la expedición de la única medida cautelar. En el capítulo 4 se intenta incursionar sobre la teoría de la tutela anticipada y su aplicación el Derecho Administrativo, comprobándose además, que ya hace tiempo la jurisprudencia de los distintos ordenes jurisdiccionales le dieron una venerable bienvenida a esta institución.

De especial análisis es la jurisdicción de familia que bajo el amparo de la Ley Procesal de Familia de 1994 ha propiciado el avance mas notable en materia de tutela de urgencia en nuestro sistema jurídico, en este mismo capítulo se analizan los *leading cases* en materia administrativa y constitucional, específicamente los casos Acosta Espinoza I y III uno recientemente suscitado entre la trasnacional petrolera *SHELL* contra la Superintendencia de Competencia. La alusión a estos casos solamente es con el propósito de *levantar el velo* de esas resoluciones en que la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo ha empleando la tutela anticipada, aunque con el ropaje de suspensiones de actos.

Se abordará que el criterio práctico para levantar en el velo de la tutela cautelar, en el derecho administrativo sancionador, o simplemente actividad de los particulares limitativa de derechos constitucionales, es la aplicación del apotegma del Tribunal Constitucional Español: *la suspensión de la suspensión otorga*. Pero la aplicación al proceso administrativo tiene sus propias características que lo hacen susceptible de una recepción de estas especies de *Tutela Anticipada*, cuyo significado actual y perspectivas de desarrollo sólo pueden encontrar una explicación a la luz del surgimiento del orden contencioso administrativo—en principio como consecución del respeto a la legalidad objetiva y no de pretensiones de las particulares—; y su articulación en el actual estadio de postmodernidad en donde su intervención no solamente tiene que verse en función de velar por el derecho positivo—al estilo de una supercasación al decir de *HOURIOU*—sino la persecución de *pretensiones* no solamente de índole privado sino social¹³— Pues como manifiesta *FERRAJOLI* “...al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predisuestas en garantías de los mismos: si a los *derechos de libertad* (o “derechos de”) corresponden *garantías negativas* consistentes en límites o *prohibiciones de hacer*, a los derechos sociales (o “derechos a”) corresponden *garantías positivas* o consistentes en *obligaciones* de prestaciones individuales o sociales”¹⁴. En el capítulo 5 se expone sumariamente los aspectos más relevantes que en el Derecho Comparado. Especial consideración tiene el sistema normativo español, máxime si tenemos en cuenta que la funcionalidad sistémica del ordenamiento jurídico salvadoreño, en general,

¹³ Precisamente la incapacidad de las concepciones procesales tradicionales al final de la segunda guerra mundial fué lo que determinó que la doctrina italiana empezara por abordar críticamente el hecho que el Código de Procedimientos Civiles de 1942 no pudiera dar respuesta a los derechos que la Constitución Italiana de 1948 establecía; tan es así que la primera respuesta legislativa de este debate doctrinal es una ley sobre materia laboral en 1973 a través de la ley 533. PROTO Pisani, Andrea, *Las tendencias actuales del Derecho Procesal Civil en Italia*. En *Tendencias actuales del Derecho*, compilador Soberanes Fernández, José Luis, UNAM/FCE, 2ª ed., Méjico, 2001, Pág.37.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón (teoría del galantismo penal)*, prólogo de Norberto Bobbio, 2ª Ed. Trotta, Madrid.1997, Pág. 28.

abreva de las fuentes doctrinarias española y sudamericana que tanta influencia tiene el proceso administrativo americano y salvadoreño. Por ello se incluye la final un pequeño repertorio de jurisprudencia donde se han dictado este proceso urgente.

Se pone en discusión el “*nomen iuris*” de medida cautelar positiva a la que la doctrina procesal administrativa clásica le endosa un contenido anticipatorio, apoyándonos especialmente en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde luego que se ha realizado una breve incursión a la tutela anticipada en el sistema normativo brasileño, primero en regularla en su derecho procesal.

En el capítulo 6 se abordará el desarrollo de la hipótesis según las cuales, también la administración pública puede desarrollar en el seno del procedimiento administrativo este tipo de tutela urgente. El modelo de los fines de la administración pública Salvadoreña así lo impone. Para evidenciar la funcionalidad de esta nueva filosofía se ensaya su aplicabilidad en una institución autónoma de carácter descentralizada, en donde si bien no es posible hacer una teoría general aplicable a todas las formas de intervención de la administración pública,¹⁵ si es aprovechable en la similitud del servicio público que esta institución autónoma presta. Las conclusiones a las que se llegan en el último capítulo 7, caen por su propia cuenta. Siendo la más destacable la necesidad de reconocimiento de la *Tutela Anticipada* como parte de la *tutela judicial efectiva*.

Los lectores sabrán concluir si se ha logrado perfilar la aplicabilidad de estas tutelas urgentes en el Derecho Procesal Administrativo Salvadoreño. Existe seguridad que los redactores y responsables¹⁶ del anteproyecto, no oficial, de Ley Procesal Administrativa de nuestro país están

¹⁵ Quedando esta tarea para una ampliación de la presente o investigaciones posteriores.

¹⁶ Como responsable del anteproyecto aparece calzado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, aunque no de forma oficial.

en línea con lo descrito “*ut supra*”, cuando en la parte introductoria del anteproyecto de ley expresan:

No ha sido extraño que en nuestro país se hayan realizado cambios drásticos a las leyes procesales. La razón fundamental: el cumplimiento de la Constitución.

Nuestra ley primaria exige, simplemente, eficacia de las funciones del Estado, en beneficio del origen y fin de sus actividades: la persona humana.

El proceso a cargo del órgano jurisdiccional, como herramienta solucionadora de conflictos, debe ser un instrumento confiable para el ciudadano, capaz de resolver en forma ágil, transparente, segura y equilibrada, cualquier conflicto de intereses susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción”.

CAPITULO 1

1.1 LOS FINES DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SALVADOREÑA

"La justicia, como valor jurídico-constitucional, presenta dos dimensiones, una general y una particular; la primera persigue, mediante la articulación de principios y procedimientos jurídicos y políticos, la conservación de la sociedad y la posibilidad que ésta pueda cumplir con sus fines, es decir, dirigir la conducta de gobernantes y gobernados para cumplir el postulado de asegurar a cada individuo su realización personal; la segunda se ha entendido como aquella dimensión de la justicia que tiende a dar a cada uno lo suyo, sea por parte de la autoridad –justicia distributiva, o en el seno de las relaciones privadas –justicia conmutativa" (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando IX 2).

Sala de lo Constitucional

1.2 La relación del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo

La doctrina especializada manifiesta que el *Derecho Administrativo* es un *Derecho constitucional* concretizado,¹⁷ resaltando con esta afirmación, la estrecha relación existente entre estas dos parcelas jurídicas del Derecho Público¹⁸. Esta relación se manifiesta en el plano de la *eficiencia* y la *eficacia*, valores jurídicos distintos pero complementarios; pues en la Constitución de la República están reconocidos, *vgr.* la forma de gobierno y de Estado, la participación política, pero principalmente, los derechos y garantías fundamentales de las personas; y todas estas normas, principios y valores tienen que efectivizarse a través de las *potestades públicas y dentro de estas las administrativas*; mismas que a su vez son desplegadas por los entes de la administración pública, los *agentes colaboradores* o los concesionarios de aquella. Esa actividad debe estar orientada por el *bloque de legalidad* en donde el principio de legalidad, en sentido positivo, es su médula. A su vez, estos sujetos (administración pública en *estricto sensu* y *agentes colaboradores* o *concesionarios*) son parte del *objeto de estudio* del

¹⁷ FRISZ Werner, cita de García de Enterría, Eduardo en prologo de: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Civitas, Madrid, 2001. pág. 20.

¹⁸ Al respecto Agustín Gordillo comenta: "cada capítulo de derecho administrativo, se ha dicho, esta encabezado por una introducción de Derecho Constitucional". GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Pág. VIII-5.

Derecho Administrativo, aunque desde luego, sólo en cuanto actividad fiscalizable por el orden contencioso-administrativo. En consecuencia, es en ésta parcela del *sistema jurídico* donde se deben establecer las *formas* por medio de las cuales se deben satisfacer los *finés* que un Estado ha adoptado, pues la administración pública es la encargada de realizar en el plano material lo establecido en el marco constitucional y legal, a través de la actividad que despliega, sea esta de tipo limitativa, prestacional, fomento u otras que la necesidad social, grupal o individual, imponga.

Piénsese, por un momento, en la actividad del *órgano ejecutivo*, que es la determinante, pues obviamente es “ejecutivo” por el hecho de realizar en el plano material las distintas *políticas públicas* que el sistema normativo establece, dando operatividad, al *catálogo abierto* de derechos que el sistema jurídico reconoce y que son necesarios en el desarrollo de la persona, ya sea en su individualidad o colectividad. Por ello resulta muy gráfica la afirmación del doctor **GARCÍA de ENTERRIA**: “El ciudadano se enfrenta con el poder primariamente en cuanto poder administrativo. Le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna—en un centro público de salud— a la sepultura—en un cementerio municipal”¹⁹. Para que esa *relación de poder* no resulte odiosa en la efectividad de los derechos fundamentales y legales²⁰ debe existir una correspondencia entre: **a)** los fines reconocidos por el Estado (*contenido de la actividad administrativa*) en su marco constitucional—y en otras culturas jurídicas, del bloque de constitucionalidad correspondiente— y su bloque de legalidad; **b)** los medios empleados para efectivizar esos fines (teoría de las *formas de la actividad administrativas*); y **c)** el control jurisdiccional que se debe realizar de la

¹⁹ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* Revista Justicia de Paz, N° 9, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Año IV, Vol. II, Mayo-Agosto, 2001. Pág. 25

²⁰ Se incluye desde luego el plano vertical y horizontal de la efectividad de los mismos.

actividad de la administración pública (*sin inmunidades del poder*²¹) como órgano encargado de satisfacer el *bien común*. La Sala de Constitucional —en adelante SC— ha reconocido, en concordancia con la doctrina, la justificación de la existencia de la administración pública salvadoreña de la siguiente manera:

“4. Gamero Casado afirma que la existencia de la administración se justifica por el bien común que prevé la Constitución. Asimismo, del art. 2 de la Cn., subyace el derecho a la protección jurisdiccional que nace por el catálogo abierto de los derechos fundamentales y la protección jurisdiccional, sin perjuicio de otras disposiciones de las cuales se deriva, tales como los arts. 11, 86, 172 y 182 ord. 5º Cn. (...)”²².

De esto se desprende una conclusión de carácter capital para los fines que persigue la administración pública; esto es: la necesidad de implementar *todas las medidas necesarias* para que ese “*catalogo abierto*” de derechos fundamentales logren ser *eficaces y eficientes* por todos los poderes públicos y los particulares²³. Lo anterior viene a establecer una verdadera *vinculación interpretativa* del alcance de la disposición constitucional y las que son sus coordinantes, pues a la luz de aquella *todos los poderes públicos* se encuentran obligados a respetarla, (artículos 235 en coordinación con los artículos 86 y 164 de la Constitución), cuando ejerzan una actividad de protección jurisdiccional o no jurisdiccional²⁴. Pero como se expuso, la eficiencia de determinados derechos subjetivos y garantías de los

²¹ La frase es del doctor García de Enterría.

²² Sentencia de la SC de fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro. Ref. 9-2003. Considerando IV-B-4

²³ La SC en Sentencia de Amparo de fecha cinco de febrero de dos mil dos ha desarrollado jurisprudencialmente los alcances de los derechos fundamentales esbozados en la Constitución. Así la SC ha manifestado: “1) La Constitución al establecer en su 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.” , reconoce todo un catalogo de derechos –abierto y no cerrado- como fundamentales para la existencia de la persona humana e integrantes de la esfera jurídica de ella, es así, que para que tales derechos tuvieran una realización efectiva y dejaran de ser simples abstracciones teóricas, se consignó en la disposición citada, la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de los ciudadanos.” (negritas fuera del texto). Además con esto se hace referencia la dimensión horizontal y vertical de la efectividad de los derechos fundamentales.

²⁴ Aceptamos la terminología de protección no jurisdiccional hecha por la SC aplicable a todas aquellas actividades distintas de la jurisdiccional, principalmente el procedimiento administrativo. Así la jurisprudencia utiliza esta terminología. Vid. SC sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil dos. Ref. 523-2000, Amparo.

ciudadanos o administrados cualificados, según lo transcrito *ut supra*, están afectados por ese catálogo abierto, que incorpora derechos fundamentales de acuerdo a los fines que el Estado tenga con respecto a los *sujetos de derecho* a los cuales afecta su *sistema jurídico* y las nuevas realidades del mundo posmoderno. De igual importancia resultan las *formas jurídicas* escogidas por el legislador y el *control jurisdiccional* que se debe tener en la actividad o inactividad concreta de la administración pública. Por lo que se debe establecer ¿Cuál es el modelo de justicia administrativa en nuestro *sistema jurídico*?;²⁵ Y lo más importante: hacia quién o quienes se dirige o debiera estar dirigida esta actividad; en coherencia con los tipos principales de actividad administrativa. Cabe decir, que son tres las posturas teóricas que existen para determinar el *contenido de la actividad administrativa*, a saber: **a)** la individualista, **b)** la socialista y **c)** la intervencionista o Estado benefactor²⁶.

De ahí precisamente que sea importante determinar cuál es el modelo o las bases constitucionales del Derecho Administrativo en un Estado determinado o comunidad de Estados (en el caso de los bloques económicos o sistemas jurídicos integrados) para establecer la *médula constitucional* de la protección jurisdiccional y no jurisdiccional (procedimiento administrativo) de los ciudadanos, como una técnica específica para la satisfacción y cumplimiento del modelo de Estado y de los fines que éste persigue, que no son otros que el cumplimiento de los derechos fundamentales y legales. De igual forma es necesario determinar las concretas *formas de la actividad administrativa*, pues esto es presupuesto para poder identificar de forma eficaz la respuesta jurisdiccional adecuada y pertinente a efecto de garantizar

²⁵ De igual criterio es el profesor Ramiro Padrós quien de una forma docente nos resalta: “en tal sentido, la interpretación acerca de la naturaleza del proceso contencioso-administrativo determinará, en definitiva, el alcance de la materia cautelar en relación con la actividad de la administración pública. PADRÓS, Ramiro, Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Lexis Neris, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 62.

²⁶ GARRIDO Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, V.II, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1979, Pág. 139.

el *derecho de acceso a la jurisdicción*²⁷ en su *forma contemporánea* en caso que el destinatario de la acción o inactividad administrativa la impugne, ya sea en sede administrativa o judicial. En el mismo orden de ideas, el control jurisdiccional siendo el pertinente deberá emitir la protección adecuada, en el tiempo oportuno, para no volver ilusorio los *efectos ejecutorios de la sentencia definitiva*²⁸. La SC ha compartido esta interpretación sustentada también por la SCA, en cuanto a la *finalidad del acto administrativo*, así: *“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 art. 1 Cn”*²⁹ aunque el tipo de contenido iusfilosófico que le endosa la SC es con respecto a una de las actividades de la administración pública debe interpretarse, *extensivamente*, que ella es de aplicación a las otras manifestaciones, tales como, las distintas potestades, como la reglamentaria, sancionatoria, expropiatoria, e incluso la actividad contractual.

1.3 Los fines del Estado salvadoreño

Iusfilosóficamente la doctrina identifica tres posturas (en coherencia con las concepciones de la actividad de la administración pública) en torno a

²⁷ La SC ha definido el mismo como es el derecho (sic): *“que todas 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”. Así mismo la misma sala ha reconocido algunos aspectos que contienen el derecho de acceso a la jurisdicción entre los que esta; “(a) el libre acceso al órgano judicial —entiéndase tribunales unipersonales o colegiados—, siempre y cuando se haga por la 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”*. Sentencia de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. **Ref.384-97**.

²⁸ La doctrina no es unánime al establecer cual es el efecto jurídico que otorgan las especie de la **Tutela anticipada** Para la el caso la doc.dom. establece que es el adelantamiento de los efectos ejecutorios de la sentencia definitiva a través de la distribución de la carga del tiempo a las partes. Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme, *Antecipação da Tutela* 9ª ed. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. Pág. 64. (item. 3.4 El derecho a la tutela anticipada)

²⁹ Sentencia interlocutoria de la SC de fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y siete Considerando I 1. **Ref. 19-G-94. Amp.**

los fines del Estado. La primera de corte colectivista pregona los fines ilimitados, la segunda los fines limitados y la tercera pretende ser una posición ecléctica. Para la primera postura la *justicia, la felicidad y el bien común* son los valores máximos; mientras que en la segunda, *la libertad, la seguridad jurídica y el derecho* son sus estandartes axiológicos y la tercera procura ser una síntesis en donde el Estado tenga competencias propias y los individuos otras en concurrencia en el Estado³⁰. En la historia constitucional de nuestro país se ha presentado diversas manifestaciones de estas posturas. Así desde la Constitución de 1886, de corte liberal clásico, hasta el advenimiento de la Constitución de 1950, que postula un intervencionismo Estado, estos fines tenían una postura de tipo individualista. La Constitución de 1983³¹ es una reformulación de la Constitución de 1950, pero con la variante de ordenar de una forma sistemática su estructura interna, en donde la parte dogmática está al principio de la misma, queriendo resaltar precisamente la importancia que se le concede a los destinatarios de la normas jurídicas ahí expresadas. Apareciendo en esta parte el artículo 1 que hasta la fecha no tenía precedentes constitucionales. La jurisprudencia de la SC ha establecido, acudiendo al informe único de la comisión redactora de la Constitución de 1983 la interpretación de dicha norma, así:

“Nuestra Constitución. Al regular jurídicamente los principios que ha de regir la actividad del aparato de dirección política del Estado, lo hace, en virtud de considerar a la persona humana y sus consecuentes derechos fundamentales como el origen y fin de su actividad; por lo cual es obligación de los **órganos estatales** orientar sus políticas públicas en procura de la persona humana, en su dimensión social, en función de su objetivo supremo”³² (negritas fuera del texto).

De acuerdo a lo anterior, resulta el tipo de fines del Estado Salvadoreño, debiendo considerar como género a las políticas públicas y

³⁰ MANTILLA, Pineda, Benigno, Filosofía del Derecho, Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 2003, Pág., 235-237.

³¹ Vale aclarar que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es de 1978 y la ley supletoria es el Código de Procedimientos Civiles de 1882.

³² Sentencia de la SC de fecha cuatro de abril de dos mil uno. Ref. 348-99. Considerando II-1. Amparo

como especies las distintas políticas empleadas, para satisfacer dicho fines, tales como: política criminal, política arancelaria, política de salud pública, política educativa (y dentro de ésta las que dan vida a los distintos sistemas educativos) y desde luego: la *política legislativa*, independientemente el signo ideológico que tenga la suficiente *correlación de fuerza de partido* para ser dominante o hegemónica dentro de la Asamblea Legislativa o dentro de las administraciones públicas. Por último, es necesario resaltar la importancia que tiene el *modelo de control jurisdiccional* aplicable a la administración pública, pues de ello dependerá la vigencia de los valores de eficacia y eficiencia en el proceso jurisdiccional, como se corroboró en la cita 22. No es por azar entonces que dentro de las obligaciones que tienen los Estados frente a la comunidad internacional se encuentre el deber de adecuación legislativa y el deber de garantizar las medidas jurisdiccionales y administrativas o de otra índole para garantizar los derechos internacionalmente reconocidos.

1.4 La concepción finalista de la Constitución

Bajo la premisa de la fundamentación filosófica, es posible advertir que la concepción subyacente en la *forma del Estado* salvadoreño es dar realce a la *persona humana dentro de las proyecciones individuales, pero también, sociales*. Esto se deja ver en disposiciones constitucionales; mismas que han sido interpretadas por la SC “*armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común*”³³, ha dicho. Entonces el bien común o satisfacción de los intereses generales se ha logrado o se pretende lograr a través de la implementación de las formas de la actividad administrativa, en las cuales encontramos tres principales. A saber: **a)** actividad de coacción; **b)** actividad de fomento y **c)** actividad de

³³ Sentencia de la SC de fecha diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis. Considerando IV 3. Ref. Inc. 1-92,

prestación. A este punto conviene recordar que la administración pública no despliega una actividad de las enumeradas de una forma pura, sino que una presupone a las demás de una forma concurrentemente para poder realizar el fin público que ha priorizado el ordenamiento jurídico sectorial o la propia Constitución. Rápidamente se recuerda sus definiciones:

- a) actividad de coacción;** Esta tiene como objeto jurídico la libertad y el patrimonio de los ciudadanos, y es definida: *“como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”*³⁴.
- b) actividad de fomento;** uno de los clásicos del Derecho Administrativo Español, la define como: *“la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades publicas o se estima de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos”*³⁵.

Y por ultimo la;

- c) actividad de prestación o de servicio público** desde un doble enfoque, material y formal, **SANTAMARÍA PASTOR** la define como:

“aquellas actividades cuya finalidad es prestar una utilidad necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social, ya se considere esta en su conjunto ya a sus miembros individualmente considerados prestados por el Estado (u otro ente territorial) asuma el deber y la responsabilidad de garantizar su prestación regular y correcta a los ciudadanos”³⁶.

³⁴ GARRIDO, Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo. Ob. Cit.* Pág. 168/159.

³⁵ DE POZAS, Jordana, *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*, en *Revista de Estudios Políticos*, número 48, 1949, Pág. 46, citado por Fernando Garrido Falla, Ob. Cit. Pág.303.

³⁶ SANTAMARIA, Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª, V.II Centro De Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, Pág. 310.

Todas las anteriores transcripciones tienen la importancia de llamar la atención sobre el hecho puesto al descubierto recientemente de la realidad de la litigiosidad en el sistema jurídico salvadoreño y en las demás culturas jurídicas. La realidad se impone en la justicia civil de forma dramática; triste realidad de la cual no está exenta la justicia administrativa, pues el elevado número de demandas en la SCA ha provocado en nuestro sistema un virtual colapso al igual que la jurisdicción civil; entonces el órgano jurisdiccional y los entes administrativos debe tener presente, con claridad conceptual suficiente, qué tipo de *actividad administrativa es sometida a su control*, así como también el fin o fines públicos que la administración pública sectorial materializa; pues de lo contrario no se expedirá, en caso de haber controversia sobre un derecho subjetivo o interés jurídico, una respuesta adecuada; *sobre la base de la idoneidad técnica del derecho de acceso a la jurisdicción*. En estas actividades principales se emplean técnicas específicas, como por ejemplo, en el caso de la *actividad de coacción*, que traducen un especial tipo de actividad administrativa o, específicamente de acto administrativo; a saber: las autorizaciones, órdenes y prohibiciones.

No es el caso enumerar los concretos actos típicos que emanan de la actividad correspondiente, si conviene tener para los efectos de la procedencia o no, de la *Tutela Anticipada*, o *contrario sensu*: para que el ciudadano sepa cuál medio técnico pedir en caso que controvierta una actividad administrativa; pues de lo contrario, es posible que impugne una actividad administrativa en la cual, *per se*, no esté legitimado para ello. Vrg, en el caso de las autorizaciones en la cual no existe un derecho subjetivo previo, *“pues no confiere ningún derecho ex novo al administrado, sino que limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguna de los que ya estaban dentro de su patrimonio jurídico”*.³⁷ En estos casos, no es posible

³⁷ GARRIDO, Falla, Fernando, Tratado...Ob. Cit. Pág.187.

que se emplee la típica medida cautelar del sistema normativo salvadoreño, la suspensión de los efectos del acto impugnado, porque como se dejará expuesto en los casos de procedencia de una medida innovativa: “*La suspensión no es una medida cautelar eficaz, frente a denegaciones, frente a inactividades, frente a decisiones que son adoptadas, porque no decirlo, como un abuso de la potestad de decisión previa, y que ella resueltamente sobre los administrados la obligación*”³⁸ volviéndose necesario, en correspondencia con el modelo de control judicial administrativo acorde con la visión personalista que contiene la Constitución.

La anterior afirmación del doctor **GARCÍA De ENTERRIA** parte de la comprobación de la ineficacia de la Tutela Jurisdiccional Ordinaria para derechos cuyo contenido no es de índole patrimonial o aquellos que siéndolo requieren una respuesta jurisdiccional no de tipo resarcitoria sino *preventiva*; estas concepciones son doctrina recibida en Europa y en parte de América pero en El Salvador todavía se le ignora, en su actuales consecuencias; unas de las cuales es la no superación de la concepción objetiva en la justicia administrativa por la concepción subjetiva; lo cual no guarda coherencia con el subsistema normativo salvadoreño, pues éste empodera a lo ciudadanos de *situaciones jurídica activas*, por cuanto le otorga derechos subjetivos e intereses legítimos de distinta naturaleza, los cuales deben ser tutelados por el Estado de distinta forma; pero esta tutela en el Estado salvadoreño no ha variado desde que surge el control de la administración pública en Francia en el siglo XIX³⁹, hasta este momento de posmodernidad, cuando el concepto

³⁸ GARCIA de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas Madrid, 1992.

³⁹ Si el resultado de la instauración del proceso de conocimiento pleno condujo a la elaboración de las tres sentencias clásicas (declarativa, condenatoria y constitutiva) en el proceso civil en sentido estricto; esto no ocurre en el proceso administrativo, en donde no existió en un principio el concepto de sentencia condenatoria y declarativa como producto de la importación de recurso por exceso de poder francés a España en donde es receptado por la Ley Santamaría de Paredes de 1888. Cf. GARCIA de Enterría, Eduardo en prologo de la obra de FERNANDEZ Torres, Juan Ramón, “*Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*”, Civitas, Madrid, (Monografías), 1998, Pág. 22

de sentencia condenatoria está en crisis. El *status* de “*activae civitas*” del ciudadano es aceptado por la SCA, de la siguiente forma:

“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 Pública actuará conforme a las exigencias que el ordenamiento jurídico aplicable le ordena y que en otros términos significa "sometimiento estricto a la ley", Art. 86 inciso 2° de nuestra Constitución. El principio de legalidad consagrada en nuestra norma suprema, se erige para la Administración Pública, no como un mero límite de actuación administrativa, sino como el legitimador de todo su accionar.

Relacionado con el caso en estudio, y tomando en consideración lo afirmado por los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, cuando manifiesta....."el particular o administrado no siempre se encuentra ante la Administración en una posición de pasividad, sino que, también es titular de situaciones jurídicas activas, de derechos e intereses e incluso de verdaderas potestades ejercitables frente a los entes públicos" 40.

Se pueden inferir que el sistema jurídico, ya sea nacional o supranacional, otorga esas *situaciones jurídicas activas* a los ciudadanos. Pero además esto quiere decir que es *en las formas* que debe moldearse ese control jurisdiccional o administrativo para poder lograr armonía entre sistema jurídico— que reconoce día a día facultades (*carácter progresivo e incluso prohíbe la regresividad* en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴¹) — y la actividad desplegada por la administración pública, habida cuenta “*que la existencia de la administración se justifica por el bien común que prevé la Constitución*” al decir de la SC. Todo con el

⁴⁰ Sentencia de la SCA de fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete. Ref. 24-L-96, considerando IV. Aunque la SCA es conciente de esa “plena subjetivización de la justicia administrativa”, no le ha dado toda su potencialidad, como tendremos ocasión de analizar en el 4.7.2

⁴¹ El profesor Gomes Canotilho al respecto de esta prohibición de regresividad nos dice: “A partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas para realizar un derecho social, el respeto constitucional del mismo deja de consistir (o deja de consistir apenas) en una obligación positiva, para transformarse y pasar a ser también una obligación negativa. El estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social”. GOMES Canotilho, José Joaquim, Derecho Constitucional y Teoría de la constitución, Coimbra, Almedina, 2002, Brasil, Pág.1270 y ss. Citado por MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. www.professormarinoni.com.br Igual consecuencia le atribuye para el Derecho Interno, García de Enterría. Cfr. GARCIA de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Civitas, Madrid, 1983 (reimpresión 2001) Pág. 103. Así mismo el mismo autor establece que cualquier reforma hecha al sistema jurídico por el poder derivado, violentando una interpretación del Tribunal Constitucional es inconstitucional. Cfr. GARCIA de Enterría, Eduardo, Prologo a *La Batalla por las medidas cautelares*, Civitas 3ª, Madrid, 2004, Pág. 16

fin de lograr ese difícil equilibrio entre poder público y garantías ciudadanas. En otras palabras, la *adecuación de los derechos procesales a la índole de los derechos materiales tutelados*.

Por eso se torna imperioso determinar *¿Cuál es?* Ese modelo constitucional en el *sistema jurídico salvadoreño*; verificando, además, si existe una verdadera adecuación de las formas de la actividad de la administración para efectivizarlos —incluido aquí los productos legislativos— y si el control judicial desplegado es el pertinente. Pertinencia que será observada sobre todo en el plano del cumplimiento *real y efectivo* de las normas, valores y principios constitucionales. En otras palabras: confrontar los principios, normas y valores de la Constitución de 1983, con el desarrollo jurisprudencial acaecido, la legislación administrativa vigente y la actuación administrativa concreta para eliminar las antinomias jurídicas que se puedan presentar en el plano de la *eficiencia y tutela preventiva* de los *derechos subjetivos e intereses legítimos* de los ciudadanos salvadoreños o de todo aquel o aquella inserto en una *relación jurídica de sujeción especial*.

Por todo ello se impone analizar en este momento cual ha sido el control judicial que ha existido de la administración pública, desde sus orígenes. Ello es un presupuesto de la investigación, pues estando ligado el surgimiento de esta jurisdicción a la *ideología liberal*, sus presupuestos actuales no pueden ser los mismos, por lo menos en su versión original. Esta necesidad está en correspondencia con la doctrina procesal administrativa, así para el doctor **PADRÓS** la cuestión queda planteada en los siguientes términos:

¿Se justifica en la actualidad mantener la prerrogativa de la ejecutividad del acto administrativo..? (...) como puede observarse, la solución se halla íntimamente vinculada con la idea que se tenga del proceso contencioso administrativo y, en

ultima instancia, con la posición que se prefiera frente a la clásica antinomia que surca la historia del derecho administrativo entre el poder y la libertad⁴².

Por ello como presupuesto se abordará cual ha sido ese devenir del control de la actividad de la administración pública.

1.5 El carácter revisor de la justicia administrativa salvadoreña

El primer modelo de justicia administrativa que surge es conocido en la doctrina como concepción objetivista; este nace y se articula sobre una serie de privilegios para uno de los sujetos; la administración pública. Estos privilegios y prerrogativas no las posee ningún otro sujeto en ningún orden jurisdiccional del Derecho Occidental del linaje *civil law*⁴³. Privilegios que se viabilizan técnicamente sobre una serie de *potestades públicas* que aquella posee para llevar cabo la satisfacción de los intereses generales o en nuestro subsistema, del bien común, a través de las distintas *funciones* que le son asignadas. Históricamente la primera prerrogativa en surgir es la no justiciabilidad de la actuación de la administración pública, bajo la radicalización del dogma de la separación de poderes, que tuvo en la expresión "*juzgar a la administración es también administrar*" su bastión ideológico más fuerte.

En efecto, fue el decreto orgánico Francés 16-24 de Agosto de 1790 el que marcó no solamente la forma de entender cual debe ser el mecanismo para controlar la actividad de la administración sino el propio modelo de

⁴² PADRÓS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la Jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 111

⁴³ Excepción del modelo inglés, pues este se presenta más radical. Pues según una reciente jurisprudencia de la *House of Lords* en la sentencia *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame limited and others*, de 19 de mayo de 1989. El doctor García de Enterría establece la consecuencia de unos de los fundamentos de la sentencia así: "*La opinión de lord Bridge tiene un doble fundamento. El primero, y más extenso, que es trascendental para el derecho inglés, consiste en justificar que no existe en el derecho administrativo posibilidad de injunciones u ordenes de actuación (incluidas las de suspensión) contra la corona por la vía del interrim relief, esto es que los tribunales ingleses carecen de jurisdicción para imponer medidas cautelares a la administración.*" GARCÍA de Enterría, Eduardo, *El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo en La Batalla por la medida cautelares*, Ob. Cit, Pág. 45.

justicia administrativa; bases sobre las que nace el Derecho Administrativo con algunas de las instituciones que serán catalogadas en ese momento como las definitorias del “nuevo” Derecho, como por ejemplo, la institución del *acto administrativo*, acto que se distinguiría del acto legislativo y el acto judicial por ser producto de la administración, función esencial del poder ejecutivo, del cual los tribunales no debían “*troubler de vuelque manière que ce sois les opérations des corp administratifs*” (molestar de la manera que fuese a las operaciones de los cuerpos administrativos”).

La consecuencia de esta concepción será que el acto administrativo no podrá ser enjuiciado por los tribunales comunes creando con ello un círculo de inmunidad que junto a los *poderes discrecionales*, *poderes normativos*, *ejecutividad del acto administrativo* y *actos políticos* constituyeron el quinteto definitorio inicial del contencioso administrativo Francés en general y del Derecho Administrativo en especial. La consagración de este dogma significó a la postre una radicalización de la concepción de la separación de poderes (llamado por otros vulgarización de este principio) con la consecuencia de la instauración del modelo objetivo de control y la creación del *Consejo de Estado Francés* como instancia *adentro de la administración* que revisa la actuación de la administración pública sobre la base de una concepción en la cual solo cabía *anular* o *confirmar* la actuación impugnada, a manera de una súper casación; como decía *Hauriou*: “*Se abre proceso al acto como en la Edad Media se abría proceso a un cadáver*”⁴⁴.

Por todo ello el Derecho Administrativo tiene desde sus cimientos una carga ideológica mayor que los demás parcelas del fenómeno jurídico, pues al instaurarse un ente distinto de los tribunales de justicia comunes se pretendía que los jueces, personas que en esa etapa embrionaria de la

⁴⁴ Citado por GARCÍA de Enterría Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª Ed, Civitas, Madrid, Pág. 518.

Revolución Francesa eran etiquetados como leales a los antiguos reyes; como representantes del antiguo régimen, se abstuvieron de controlar a la administración; pues no resultaba conveniente para los intereses de la causa revolucionaria que fueran los antiguos aliados políticos de sus enemigos los que se encargaran de juzgar la actuación de su incipiente sistema administrativo; con razón dice *Russo* que, el lema revolucionario de “Mueran los abogados” era comprensible, pues estos pertenecían a la clase noble y: “...*el Derecho en la etapa prerrevolucionaria no era sino una confusa mezcla de supervivencias del Derecho Romano, del Derecho Canónico, y de difusas costumbres prerrenacentistas ...*”⁴⁵ se da, pues, en ese contexto que *políticamente* resultaba conveniente que fuera la propia administración la que controlara la actuación de sus órganos y *jurídicamente* era provechoso que a la vez se garantizara, por este mecanismo, la aplicación correcta de las leyes por partes de los agentes y órganos de la administración, pues como dijo *Saint Just*, refiriéndose a ese periodo: “*las leyes son revolucionarias, pero quienes están obligados a cumplirlas no lo son*”⁴⁶.

Como es sabido, el *sistema objetivista* de justicia administrativa será recibido en España a través de la llamada Ley Santamaría de Paredes de 1888 y en la LJCA de España de 1956 donde adquiere un matiz propio—judicialista especializado—, y de ahí es receptado en nuestro país a partir de la vigente LJCA de 1978. Pero *¿cuál es el efecto inmediato, práctico de una concepción de este cuño?* son dos: uno, las pretensiones postuladas ante el órgano jurisdiccional o el funcionario administrativo, no son tales, sino meras exigencias de legalidad de su actuación, sobre las cuales se tiene que resolver sobre la legalidad o no de la misma, pero dejando de lado el efecto conculcante de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta cuestionada y dos; la jurisdicción administrativa es una jurisdicción que procesa a un *supersujeto*:

⁴⁵ RUSSO, Eduardo Ángel, Ob. Cit. Pág. 249

⁴⁶

la administración pública⁴⁷. Sobre el cual no es posible ejercer todos los poderes —comunes a los demás órdenes jurisdiccionales—jurisdiccionales. Por todo ello el también llamado modelo de “*recurso al acto*” introduce una serie de distorsiones en nuestro subsistema jurídico administrativo, a partir de la vigencia del modelo que la Constitución de 1983 pretende instaurar; **GAMERO CASADO** las sintetiza en tres para el ordenamiento español⁴⁸ así (*sic*): **a)** imposibilidad de recurrir contra la ausencia de respuesta de la administración; **b)** las dificultades que pesan sobre el demandante para probar su derecho; y **c)** la imposibilidad de introducir en el proceso contencioso administrativo pretensiones de las cuales no haya conocido previamente la administración...⁴⁹.

A estas tres limitantes del modelo clásico de tutela administrativa, la *práctica pretoriana* salvadoreña ha demostrado también una cuarta limitación, a saber: la imposibilidad de adoptar de *lege lata*, aplicando lo que la SC ha denominado como catálogo abierto de derechos, una *Tutela Anticipada* en la cual se adopten por la jurisdicción administrativa otras medidas jurisdiccionales *distintas a la suspensión de los efectos del acto*; lo que de hecho conlleva a la negación del mismo derecho de acceso a la jurisdicción según se demostrará en la investigación⁵⁰ en 4.7; pero no obstante esto, se demostrara que el uso distorsionado de la suspensión del acto, ha dado lugar a una verdadera recepción de la tutela anticipada.

⁴⁷ Esta concepción ha perdurado incluso hasta el final del siglo XX. Así en Italia de la Corte Constitucional declaró que el juez administrativo tiene los mismo poderes cautelares que los demás jueces de los otras materias. Toda esta concepción nueva concepción será estudiada en 4.

⁴⁸ Téngase muy en cuenta que lo que exprese la doctrina española especializada en el tema, tiene que ser tomado en cuenta en el sistema salvadoreño. Ello por dos razones fundamentales; primero, como ya se dijo, el modelo de justicia administrativa es el modelo que se aplica en el reino de España (judicialista especializado) por lo cual todas experiencias que este campo se hayan sucedido pueden ser aplicables; y segundo no debe perderse de vista que al reformularse la constitución de 1950 en la de 1983 los padres constituyentes tomaron como derecho comparado, la Constitución Española de 1978.

⁴⁹GAMERO Casado, Eduardo, *La jurisdicción contencioso administrativo*, publicaciones de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, del Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, Pág. 15-16. 2001.

⁵⁰ En cuanto a la terminología: “derecho de acceso a la jurisdicción” la doctrina extranjera a sostenido que este se presenta bajo otras denominaciones, tales como: derecho de tutela judicial efectiva; art. 24 de la Constitución española;

Esta jurisprudencia de la SCA repercute de forma práctica en el Derecho Procesal Administrativo salvadoreño, pues siendo que éste se instituye como una forma de efectivizar un modelo de justicia determinado necesariamente, habrá de reflejar las características del mismo en las resoluciones judiciales las cuales solo despachan la medida cautelar de suspensión del acto; aún cuando contienen un mandato positivo o anticipatorio.

Esta última limitante, impuesta por el modelo objetivo, se traduce en el plano de la efectividad y la función preventiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos y en el campo procesal produce lo que la doctrina denomina “*desigualdad inicial en perjuicio del actor*”⁵¹; y que en el Derecho Procesal Administrativo tiene un matiz más conculcatorio debido a los privilegios de los que goza la administración pública. (Vid 1.6.2 y 1.6.3).

La importancia de saber cuál es el modelo de justicia administrativa es determinante para especificar la *técnica ha emplearse* en la aplicación de la *Tutela Anticipada*, así como el tipo de actividad desplegada para satisfacer los fines que el orden jurídico establece. El doctor **PADRÓS** lo corrobora de la siguiente manera: “*En tal sentido, la interpretación acerca de la naturaleza del proceso contencioso administrativo determinará, en definitiva, el alcance de la materia cautelar en relación con la actividad de la administración pública*”⁵².

Si bien el doctor **PADRÓS** hace referencia a la *tutela cautelar*, consideramos que esa afirmación es válida para otras instituciones; sobre todo si se cae en cuenta que esa afirmación tiene a su base filosófica la doble dimisión del derecho de acceso a la jurisdicción en su concepción contemporánea, vale decir, en el aspecto de la tutela preventiva y la urgencia

⁵¹ VARGAS, Abrahán, Luis, *Teoría General de los Procesos Urgentes*, en *Medida Autosatisfactiva*, Director Jorge, W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 125. Cursivas fuera del texto.

⁵² PADRÓS, Ramiro Simón, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Ob. Cit. Pág. 62.

de la intervención del órgano jurisdiccional que redundan en que el derecho de acceso a la jurisdicción sea efectiva.

1.6 El derecho de acceso a la jurisdicción como forma de cumplir la visión personalista de la Constitución

...*La justicia que tiende a dar a cada uno lo suyo*, se ha dicho citando a la SC⁵³ en el proemio de este capítulo. Pero esta frase hoy en día no se corresponde con los signos de los tiempos ni con el tipo de derechos subjetivos e intereses jurídicos que el sistema jurídico administrativo protege; por eso **CLAUDIA CAVA** y **CAROLINA EGUREN** expresan: “*dar a cada uno lo que le corresponde cuando corresponde*,”⁵⁴ es decir, celeridad ante todo, sin dilaciones indebidas, ya que si lo que pretende nuestra Constitución es colocar a la persona humana como el centro de la actividad del Estado y para que esto deje de ser una simple *norma programática* debe haber una correspondencia entre los fines, formas y control jurisdiccional de la actividad realizada o no realizada⁵⁵. Y precisamente es en el ámbito *del control* de la actividad de los órganos encargados de realizar los derechos reconocidos en el orden constitucional y en el *bloque de legalidad* de los ciudadanos de donde se debe partir para biseccionar ese trípode de fines, formas y control. En efecto, del “*art. 2 de la Cn., subyace el derecho a la protección jurisdiccional (...), sin perjuicio de otras disposiciones de las cuales se deriva, tales como los arts. 11, 86, 172 y 182 ord. 5º Cn*” por tanto, es este un derecho fundamental, el cual ha sido denominado por la jurisprudencia de la SC como *derecho de acceso a la jurisdicción* en donde los ciudadanos y

⁵³ La que a su vez recuerda la definición de Ulpiano

⁵⁴ CAVA, Claudia Alejandra y EGUREN, María Carolina, *Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes*, en *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, Pág. 210.

⁵⁵ *vid.* La relación del Derecho Constitucional con el Derecho Administrativo punto 1.2.

administrados cualificados⁵⁶ pueden controlar la actividad administrativa; y ese control judicial —sin inmunidades al poder como ha dicho el doctor **GARCÍA de ENTERRIA**— no debe resultar en algo etéreo si no algo efectivo, que logre en la práctica la verdadera *tutela jurisdiccional contemporánea*, reiterando, sin dilaciones indebidas, y estableciendo las técnicas jurídicas adecuadas para la satisfacción cabal de ese control; *en fin se trata de articular las garantías procesales correspondientes para evitar que al final de un proceso de dos, tres o cuatro años no resulte ilusoria la pretensión de los justiciables.*

Se expresa lo anterior desde una posición realista y no como simple enunciado, ya que si bien es cierto se puede decir que el Estado salvadoreño ha cumplido su deber constitucional e internacional con la promulgación de una Ley Procesal⁵⁷ que posibilite el control de la actividad de la administración en la actualidad el proceso de conocimiento de los procesos administrativo resultan anacrónico para darle cumplimiento a los artículos *art. 2, 11, 86, 172 y 182 ord. 5º* de la Constitución.

1.6.1 Fundamento constitucional de la tutela anticipada en el sistema normativo salvadoreño

Durante toda la tramitación del proceso ordinario, ¿es posible que el objeto procesal se frustre? La realidad así lo confirma; por eso no se puede pensar que el actual modelo objetivo que la SCA aplica a la tutela cautelar permanezca inalterado y más aún, a negar otros tipos de medidas jurisdiccionales urgentes, como la que son objeto de la presente investigación. Por eso hablamos, en concordancia con la doctrina de *Tutela Anticipada* que no es lo mismo que sentencia anticipada, ni mucho menos de

⁵⁶ Se está conciente de la inconveniencia de la denominación de “administrado” empero es necesario hacer este distingo en cuento en el bloque de legalidad de la administración pública se otorgan derechos subjetivos y desde luego intereses legítimos a personas que no son ciudadanos salvadoreños. Un caso en que la reducción de todos los destinatarios de la actividad de la administración a la denominación de ciudadano es inconsistente se presenta en materia de inmigración.

⁵⁷ La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo entro en vigencia desde el uno de enero de 1979.

victoria velada para una de las partes, que atienda las pretensiones en el momento que se debe, desde luego cumplimiento los presupuestos constitucionales y legales para ello. La aspiración, de una *jurisdicción* oportuna, ha inspirado a la doctrina procesalista sudamericana (inspirada también en la doctrina Italiana) a elucubrar, perfilar, definir y dar autonomía una serie de instituciones procesales novísimas en cuanto a su *redefinición* en la aplicación por los distintos órdenes jurisdiccionales.

Así, bajo la idea fundamental que: si bien *todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar*⁵⁸ se ha construido toda una *dogmática procesal* que por su utilidad para efectivizar el *derecho de acceso a la jurisdicción* han resultado en técnicas idóneas para satisfacer *cuando corresponde* las pretensiones de las partes litigantes. Con la expresión *todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar* se quiere significar que existen una serie de técnicas procesales, *distintas a las clásicas medidas cautelares*, que se articulan para que el derecho de acceso a la jurisdicción no sea enervado o conculcando en los procesos civiles.

O peor aún, en los procesos en que el derecho sustancial controvertido es de índole público o con el plus de ser derechos fundamentales. Así se habló en la parte introductoria que dentro de estas técnicas estaría la *Tutela Anticipada*, género dentro del cual se incluyen, las nuevas instituciones procesales: la *medida innovativa*⁵⁹, y la *medida autosatisfactiva*, entre otras. Estas últimas tres instituciones procesales se diferenciarían de sus congéneres por el hecho de prestar una tutela

⁵⁸ La cita completa es la siguiente: “En verdad, la cusa próxima mas importante del referido surgimiento ha sido la percepción de “algo faltaba” en el cuadro de las atribuciones judiciales en vista a la satisfacción de ciertas situaciones urgentes que no encontraban soluciones suficientes en las medidas precautorias tradicionales. Inclusive desde la perspectiva de los civilistas y comercialistas se experimentaban igual sensación, es decir, que—como no nos cansamos de repetirlo—notaban que “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”. Es que la categoría de lo “urgente” resulta mucho mas amplia que el horizonte de lo cuartelar”. PEYRANO, Jorge W, *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema*, en *Sentencia Anticipada* (Despachos Interinos de Fondo), Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, Pág. 36.

⁵⁹ En su palpante actualidad al decir del doctor Peyrano.

jurisdiccional oportuna *antes de la sentencia definitiva*, colocando en un momento procesal no esperado una verdadera posesión o disfrute de derechos de los cuales claramente y manifiestamente aparece como titular o portador el demandante, desde luego previo cumplimiento de los presupuestos procesales.

Se trata de evitar con estos tipos de resoluciones judiciales que las *dilaciones indebidas*, que son comunes a todo el derecho procesal, no frustren la naturaleza del derecho sustancial controvertido. Esta situación que es verdadera en los órdenes jurisdiccionales civiles presenta una especial incidencia negativa en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo. Ello por la existencia de dos agravantes que vuelven promisoría la especulación acerca de la aplicabilidad con su nombre científico de la *Tutela Anticipada*, en el sistema normativo salvadoreño a saber: **a)** el privilegio de autotutela de la administración pública y **b)** la Conformación del sistema jurisdiccional administrativo nacional; en el cual la existencia única de un Tribunal para dirimir todos los conflictos, la Sala de lo Contencioso Administrativo—creada a través de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa—en adelante LJCA— en 1978.

Estos factores inciden notoriamente en que la tutela del órgano jurisdiccional o incluso de la administración pública, cuando tramita un procedimiento, no llegue en el momento oportuno, es decir en el *cuando se debe*, desprestigiando con ello al órgano jurisdiccional por su tardía respuesta. Por todo ello se abordará en los párrafos siguientes estas situaciones sistémicas agravantes que se vuelven, al decir del doctor **MORELLO**, en verdaderos *obstáculos internos al proceso*⁶⁰. Por ello como la doctrina lo afirma el derecho a la tutela anticipada es un corolario de la efectividad de la jurisdicción; por ello en nuestro sistema jurídico será necesariamente el

⁶⁰ MORELLO Augusto M. *La Tutela Anticipada. Ob. Cit. Pág. 7*

derecho de acceso a la jurisdicción. Regulado en los artículos 2, 11, 86. 172 y 182, atribución 5, esta última disposición expresamente que la corte suprema de justicia velará por una pronta y cumplida justicia, pudiendo tomar *todas las medidas* para ello.

1.6.2 El privilegio de autotutela

Tal como lo expone la doctrina especializada la administración pública no es un sujeto procesal cualquiera; que necesite de someterse a la carga del proceso de conocimiento para poder hacer valer sus pretensiones (que pueden ser validas o incluso justificables y amparadas en la satisfacción del bien común que se le asigna) que se suscitan entre ella y los justiciables; tampoco requiere, incluso, de la carga de someterse a un proceso de ejecución para materializar sus actuaciones⁶¹. Así los ciudadanos se encuentran ante la ejecución material de la actuación de la administración, misma que probablemente no sea conforme con el *bloque de legalidad* atribuida a su esfera de competencia.

En la práctica los ciudadanos encuentran que una vez controvertida la actuación que se considera ilegal ante la SCA, aquella ya ha incidido sobre el derecho sustancial del justiciable. Se puede entonces puntualizar que incluso existen tres actividades que agravan este cuadro, a saber: **a)** actuaciones de hecho de la administración pública; pues en este caso tal actuación no está incurso en legalidad alguna previa, lo que *de hecho* repercute en la esfera de libertad de los ciudadanos violentado derechos subjetivos cuya cobertura está dada por el *bloque de legalidad*⁶² **b)** las acciones ilegales de los concesionarios y **c)** actividad ilegal de los llamados agentes colaboradores de la administración pública. Por ello y en correspondencia con la doctrina

⁶¹ GARCIA de Enterría Eduardo y Fernández Tomas-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª ed. Civitas, Pág. 186.

⁶² Se verá que incluso la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José es parte de este bloque que debe regir la actuación de la administración pública.

especializada, es necesario dejar resaltada la íntima vinculación que los privilegios administrativos, y en especial la presunción de legalidad y la ejecutividad del acto administrativo, con la *Tutela Anticipada* es general y la tutela cautelar⁶³. En los próximos apartados se profundizará sobre esos privilegios que en el transcurso del tiempo ha tenido la administración pública⁶⁴. Destacando sobre todo aquellos que tienen una mayor incidencia en las limitaciones de los particulares.

1.6.3 El dogma de la ejecutividad del acto administrativo

Interesa entonces esbozar el *privilegio de ejecutividad* de los actos de la administración pública, pues ello resultará de vital importancia para el estableciendo con posterioridad de la posibilidad de suspender precisamente los efectos que produce la emanación de un acto administrativo; sea este definitivo o de trámite⁶⁵ o *como presupuesto para la utilización de la tutela anticipada a través de la medida innovativa para efectivizar el derecho de acceso a la jurisdicción, aplicar una tutela preventiva o por abusar la administración pública de una potestad administrativa.*

En ese sentido también se otorga el privilegio de presunción de legalidad a los actos administrativos, presunción "*iuris tantum*" lo cual se traduce en la imposibilidad de suspender la ejecución de los actos administrativos en los recursos administrativos o judiciales interpuestos. Antiguamente esta situación solo podía cambiar por la revisión que hiciera el Consejo de Estado francés, mediante el otorgamiento excepcional de la

⁶³ PADRÓS, Ramiro Simón, Ob. Cit. Pág.94/95

⁶⁴ Y que también con el transcurso del mismo ha ido perdiendo, como por ejemplo la doctrina de los actos políticos, los poderes discrecionales y los poderes normativos irrestrictos. Como se sabe algunos de estos criterios y resabios del sistema francés de enjuiciamiento de la actuación de la administración se encuentran en los recientemente declarados inconstitucionales literales "d" y "e" del artículo 4 de la LJCA. Sentencia de las catorce horas del día veintidós de octubre de dos mil cuatro. Ref. 9-2003, en la cual se recoge los criterios de inaplicabilidad de la Sala de lo Contencioso Administrativo en diferentes casos suscitados en razón del enjuiciamiento de actos administrativos dictados por esos entes.

⁶⁵ Este último con los requisitos que la doctrina moderna reconoce tales como: que causen indefensión, que atenten contra un derecho fundamental, que causen un perjuicio de imposible o difícil reparación o que agoten la vía administrativa.

suspensión del acto administrativo⁶⁶, y aparentemente, como lo expresa el doctor **EDUARDO de ENTERRIA**: “evitar con ello que la actividad de la administración, orientada por principio a la satisfacción del intereses general, pueda resultar paralizada, en perjuicio de este interés público, por la simple oposición de un particular”⁶⁷, en nuestro país esta concepción tiene cobertura en la preconstitucional LJCA a partir del artículo 16. Dicha disposición será objeto de nuestro análisis cuando estudiemos lo concerniente a los presupuestos procesales —capítulo 3— que se estiman necesarios para la adopción de la *medida cautelar de la suspensión del acto*.

Al anterior panorama se le suma el hecho que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una *Ley General de Procedimientos administrativos* que regule, en defecto de una mejor ley procesal, los supuestos de otorgamiento de medidas cautelares que tenga una coherencia lógica con el tipo de actividad desplegada por la administración⁶⁸. Es de tomar en cuenta que dicha inexistencia tiene un impacto muy grande sobre los administrados en general y sobre administrados cualificados en particular⁶⁹; pues estos al estar sometido a un *régimen sectorial*, que incluso cuenta con su propio sistema de recursos administrativos—sistema que, no está de más decir desde ya, fue concebido bajo una lógica procedimentalista civilista del Código de Procedimientos Civiles de 1882, alejada de los principios de Derecho Administrativo se encuentran con la *carga* precisamente de impugnar esos actos administrativos o la mora resultante en sede

⁶⁶ Desde luego que no nos referimos aquí a los casos de eficacia demorada del acto.

⁶⁷ GARCÍA de Enterría, Eduardo, Curso... *Ob. Cit*, Pág. 578.

⁶⁸ El proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de 1994 estipulaba al respecto. Art. 52. Iniciado el procedimiento, el órgano competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren elementos de juicio suficientes para ello. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de imposible o de difícil reparación a los interesados, o que impliquen violación de los derechos amparados por las leyes.

⁶⁹ En razón del ámbito personal de la legislación sectorial estos pueden recibir distintas denominaciones, tales como: estudiante, interno, paciente, etc.

gubernativa, tiempo en el cual el acto sigue surtiendo plenos efectos y conculcando los derechos subjetivos de los ciudadanos o administrados calificados⁷⁰. Ante esta realidad resulta evidente que la administración pública puede ejercer un amplio margen de actuación sin que la misma sea controlada sino hasta que los efectos de la misma son ejecutados. Es más, según la concepción objetiva recibida de la instauración del sistema de revisión de los actos administrativos, al que se hizo referencia arriba, no podía ser de otra forma; pues el juez administrativo solo velaba por la legalidad objetiva, *esta concepción se ratifica cada vez que los tribunales administrativos deniegan una tutela urgente no reconociendo la naturaleza del derecho subjetivo de fondo*⁷¹ o cuando se pretende que con el reconocimiento de una indemnización, la tutela jurisdiccional se cumple. El anterior vistazo de cómo se ha estructurado la justicia administrativa desde su nacimiento y cómo es aplicada esta en nuestro país nos da una visión

⁷⁰ Una nueva interpretación de la SCA verdaderamente coherente con la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción, ha establecido la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto, cuando lo que se impugna es la mera inadmisibilidad de un recurso administrativo; evitando con ello que el administrado tenga que recurrir nuevamente a un largo proceso judicial si no obstante reenviar el asunto a la administración pública, esta lo resuelve de una forma contraria al sistema legal. Así dijo: "El criterio jurisprudencial hasta ahora mantenido encuentra respaldo desde la perspectiva de la legalidad y de la doctrina de separación de poderes; sin embargo, enerva la correcta aplicación del principio de protección jurisdiccional que implica, no sólo el derecho a que se franqueen los mecanismos o vías de defensa de los derechos e intereses por medio del proceso, sino también y muy importante, que el derecho de protección jurisdiccional sea efectiva. Por otra parte, este criterio perturba el funcionamiento del sistema de garantías de defensa de derechos del ciudadano frente a las actuaciones administrativas; sistema de garantías que procura evitar las "inmunidades del poder" y, por el contrario, demanda un mayor control judicial de los actos administrativos.

Por ello, esta Sala estima, respecto del requisito de agotamiento de la vía administrativa, que cabe otra interpretación ajustada a los principios tendientes a la máxima optimización del proceso contencioso administrativo en tanto mecanismo de defensa judicial de los derechos del ciudadano. No puede permitirse que los recursos administrativos funcionen como mecanismos mediante los cuales la Administración evada o postergue el control judicial de sus actuaciones, máxime cuando los recursos administrativos se constituyen esencialmente como expresión del derecho a la protección no jurisdiccional. Ésta, desde la perspectiva del catálogo constitucional, es equivalente a la protección jurisdiccional". Auto de fecha tres de mayo de dos mil cinco. Ref. 365-C-2004.

⁷¹ Se habla de ratificación por cuanto la LJCA es de tipo objetiva. En contra de este planteamiento GAMERO Casado, Eduardo, *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Ob Cit. Pág. 65. Es de aclarar que el sentido que el autor le da al modelo de justicia administrativa salvadoreña es desde una interpretación conforme con el derecho de tutela judicial efectiva del sistema normativo español. Las conclusiones a las que llega en la monografía citada confirman lo anterior. Empero en nuestro sistema jurídico, ese modelo no está dado de *lege lata*, pero si se encuentra vigente a través de una interpretación conforme con la Constitución de la República. El mismo autor, confirma expresamente lo anterior en una posterior obra: "*en efecto, mediante la interpretación literal del art. 2 LJCA se descartaría, en línea de principio, el recurso de plena jurisdicción, entendido como vía procesal que permite al legitimado deducir otras pretensiones, y en particular, el reconocimiento de un derecho, el reestablecimiento de un derecho, la indemnización por daños o la condena en costas*". GAMERO Casado, Eduardo, *Temas de Derecho Administrativo II*, (La jurisdicción contenciosa administrativa. San Salvador, CNJ. 2004. Pág. 8.

general que en el fondo lo que se trata es que no ha existido una legislación que establezca la técnica procesal correspondiente cuando el tipo de derecho que se tutela es de índole extrapatrimonial o siéndolo, requiere una **tutela** preventiva y no resarcitoria. Realidad que era necesaria resaltar pues es de destacar, ante la inexistencia de una nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o una construcción jurisprudencial que tomen en cuenta los valores de eficiencia y eficacia como contenido del principio de efectividad de la jurisdicción.

1.6.4 La estructura del órgano jurisdiccional en materia procesal administrativa

La LJCA creó a la SCA como única instancia a la cual acudir en caso de controvertir la legalidad de la actuación o inactividad de la administración pública. Este hecho fue motivado por que era la primera vez que se instauraba en nuestro país tal protección interna a través del proceso de conocimiento y de la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado que regula. Realidad que pudo haber sido aceptable en 1979. Sin embargo, esta situación ha generado con el devenir del tiempo un factor de morosidad de la jurisdicción especializada; pues ésta tiene sobre cargo de trabajo. Lo cual generó dos cosas: agravamiento de la mora judicial más que en otros ámbitos jurisdiccionales y un verdadero factor disuasivo para acudir a la cuarta Sala.

1.6.4.1 Agravamiento de la mora judicial más que en otros ámbitos jurisdiccionales

En el primer elemento se puede evidenciar muy fácilmente en el hecho que la SCA cuenta con un sobre cargo más gravosos que los otros ordenes

jurisdiccionales; pues al ser el único tribunal de justicia en esta materia⁷² es una verdadera hazaña que existan sentencias definitivas en un año y medio después de la demanda. Además es posible evidenciar otro elemento que distorsiona el sistema de protección interno de estos derechos; para el caso, la expedición de la “*medida cautelar por excelencia*”⁷³: la suspensión del acto reclamado; que tiene que ser adoptada o no, en el auto de admisión de la demanda o como incidente; no es efectiva en todos los casos y mucho menos es despachada en el momento que se requiere según la urgencia del caso.

1.6.4.2 Un verdadero factor disuasivo para acudir a la cuarta Sala

El segundo factor tiene que ver con la cómoda posición que asumen la administración pública (llamada “silla de oro” por la doctrina) a través de sus órganos o funcionarios públicos que saben que el extraordinario alargamiento de los procesos llevarán a cualquier “persona sensata” a no presentar ninguna demanda, pues de todas formas al final de dos o tres años de duración del trámite (eficacia del proceso) muy probablemente el administrado habrá perdido de hecho toda posibilidad real de ver sus pretensiones satisfechas, o incluso se sabe que muy probablemente esas personas, que tienen el rol de funcionarios, ya no ostentarán tal investidura. Esto debido a la falta de eficiencia de la respuesta jurisdiccional y administrativa ante el requerimiento o peticiones que los administrados realizan, tanto en sede administrativa, a través del correspondiente procedimiento administrativo o en sede jurisdiccional. Esta falta de respuesta oportuna *vuelve nugatorio el derecho de acceso a la jurisdicción y las garantías procesales que están reconocidas en la Constitución de la*

⁷² El artículo 5 de la LJCA establece: “La jurisdicción del tribunal de lo contencioso administrativo es improrrogable y se extenderá a todo el territorio de la República”

⁷³ La expresión es de PADRÓS. Ob. Cit. Pág. 226.

República;⁷⁴ para no enervar tal derecho, la doctrina y posteriormente la jurisprudencia ha ideado técnicas procesales adecuadas para que la tardanza en la tramitación de un proceso no resulte en un daño de difícil o imposible reparación. Lo cual ésta, desde luego en consonancia con una *visión personalista de la Constitución* de 1983. Por ello, y para especificar cuales son esos mecanismos procesales que le dan cumplimiento al *derecho de acceso a la jurisdicción* la doctrina ha elaborado toda una teoría en torno a los procesos jurisdiccionales que redundan en la efectivización de los derechos subjetivos e intereses legítimos y la afirmación de una tutela de carácter preventivo. Estos mecanismos son conocidos como procesos urgentes⁷⁵.

1.7 Eficacia en el derecho de acceso a la jurisdicción

La eficacia en los procesos jurisdiccionales presenta singularidades según sea el derecho substancial de fondo debatido. Si lo que se trata es del *ius puniendi* del Estado las críticas se han centrado en demostrar que entre más se busca la eficiencia en demostrar la culpabilidad de los imputados más es el grado de vulnerabilidad del núcleo de garantías reconocidas a los ciudadanos. Lo que se conoce como un “eficientismo procesal” ha demostrado, por lo menos en el sistema salvadoreño, ser contrario a la Constitución de la República en el ámbito penal. ¿Pero será en todos los campos procesales? O mejor expresado en todos los órdenes jurisdiccionales.

⁷⁴ A diferencia de la justicia constitucional, que no admite como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes, actos u omisiones, de actos de autoridad, tanto públicas o de particulares, la administración pública se encuentra sometida a los Tratados Internacionales en cuanto estos forman parte de su bloque de legalidad. Resulta interesante anotar que en un hipotético caso, algún ciudadano que pueda ser víctima de una violación a sus Derechos Humanos pueda invocar un tratado internacional en materia de derechos humanos. Para el caso la Convención América sobre Derechos Humanos o Pacto de San José regula una serie de prestaciones que al decir de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son exigibles a los Estados partes de dicha Convención. Así también se pueden presentar casos en que los legitimados procesalmente invoquen otras normas de Derechos Humanos tales como: la Convención de Derechos del niño.

⁷⁵ PEYRANO, Jorge, W, *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil*, en Sentencia Anticipada (Despachos Interinos de Fondo), Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 15.

La respuesta viene expresada por la propia jurisprudencia de la SC desde la cual se nota que ambas situaciones no son incompatibles entre sí.

Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del estado salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo—Art. 83 Cn.—y su contenido está integrado esencialmente 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 humana**⁷⁶. (Negritas fuera del texto)

Es clara la posición de la SC con respecto a la búsqueda de esa efectividad de los derechos fundamentales de la persona humana, así como también son muchos los precedentes jurisprudenciales que no vacilan en reconocer el *derecho de acceso a la jurisdicción como un derecho fundamental* no solamente como un derecho subjetivo público de naturaleza procesal o como también lo denomina la SC *“Derechos constitucionales procesales” sino como el mecanismo mas idóneo para defender los demás derechos*. La jurisprudencia también es conteste en hacer *la diferencia de técnicas* que han de utilizarse cuando se trata de un proceso penal o de uno civil en la *latu sensu*; y *refiriéndose al tema de la tutela cautelar ha hecho esta distinción* de la siguiente manera: *“en el proceso penal importa mas la libertad personal y al derecho a la presunción de inocencia, en los procesos no penales el aspecto mas relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva”*⁷⁷. Merece hacer un resalto en ésta parte de la sentencia, pues este aspecto no se tiene en cuenta por los tribunales civiles ni mucho menos por los críticos del modelo garantista del proceso penal, el cual no protege delincuentes, como se le atribuye, sino ciudadanos que pueden verse vinculados a un proceso penal de una forma arbitraria o por

⁷⁶ Sentencia de la SC de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete. **Ref 15-96 y Ac.** Inconstitucionalidad.

⁷⁷ Sentencia de la SC de fecha cuatro de junio de dos mil dos. **Ref 737-2001.** Amp

vendetas políticas; o en el caso de las personas que acuden a los tribunales, mercantiles, civiles, de familia, laborales, inquilinato o la propia SCA exigiendo mecanismos que no enerven o conculquen el derecho humano de acceso a la jurisdicción a través del no reconocimiento de respuestas urgentes de las cuales la tutela cautelar es uno de ellos, *pero no la única ni tampoco la mas efectiva*. La efectividad de la tutela, de la que habla la SC en el precedente citado *ut supra* debe entenderse como lo que es, una formulación de distinción entre los principios que inspiran a los procesos penales y no penales, buscando en el caso de estos últimos que la respuesta jurisdiccional llegue cuando corresponde. Y es que; como lo afirma la doctrina y la jurisprudencia vernácula: *“al moderno constitucionalismo no le ha pasado por alto la necesidad de instrumentar una “jurisdicción fortuna”. Mas aún: creemos –y no estamos solos– que las modernas constituciones muchas veces emplazan la creación de nuevas formas procesales que, entre otras cosas, aseguren una tutela jurisdiccional pronta y eficiente”*⁷⁸. Lo que en realidad resaltan las anteriores ideas transcritas es la aplicación de los principios *“pro homine”* o *“pro libertate”* en el caso de los procesos penales y los principios de efectividad y pro accione en los procesos no penales; principios que deben inspirar la labor constitucional de los jueces que, en el caso de la LJCA, se encuentran con leyes preconstitucionales, que pregonan un modelo de acceso a la jurisdicción distinto al establecido en la constitución.

1.8 Respuesta del órgano jurisdiccional al catalogo abierto de derechos fundamentales

⁷⁸ PEYRANO, Jorge, W, *Aspectos Concretos del Proceso Urgentes y de la Tutela Anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema*. Ob. Cit. Pág.33

Precisamente el considerar a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como un catalogo abierto es lo que impulsa en esta era postmoderna, a emplazar a los poderes públicos a crear, o aprobar nuevas formas procesales que sean adecuadas. Por que como se sabe; el acceso a la jurisdicción busca *“Por una parte la idoneidad especifica del remedio técnico (garantía) a utilizar, y, en segundo lugar, la materialización que—a través de la jurisdicción—se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada”*⁷⁹. Por ello; existe el deber de los tribunales de nuestro país y la propia administración pública de emplear todos los mecanismos que posibiliten la tutela que el derecho material reconoce, o incluso dentro del ámbito del derecho administrativo, de la cadena de legalidad que incluye al acto administrativo⁸⁰.

1.9 La huida del Derecho Administrativo como otra de las causas de justificación de la Tutela Anticipada

La implementación de un modelo económico, de signo neoliberal, que ha propiciado el retiro de la administración publica a partir de 1989 en el país propicio el retiro de la forma racional con que la administración publica salvadoreña antevénía en la gestión de los fines que el modelo de la constitución de 1983 le imponía. A partir de las década de 1990 la privación de los grandes servicios públicos, telecomunicaciones, distribución energía, sistema provisional, y la reprivatización de la banca originaron la implementación de un modelo de control basado en el modelo argentino (que

⁷⁹ VARGAS, Abraham Luis, *Teoría General de los Procesos Urgentes*, en *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 120-121.

⁸⁰ Como dijo el doctor gomer casado siete años “Es preciso interpretar la ley jurisdiccional de acuerdo con los nuevos postulados constitucionales, y especialmente con arreglo al derecho a la protección jurisdiccional de los ciudadanos que proclama el texto fundamental. Esto obliga a efectuar un sereno pero firme ejerció de escribano y depuración de aquellos aspectos de la ley que cercenan de algún modo los derechos constitucionales. Ejercicio que corresponde a todos los operadores jurídicos, pero sobre todo, y mas que a nadie, a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia GAMERO Casado, Eduardo, La jurisdicción contenciosa administrativa. Ob. Cit. Pág. 135.”

sigue al estadounidense) de entes reguladores; ⁸¹esta forma de control fue extendida a otros rubros que se consideraron importantes para la funcionalidad del sistema, tales como la creación de entes que vigilaban la libre competencia entre los agentes económicos del mercado salvadoreño. Pues bien, la intervención de estos entes, se hace con el despliegue de verdaderas potestades regulatorias que afectan, positiva o negativas, a los ciudadanos. Ejemplo de esto, podemos mencionar el servicio de telecomunicaciones, específicamente el campo de la telefonía celular; en nuestro país, operan cuatro empresas que acaparan todo el mercado nacional; mismo que es regulado por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones. Este mercado es, junto al de los hidrocarburos, uno de los que mas abusos tienen para los consumidores, a tal punto, que ha llevado al gobierno de la republica a través de sus ente regulador a plantear la necesidad de establecer un tiempo racional de consumo para los usuarios del servicio pospago. Otra de las muchas distorsiones que se presenta en este mercado es el referente a la dificultosa comunicación y diferencia de precios irracional cuando la comunicación es entre dos compañías rivales. Ahora bien como se protege el ciudadano o el consumidor de la conducta contraria al derecho del competencia, con incidencia en el derecho de los consumidores. Es claro que la posible legitimación de los perjudicados ante estos entes reguladores en los distintos procedimientos es posible, pero también cuando esa actividad sea impugnada por los usuarios o por los mismos agentes económicos; naturalmente, la duración del proceso de conocimiento no garantiza al efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción y mucho menos el arcaico e inconstitucional sistema de tutela cautelar que regula la LJCA de 1978; los casos pueden ser múltiples, y como analizamos en el ítem 4.5.2.3 pueden

⁸¹ PEYRANO, Jorge, W, *Aspectos concretos del proceso urgente y del a tutela anticipatorio*. Ob. Cit, Pág.1

tener incidencia sobre derechos de distinta naturaleza pero cuya característica común es la necesidad de otorgar que tenga la razón un efectividad de la justicia, y no dentro de dos o tres años cuando solo se reconozca un derecho de indemnización.

CAPITULO 2

2.1 SURGIMIENTO, DESARROLLO HISTÓRICO Y CONSOLIDACION DE LA TUTELA URGENTE CAUTELAR COMO PARTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

*“La durata del processo non deve andare a danno dell’attore”
Chiovenda*

Se sabe que **CARNELUTTI** y **CALAMANDREI** distinguían las medidas cautelares de tipo conservativo de uno innovativo; uno interinal y otro anticipatorio, respectivamente⁸² (Ver 4.1.2). Estas notas de innovatividad, efecto provisional de la sentencia definitiva y alteración del estado de hecho o de derecho de la realidad, en el proceso, son las que también se le endosan a la *medida innovativa* con efecto anticipatorio en la actualidad. De ahí que algún sector de la doctrina sudamericana le reste crédito a estas instituciones y se adscriban a una posición en la que, sin negar la realidad desesperante del proceso civil, pretenden adecuar las instituciones de la *tutela anticipada* en esas coyunturas urgentes dentro de los moldes clásicos de la *tutela cautelar*. Uno de los doctrinantes de ese cuño es **LINO ENRIQUE PALACIOS**, el prestigioso autor argentino, refiriéndose al caso de la medida innovativa, expresa que esta tiene muy poco de originalidad, pues ya **CALAMANDREI** había distinguido lo cautelar conservativo y lo cautelar innovativo. Esta posición la establece precisamente en un opúsculo titulado: *“la venerable antigüedad de la medida innovativa”*⁸³. Ante la crítica, el doctor **PEYRANO** reconoce que el genio florentino había sospechado de las virtudes innovativas de ciertas

⁸² El doctor Carbone, se refiere a este hecho como: *“la vieja idea de la anticipación de la tutela”*. CARBONE, Carlos Alberto, *La duración del proceso no debe ir en contra del actor que tiene la razón (hacia un nuevo principio general del derecho de base procesal)*. En *Sentencia Anticipada Ob. Cit.* Pág. 81.

⁸³ PALACIO, Lino, *La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual*, en revista de Derecho Procesal, N° 1, p. 105. citado por BACARAT, Edgar, J, *Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro*, En *medida innovativa. Ob. Cit.* Pág. 52.

providencias cautelares y a renglón seguido confiesa que de ello se dió cuenta tiempo después del laboreo doctrinal a favor de la innovativa, pero no obstante ello, reivindica la actualidad de la medida innovativa desde la imposibilidad de previsión del desarrollo que actualmente tiene tal respuesta jurisdiccional en el Derecho Procesal, pues se le concibió originalmente dentro del proveimiento cautelar de la forma tradicional (instrumentalidad), y no de forma satisfactiva.

A partir de la década de los 80 del siglo pasado se va abriendo una nueva interpretación de la ideas enunciadas por los clásicos italianos y empieza precisamente en Italia (con su reflejo inevitable en Sudamérica) un giro interpretativo sobre el nuevo contenido que le corresponde la tutela de urgencia; **AUGUSTO M. MORELLO** alude a la intervención de **PROTO PISANI** en el foro “*encuentro de los estudiosos italianos sobre la reforma urgente del proceso civil*”, como la señal notable de la preocupación de la comunidad científica por esa situación desesperante de la justicia, donde sobresalieron las propuestas para otorgar la satisfacción de los derechos cuando se debe; todo bajo la idea orientadora del modelo de acceso a la justicia de **MAURO CAPPELLETTI**,⁸⁴ doctrinante que pregona como el derecho más importante de los derechos fundamentales, el de acceso a la justicia. La reinterpretación de esta venerable idea, se vió reconocida en la jurisprudencia italiana en donde se recordó el principio Chiovendano “*el proceso no debe ir en contra del actor que tiene la razón*” (*la duratta del processo non deve andare a danno dll'attore*), principio que en la actualidad se reconoce como principio general procesal que da cabida a la tutela de urgencia expandida dentro de los países que integran la Unión Europea; tutela de urgencia fortalecida por efecto del Derecho Comunitario Europeo a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en

⁸⁴ MORELLO, Augusto, M, *Anticipación de la tutela*, Ob. Cit. Pág. 15.

Luxemburgo; especialmente a partir de la sentencia del caso *Factortame I*, con lo cual dicho principio ha pasado a integrar el *bloque de constitucionalidad* que tiene vigencia en Europa occidental,⁸⁵ principio que tardó más de cincuenta y cinco años en llegar a ser reconocido por la jurisprudencia en el caso comunitario citado *ut supra* y cincuenta en el jurisdicción constitucional italiana⁸⁶.

Precisamente fue la *Corte Costituzionale Italiana* en la sentencia número 190 de fecha 28 de junio de 1985 en la cual declaró inconstitucional una ley que pretendía restringir los poderes del juez administrativo, pues limitaba la tutela cautelar a la suspensión de acto impugnado,⁸⁷ reconociendo dicha sentencia el principio de **CHIOVENDA**. Resulta curioso entonces que haya sido también desde la óptica del Derecho Administrativo donde en Italia se haya restaurado el anterior principio, (en la jurisprudencia) que como recuerda el profesor **GARCÍA de ENTERRIA** fue formulado por primera vez por **CHIOVENDA** en sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil* receptándolo después **CALAMANDREI** en su *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*,⁸⁸ él cual a su vez, cataloga de magistral principio Chiovendano⁸⁹. El 19 de junio de 1990 es tenido como la fecha en que se recibe la concepción de *tutela cautelar y tutela urgente como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva* en Europa desde el punto de vista jurisprudencial. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas emite la resolución por medio de la cual resuelve el incidente

⁸⁵ GARCIA, De Enterría, Eduardo, prólogo a *La Batalla por las medidas cautelares*, Ob. Cit. Pág. 13.

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 182.

⁸⁷ El esa misma línea, el Tribunal Constitucional Español declaró inconstitucionales varios artículos de la ley orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Es importante reiterar que se declaró inconstitucional y por consiguiente nulo el inciso segundo del art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en cuanto establecía que: «en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley». STC 115/1987.

⁸⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio de las providencias cautelares*, Prologo de Couture, librería el Faro, Buenos Aires, Argentina, 1996, Pág. 44. El abogado general Tesouro cita también a Chiovenda en sus conclusiones. Párrafo 18.

⁸⁹ Cfr. GARCIA de Enterría, Eduardo, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fons boni iuris*. En *La Batalla por las medidas cautelares...* Ob. Cit. Pág. 209. También reconoce este origen CARBONE, Carlos Alberto, *Los despachos interinos de fondo, análisis de sus presupuestos*: Ob. Cit. Pág. 145-146.

prejudicial presentado por la Cámara de los Lores de Inglaterra en base al artículo 177 del Convenio de la Comunidad Económica Europea, en adelante CEE⁹⁰. El cual marcará todo un “*giro interpretativo*” de lo que en esas latitudes se enmarcó unilateralmente en la tutela cautelar, por lo menos en los que respecta al caso del sistema normativo español. Este será el punto de partida del presente apartado.

El nacimiento de la tutela cautelar, *como arista, del derecho a la tutela judicial efectiva*, en la jurisdicción administrativa, tiene, como ya se adelantó, necesariamente un origen internacional. Específicamente su linaje en el Derecho Comunitario Europeo y su posterior recepción por el resto de los Derechos nacionales que conforman aquel ordenamiento jurídico⁹¹. Lo anterior se debe naturalmente al desarrollo de la cultura jurídica de la que es tributaria esta postura Constitucional. Por ello se justifica que sea desde el prisma de la cultura jurídica europea—*Civil Law*—donde se busquen los antecedentes de la tutela sumaria y dentro de estas la tutela cautelar y la tutela anticipada como parte integrante de lo que la Constitución Española denomina *tutela judicial efectiva* 24.1 CE, y en nuestra terminología jurisprudencial es conocido como parte del Derecho de acceso a la jurisdicción⁹². El caso que dió origen a la recepción del principio procesal de

⁹⁰ El cual establece la posibilidad de acceder al Tribunal de las Comunidad Europea en razón de problemas de interpretación en aplicación del tratado constitutivo de Roma.

⁹¹ Sin pretender un orden cronológico, los primeros pasos que reconocieron la tutela cautelar, por vía jurisprudencial, están: Italia, con la sentencia de la *Corte Costituzionale* del 23 de febrero de 1987, España, a través del auto de fecha 20 de diciembre de 1990.

⁹² No existe una referencia expresa a este derecho; sino que su resultado es la inferencia de varias disposiciones de la Constitución. Pero es necesario aclarar que desde el derecho constitucional español el derecho de acceso a la jurisdicción es un componente de la tutela judicial efectiva. Vid STC 238/1992, fundamento jurídico 6º. Así:

“6. Eliminando por el art. 6.2 de la L.F.M.M. la posibilidad de una suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, rompiéndose así en todo caso el necesario nexo entre tal potestad jurisdiccional y la efectividad de la tutela judicial del art. 24.1 C.E., no cabe sino constatar la incompatibilidad entre la regla cuestionada y el mencionado artículo constitucional.

Y la misma conclusión se impone al examinar la compatibilidad del recepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, poniendo éste en relación con lo dispuesto en el art. 106.1 C.E., de conformidad con el cual «los Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Tampoco ha definido aquí la norma fundamental cuáles deban ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, pero sí es preciso afirmar que los mismos han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas. La prerrogativa de la

Chiovenda, “*la duratta del processo non deve andare a danno dll’attore*” es el siguiente: el gobierno inglés por medio de la *Merchant Shipping Act* de 1988 y el desarrollo de la misma por medio de la *Merchant Shipping (Registration of Fishing vessels) Regulation* 1988, (disposición reglamentaria) disponía que se cumplieran una serie de nuevos requisitos para los barcos que se dedicaran a la explotación industrial de la pesca en aguas territoriales inglesas, dichos requisitos estaban destinados a hacer desaparecer lo que el gobierno inglés consideraba una distorsión de dicho mercado, pues existían barcos inscritos con pabellón inglés, pero los propietarios eran de origen español y el producto de la pesca lo comercializaban mayoritariamente en el país de origen de aquellos, afectando con ello la “*cuota de pesca*” inglesa a la que tenían derecho según la política pesquera de los países comunitarios.

Los afectados, que tenían en propiedad 95 barcos pesqueros, interpusieron el *judicial review* ante la *Divisional Court* de la *High Court of Justice* la que no sin muchas reflexiones ordeno la medida cautelar de suspensión de los efectos de la ley nacional del parlamento británico y planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Comunitario en base al artículo 177 del Tratado Constitutivo de la CEE. Esta sentencia fué recurrida por el gobierno inglés ante la *Court of Appeal*, la cual revoco la medida cautelar adoptada por la *Divisional Court* de la *High Court of Justice* dejó el camino abierto para que fuera la *Cámara de los Lores* la que decidiera el pleito en una nueva apelación. En esta apelación los recurrentes victoriosos en la primera instancia, ven desestimadas sus pretensiones en el *sistema judicial inglés* donde se establece como medula la doctrina en esta sentencia lo siguiente: “*Que no existe en el derecho administrativo inglés la*

ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular, en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige. Al haberlas suprimido aquí por entero se ha venido también a desconocer, en definitiva, el mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo presente en el art. 106.1.”

*posibilidad de injunctiōns u ordenes de actuaciōn (incluidas las de suspensiōn) contra la Corona por la vīa del interim relief*⁹³—en la terminologīa inglesa el *interim relief* son las medidas cautelares. No obstante ser desestimada en esta segunda apelaciōn la pretensiōn de los demandantes, los Lores confirman la cuestiōn prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A esta altura no debe perderse de vista que lo que solicitaban los pescadores espaņoles no era la suspensiōn de un acto administrativo, sino de una ley emana del parlamento ingles, lo cual volvía el caso sumamente delicado. Los Lores plantearon la cuestiōn así ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

1 Cuando se dan estas circunstancias:

I) En un procedimiento iniciado ante la jurisdicciōn nacional una parte pretende invocar legítimamente derechos al amparo del Derecho Comunitario que tiene un efecto directo en derecho nacional (“los derechos invocados”);

II) La aplicaciōn de una disposiciōn nacional explícita priva automáticamente a dicha parte de los derechos invocados;

III) Existen argumentos sōlidos, tanto favorables como desfavorables, a la existencia de los derechos invocados y la jurisdicciōn plantea una cuestiōn prejudicial en aplicaciōn del artıculo 177 en cuanto al extremo de saber si los derechos invocados existen o no;

IV) El derecho nacional presume que la disposiciōn nacional en causa es compatible con el Derecho Comunitario a menos que su incompatibilidad no sea discutida y en tanto no sea declarada;

V) La jurisdicciōn nacional no tiene el poder de acordar medidas cautelares de protecciōn de los derechos invocados suspendiendo la aplicaciōn de la disposiciōn nacional en tanto que no se haya decidido la cuestiōn prejudicial;

VI) En fin, si la decisiōn prejudicial fuese finalmente favorable a los derechos invocados, la parte que invoca esos derechos habrá sufrido probablemente un perjuicio irreparable, a menos que esas medidas de protecciōn provisional no hubiesen sido acordadas.

En esas circunstancias el Derecho Comunitario

a) ¿obliga a la jurisdicciōn nacional a acordar dicha protecciōn provisional?

b) ¿da a la jurisdicciōn el poder de acordar esa protecciōn provisional?

2. En caso de respuesta negativa a la cuestiōn 1.a) y afirmativa de la cuestiōn 1.b), ¿Cuales son los criterios que han de aplicarse para decidir si han de acordarse o no

⁹³ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecuciōn de las leyes nacionales en consideraciōn al Derecho Comunitario Europeo*. En *La Batalla por las medidas cautelares...* Ob. Cit. Pag. 47.

las medidas provisionales o cautelares precisas a favor de los derechos invocados?
⁹⁴

Ante dicha controversia han pasado a ser sobresalientes las conclusiones del abogado general del Tribunal de Luxemburgo, el abogado italiano, **GUISEPPE TESAURO**, él cual hace un análisis profundo de la institución de la tutela cautelar, que al decir del doctor **GARCÍA de ENTERRIA** constituyen “*Una verdadera doctrinal general sobre la cuestión*”⁹⁵. Los alegatos giraron en torno a dos ideas básicas, a saber: **a)** primero, la supremacía del Derecho Comunitario sobre el Nacional cuando exista conflicto entre ellos; **b)** y segundo (y de capital importancia) la reiteración de que *el poder de los jueces de dictar una medida cautelar no es una competencia distinta a la juzgar sobre el fondo de un litigio*. Por lo que los jueces nacionales tienen que ser defensores del Derecho Comunitario a través de los instrumentos procesales que cada país miembro tiene “*siempre que no hagan imposible el ejercicio de los derechos que el juez nacional tiene obligación de tutelar*”,⁹⁶ todo ello por que según el Tratado Constitutivo de Roma, el Derecho Comunitario Europeo tiene aplicabilidad directa en el Derecho Interno de los Estados suscritores.

Por esta vía queda establecida la vinculación directa del derecho a una *tutela judicial efectiva* y una *tutela cautelar*; añadiendo el abogado general **TESAURO** que el no otorgamiento por parte del Tribunal Nacional (El del Reino Unido en el caso) de la medida cautelar de suspensión de aplicación de la ley nacional vendría en *detrimento de la efectividad de la tutela jurisdiccional* y contravendría el principio general del derecho de: “*La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para*

⁹⁴ *Ibidem*, Pág. 109 y 110.

⁹⁵ *Ibidem*, Pág., 116.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea caso “*Rewe*”.

*el que tiene la razón*⁹⁷”. El fallo del Tribunal de Luxemburgo se adhiere a lo planteado por el abogado **TESAURO** y declara:

“En virtud de todo lo expuesto, El Tribunal de Justicia; pronunciándose sobre la cuestión planteada por la House of Lords, mediante resolución de 18 de mayo de 1989, declara:

El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”.

La Cámara de Lores acto seguido dicta el *interim relief* y suspende los efectos de la *ley nacional*. El doctor **GARCÍA de ENTERRIA** extrae tres conclusiones capitales para el ordenamiento jurídico en general y el sistema Contencioso Administrativo español en particular, que por su pertinencia doctrinaria para la potencialidad de la tutela sumaria en general y la tutela cautelar y anticipatoria en particular al sistema normativo salvadoreño se transcriben “*in extensu*” así:

a) Porque obliga a los tribunales contenciosos administrativos españoles en cuanto apliquen o hayan de aplicar normas de derecho comunitario, lo que será cada vez más frecuente, a otorgar a los derechos derivados de esas normas una protección cautelar efectiva, sobrepasando incluso la prestada, según la ley de la jurisdicción, a los derechos con base a normas nacionales.

b) Porque pone de relieve (sobre todo a través de la cuidadosa construcción que suponen las conclusiones del abogado general Tesauró), finalmente cuales son los fundamentos y el alcance de la tutela cautelar. No solo es el afán de evitar perjuicios irreparables, como pretende el artículo 122 de la ley, pues la protección cautelar no debe ser otorgada si a la pretensión del demandante le falta la apariencia del buen derecho, el *fumus boni iuris*, ni mencionado en la ley, ni utilizado, que yo sepa, por la jurisprudencia, es siempre la verdadera causa; *la irreparabilidad de los perjuicios, o mejor la frustración en otro caso de la sentencia es una condición previa*.

c) Por que desde esta construcción, que restituye los elementos básicos de la institución cautelar, se comprende que no puede jugar un papel decisorio, como cada vez se esta pretendiendo con mayor insistencia entre nosotros, que se requiera *sine qua non* la inexistencia de perjuicios para el interés público si la suspensión o la medida cautelar se concede⁹⁸.

⁹⁷ Tesauró, reformula el principio de *chiovenda* y le da otra una forma lingüística distintas a la del maestro. Párrafo 18 de sus conclusiones generales.

⁹⁸ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La sentencia Fatortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del derecho comunitario aún a costa de su*

Desde luego que las anteriores conclusiones son de pleno recibo en nuestro sistema jurídico, pues ello está plenamente justificado: **a)** en primer lugar por el modelo de justicia administrativa que rige en nuestro país, el cual es similar al español, con la actual redefinición de la Constitución de 1978 para el modelo español y la Constitución de 1983 para el salvadoreño, proclamando ambas un derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la jurisdicción, respectivamente; **b)** en segundo lugar, y en esa misma línea, por que las mismas razones que le eran oponibles al artículo 122 de la abrogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de España de 1956 le son aplicables a los artículos 16, 17 y 18 de la LJCA de 1978, pues es de recordar que dicha ley está inspirada en la ley española y el sistema judicial objetivo.

Por tanto, todos los dogmas que dicha ley estableció y en particular la influencia del dogma del carácter revisor de esta jurisdicción sobre la tutela cautelar con sus presupuestos procesales, se encuentran, en nuestro ordenamiento jurídico, todavía en espera de una reinterpretación por parte de la SCA o en su caso, de la SC, es decir, a la espera de una *interpretación conforme a la Constitución* de 1983 y de los derechos que la misma ampara, entre los que se encuentra: *“el derecho que toda persona tiene a acceder a los tribunales -a través las vías legalmente establecidas- para la defensa de sus demás derechos, con el propósito de obtener una resolución motivada y fundada en derecho”*,⁹⁹ pero que además *incluya a la Tutela Anticipada* como arista del derecho de acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, pues aunque este es un derecho de configuración legal, como expresa la SC, no se puede olvidar, en correspondencia con **TESAURO**, ello no puede ser

propio Derecho Nacional. Trascendencia general de la sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares. En La Batalla por las medidas cautelares... Ob, Cit, 124-125 Pág.

⁹⁹ SC. Sentencia de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 384/97. Amp**

obstáculo para él acceso al órgano jurisdiccional, cuando se evidencien que la legislación existente no es razonable para el ejercicio del mismo¹⁰⁰.

Este es precisamente el argumento por el cual no se puede sostener que el artículo 16 de la LJCA pueda seguir vigente, pues limita la tutela cautelar en el orden contencioso administrativo a la sola suspensión del acto administrativo en detrimento de los poderes jurisdiccionales que sí ejercen los jueces de familia o de lo penal, por citar dos casos, los cuales poseen un poder cautelar genérico que posibilita ejercer los poderes jurisdiccionales plenamente; por ello no se puede admitir la tesis de la prohibición de ese poder cautelar genérico a los jueces administrativos por el solo hecho que la LJCA no la establece; pues debemos recordar que esa ley es preconstitucional, hecho de suma importancia pero sobre ello volveremos en el apartado referido a la jurisdicción administrativa en el punto 4.5.2

2.2 La jurisdicción administrativa antes del caso Factortame I. La concepción objetiva

Importar resaltar en este momento cual ha sido la trascendencia de la decisión del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en relación al derecho a la tutela judicial efectiva; por ello se justifican que la doctrina y la jurisprudencia hablen de un antes y un después de Factortame I. El doctor **GARCÍA de ENTERRIA** asigna para el sistema español, y el comunitario en general, la consecuencia

¹⁰⁰ Así lo afirma Tesouro: "Tampoco se discute, en consonancia con el principio de colaboración establecido en el art. 5 del Tratado, verdadera clave para la interpretación de todo el sistema, que las modalidades y mecanismos de tutela de los derechos reconocidos a los particulares por las normas comunitarias son y siguen siendo los establecidos por el Derecho interno de los Estados miembros, a falta de un sistema procesal informe. Tal principio reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se funda no obstante, en un presupuesto fundamental, que cabe deducir del párrafo 2 del citado art. 5: que las modalidades y procedimientos nacionales no sean menos favorables que los relativos a las acciones similares de tutela de los derechos fundados en normas nacionales y que no hagan "imposible el ejercicio de los derechos que los jueces nacionales tienen que tutelar". Tesouro, *Giuseppe*, Conclusiones Generales del caso Factortame I, párrafo 14. Cita las sentencias del Tribunal de Luxemburgo en los casos: Rewe Zentralfinanz/Landwirtschaftskammer, 33/1976, Rec. 1976, Pág. 1989, apartado 5; sentencia Comet, 45/1945, Rec 1975, Pág. 2043, apartado 15 y 16; sentencia Ariete, 811/1979, Rec. 1980, Pág. 2545, apartado 12; sentencia Express Dairy Foods, 130/1979, Rec. 1980, Pág. 1887, apartado 12); sentencia Denkavit Italiana, 61/1979, Rec 1980, Pág. 1205, apartado 25, sentencia Hans Just, 68/1979, Rec. 1980, Pág. 501, apartado 25; sentencia San Giorgio, 199/1982, Rec. 1983, Pág. 3595, apartado 12 y siguientes.

medular de ese precedente: la incorporación al bloque de constitucionalidad del principio denotado por la sentencia Fatortame I “*el proceso no debe ir en contra del actor que tiene la razón*” por medio, específicamente, de la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario en todos los países de la Unión Europea, del cual España es miembro¹⁰¹. Ello originó una reacción por efecto reflejo en el Tribunal Supremo Español por medio del Auto de la Sala tercera de fecha 20 de diciembre de 1990 estableciera un *nuevo fundamento, una nueva forma de interpretar* el artículo 122 de la LJCA española (que como se dijo arriba tiene la misma “*ratio legis*” que el artículo 16 de la LJCA salvadoreña) de 1956¹⁰². Fallo con el cual se abrió una nueva etapa en el Derecho Procesal Administrativo español y que sin duda marcó una nueva línea divisoria en la manera de *ponderar los intereses en juego (en el sentido expuesto en el ítem 3.4.3.2)*; pues ya no se trataba simplemente de velar por la objetividad de la legalidad impugnada, a través de la presunción de la actuación de la administración pública a favor de los intereses generales o del bien común, sino de la adecuada tutela judicial al actor que probablemente tiene la razón en base a la ponderación de los derechos fundamentales y a la proporcionalidad de las restantes categorías subjetivas. Así el Auto del Tribunal Supremo expresamente dice:

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 generales del abogado general en la sentencia Fatortame 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 la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*”¹⁰³.

¹⁰¹ García de Enterría, Eduardo, Prologo a *La Batalla por las medidas cautelares...* Ob. Cit. Pág. 13

¹⁰² Establecía la ley abrogada en la Sección 2.ª Suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso, de la siguiente manera: Art. 122 1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión.

2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil

¹⁰³ Auto del Tribunal Supremo Español de fecha 20 de diciembre de 1990.

Antes de esto, la justicia administrativa fincaba su afectividad de manera unilateral, sin tener en cuenta al otro lado de la relación jurídica no solamente procesal sino material, justificando esa actuación en la naturaleza de la relación de Derecho Público que se discutía, en la cual el ciudadano tiene que estar sometido a un etéreo interés público, sin saber cual es la *racionalidad de la justificación* de la decisión judicial que conllevaba a denegar, incluso la típica medida cautelar del contencioso administrativo: la suspensión del acto administrativo.

Sobre lo anterior es necesario dejar establecidas dos ideas: en primer lugar, si el nuevo rol del Derecho Constitucional propende también a los derechos prestacionales y no solamente al típico derecho de defensa contra las intromisiones arbitrarias del Estado, es obvio que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene que ser pensado y aplicado como principio y no como regla, pues solo procediendo con esta lógica es posible admitir como en unos casos se niegue la tutela cautelar y en otros se otorgue, en otras palabras: justificar por que en unos casos es preponderante el derecho fundamental representado por la administración y en otros, el de los ciudadanos. *Pues se debe recordar que el derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho procesal constitucional.*

Este es precisamente uno de los primeros fundamentos con que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español empieza a refrendar la doctrina de *Factortame I*, pues no se puede evidenciar, en la decisión que es objeto de impugnación, la demostración de la racionalidad de la decisión en denegar la tutela cautelar a través de la correspondiente motivación. Y esto no podía ser de otra forma en la concepción tradicional, pues la tutela judicial efectiva se concebía con una lógica de norma jurídica o de regla y no como principio, lo que devenía en la práctica a plasmar en las resoluciones que

resolvían las peticiones sobre medidas cautelares lacónicas frases por medio de las cuales se pretendía motivar las mismas, o como se demostrará en el ítem 4.5.2.3 aún concediendo la tutela cautelar no desarrollando los principios que son inherentes a los pronunciamientos que son distintos a la suspensión del acto¹⁰⁴.

Esa actitud del orden contencioso administrativo era justificada por la mistificación del carácter revisor (la madre de todos los argumentos tópicos al decir de **JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ**¹⁰⁵) de esta jurisdicción como se puso en evidencia en el capítulo 1.5; pues se entendía que la administración pública actúa siempre a favor de los intereses generales y por tanto este derecho es superior al del particular¹⁰⁶. Como fácilmente se advierte de la nota, la forma de pensar los derechos fundamentales en base a una lógica de todo o nada (pensamiento de regla de derecho que determinar la invalidez de la norma incompatible), hace suponer, por una inercia de pensamiento que el interés público siempre estará representado o esta presente en todo obrar administrativo y será el preponderante en sede del contencioso administrativo. Ello se evidencia con mayor razón en esa afirmación del Tribunal Supremo Español en la sentencia de fecha cinco de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, a propósito del carácter revisor de la justicia administrativa, en la cual se dice: *“sin que pueda, por otra parte, invocarse la infracción del principio de igualdad—o el de seguridad jurídica—que no juega un ningún caso contra el superior de legalidad”*. Desde luego que la

¹⁰⁴ Vid. Capítulo 3.4.3.1

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ Torres, Juan Ramón, *Jurisdicción Administrativa revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, Pág. 47.

¹⁰⁶ Como el caso que nos describe Juan Ramón Fernández Torres de los precedentes administrativos, en la cual se hace una afirmación retórica sobre el dogma del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa en el caso de España, así cita la sentencia de fecha 5/4/1984 en la cual se dice: “es reiterada jurisprudencia de esta Sala en orden a que el precedente administrativo no vincula en absoluto el juicio sobre la legalidad de un acto posterior por cuanto que el carácter revisor propio de esta jurisdicción hace que solo el acto impugnado sea el único sometido a depuración legal y sobre el que hay constancia de las circunstancias y contenido que permitan el juicio consiguiente respecto de su acomodamiento o no a derecho”, “sin que pueda, por otra parte, invocarse la infracción del principio de igualdad—o el de seguridad jurídica—que no juega un ningún caso contra el superior de legalidad” (SSTS DE 4/6/1986 Y 30/7/1988) FERNÁNDEZ Torres, Juan Ramón, *Jurisdicción Administrativa revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Ob.Cit. Pág.246/247.

lógica de pensar los principios como normas o reglas es lo que motiva al Supremo a hacer esa afirmación. Es que ningún principio jurídico es sacrosanto, sino que cede, y no se invalida ante otro principio que se muestre con mayor consistencia en el caso concreto al decir de **DWORKIN**¹⁰⁷.

Siguiendo con las consideraciones del doctor **GARCÍA de ENTERRIA**, es necesario subrayar este fenómeno, que también se presenta en la justicia administrativa salvadoreña; él dice: *“Ahora bien, la practica casi general de las Salas de lo contencioso al resolver los incidentes de suspensión ha venido siendo, si no ya la de utilizar impresos, si la de no pasar de las formulas generales inespecificas”*¹⁰⁸ esta realidad no era ajena al contencioso español, y lamentablemente coincide en la mayoría de los países americanos que siguieron el modelo objetivista de la justicia administrativa. Se puede adelantar que la regla de la ponderación de los derechos fundamentales en juego confirma la idea que es establecida por la moderna doctrina del Derecho Constitucional el cual otorga al derecho a la tutela judicial efectiva una lógica de principio y no de regla, pues siendo la tutela cautelar un juicio por definición ponderativo, no hay duda que los criterio para hacer prevalecer en algunos caso el interés de la administración pública y en otros, el de los particulares solo puede tener su racionalidad en el *juicio de ponderación*, por principios; pero jamás en una presunción de

¹⁰⁷ Como no recuerda Marinoni citado a Robert Alexi y Ronald Dworkin: “La doctrina, especialmente después de las obras de Dworkin y Alexi, tiene hecha la distinción entre principios y reglas. Es posible decir que las normas infraconstitucionales son generalmente reglas, al paso que las normas constitucionales que definen conceptos de justicia que expresan derechos constituyen generalmente, principios.

Es cierto que la Constitución contiene reglas y principios. Mas en cuanto las reglas se agotan en si mismas, en la medida que describen el que se debe o que no se deben frente a lo se puede hacer en determinadas situaciones, los principios son constitutivos del orden jurídico, revelando los valores o los criterios que deben orientar la comprensión y aplicación de las reglas mediante las situaciones concretas. Erraría profundamente quien pensara que los principios son simples normas caracterizadas por su estatus constitucional. MARINONI, Luiz Guilherme, *La jurisdicción en el Estado constitucional*. Disponible en www.professormarinoni.com.br. Pág. 25

¹⁰⁸ GARCIA de Enterría, Eduardo, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fons boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) su trascendencia general*. En *La Batalla por las medidas cautelares...* Ob. Cit. Pág. 203.

derecho, en el sentido que la administración pública actúa siempre en consecución del interés público.

Pues en unos casos, el derecho a la prevención del daño del bien jurídico protegido contra la actuación ilegal de la administración pública o el otorgamiento de la tutela del derecho material por mediar peligro de infructuosidad, necesitará el empleo de la tutela anticipatoria o la tutela cautelar técnicamente correcta y no la mera suspensión, según sea que concurren los presupuestos procesales para la adopción de una o de otra técnica procesal. Pensar lo contrario, equivale lisa y llanamente, (a la luz de la experiencia española, argentina, brasileña y peruana) a equiparar intereses público con actividad administrativa, cuando en realidad son dos cosas distintas.

Por eso el epígrafe de este apartado responde al nombre de la jurisdicción administrativa antes de *Factortame I*, por que es necesario establecer el origen de la idea que el fondo esta en discusión: *el modelo de justicia en el Derecho Administrativo y las técnicas necesarias para efectivizarlo*. Sumariamente expusimos cual fue el origen de la tutela judicial en esta rama del Derecho Público en el punto 1.5, ahora importa destacar cuales fueron las consecuencias del sistema de justicia que se estableció para aquella, según fuera los particulares lo que necesitaban del poder u órgano judicial entre sí, o entre estos y una administración pública.

Efectivamente, los valores que fueron instituidos en el Derecho Liberal clásico propendían a limitar la actividad del Estado en procura de la libertad de los justiciables, de tal forma que la relación entre intervención judicial y libertad individual estaba basada en el orden de la seguridad jurídica. En el Derecho Procesal en general esta idea tuvo la consecuencia de la instauración del *proceso ordinario como el único medio judicial* idóneo para dar expresión legal al valor de seguridad jurídica y la proscripción de los

procedimientos sumarios; pues el juez solo debía toma una decisión sobre el derecho debatido una vez agotado todo el iter procesal, de ahí que los jueces solo serían *“la boca de la ley”*, por lo que solo podían declarar lo que el texto de la ley establecía.

En el campo del Derecho Administrativo la consecuencia de esta concepción por parte de los revolucionarios franceses fue la prohibición de la intromisión del poder judicial en el control de la administración y la instauración del modelo de control adentro de la administración. Pero además la administración pública dentro de su sistema de justicia *solo podía tutelar aquellas actuaciones administrativas que tenían una incidencia positiva en la esfera jurídica del ciudadano al margen de la ley, pues la ley debía establecer perfectamente las limitaciones del poder público, en concordancia con el valor seguridad jurídica*¹⁰⁹. Este es el origen histórico que permite explicar de forma lógica y coherente, con el modelo de justicia objetivo, el presupuesto procesal que establece nuestra LJCA de 1978 para la adaptación de la única medida cautelar establecida; la ley se limita a establecer lacónicamente en el inciso segundo artículo 16 lo siguiente: *“La suspensión sólo procede respecto de actos administrativos que produzcan, o puedan producir, efectos positivos”* pues era lógico en esa línea, que si la actuación de la administración pública no se entrometía en la esfera jurídica del ciudadano, no tenía que paralizar ninguna actuación.

Esa idea es la misma en la Ley de Procedimientos Constitucionales para la única medida cautelar que se contempla en los procesos constitucionales que regula, la suspensión de acto reclamado en el proceso de Amparo. Esta medida cautelar solo es procede, según el artículo 19 inciso segundo de Ley de Procedimientos Constitucionales cuando, *“En todo*

¹⁰⁹ Así lo confirma el doctor García de Enterría: “Cuando ese recurso comienza a funcionar lo hace para no dejar sin garantía alguna a los titulares de derecho civiles frente a la administración, ante ese principio general de exención, y el recurso, aún siendo meramente gubernativo, con un simple informe previo del consejo de Estado, era de “plena jurisdicción”... GARCIA De Enterría, Eduardo, prologo del libro jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva, Civitas, Madrid, 1998, Pág. 21.

*caso, la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos*¹¹⁰. La *ratio legis* impuesta esta dada por el mecanismo procesal que era idóneo en ese modelo para tutelar el derecho material discutido: los típicos derechos la primera etapa del constitucionalismo

Pero como lo expone **JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES** el mito del carácter revisor de la justicia administrativa tiene distintas manifestaciones, él menciona algunos ejemplos: **a)** actuación discrecional de la administración pública; **b)** la declaración de nulidad de actuaciones y retroacción del expediente al momento inmediatamente anterior a la realización de la infracción formal; **c)** la imposibilidad de alegar circunstancias sobrevenidas que alteran el contenido objetivo del pleito; **d)** la interdicción de fiscalizar la mera pasividad de la administración¹¹¹. Además de la enunciación anterior, el autor citado establece un pormenorizado estudio del reflejo que la concepción objetiva de la justicia administrativa ha tenido de la jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. A los fines de la presente investigación solo se remitirá al dogma revisor de: **a)** la interdicción de sustituir a la administración en su actuación y **b)** los obstáculos al control jurisdiccional de la inactividad material de la administración¹¹². Se debe aclarar que estas consecuencias se tomarán en base a la posibilidad de la

¹¹⁰ De hecho la escueta exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa establece que ha sacado toda la experiencia que la Ley de Procedimientos Constitucionales. Expresamente se dice: " 2º naturaleza de las disposiciones de la ley. En el proyecto de "ley de la jurisdicción contenciosa administrativa, se ha tratado de crear un estatuto legal que contiene disposiciones amplias, sencillas, y flexibles, con lo que se da a este cuerpo de normas viabilidad, facilidad y seguridad, propios de un régimen de tal naturaleza, a fin de que tenga una vigencia efectiva. La experiencia obtenida con la "Ley de Procedimientos Constitucionales" y especialmente en el juicio de Amparo, ha sido tomada muy en cuenta para la formulación del proyecto, puesto que estas instituciones han demostrado su eficacia en la vida jurídica salvadoreña. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LJCA de 1978, Pág. 2. No por azar lo establece BURGOA: "esta, (la suspensión) dijimos, solo surte efectos contra aquellos actos que son positivos, o sea, contra aquella actividad autoritaria que se traduce en la decisión o ejecución de un *hacer*. Por el contrario, cuando estriba en un no hacer o en una abstención de parte de la autoridad responsable, lógicamente la suspensión es con evidencia improcedente, ya que no puede suspenderse lo que no es susceptible de realizarse. BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 3ª ed. Porrúa, México, 1950, Pág. 678.

¹¹¹ FERNÁNDEZ Torres, Juan Ramón, *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Ob. Cit, Pág. 45

¹¹² *Ibidem*, Pág. 199 y ss y Pág. 228 y ss.

tutelarse a través de las medidas cautelares, pues la tutela cautelar es el modelo de tutela sumaria aplicable en el modelo español de forma general¹¹³.

Para evidenciar fácilmente las estas consecuencias que, al igual que no era posible otorgar una tutela judicial efectiva a los ciudadanos a través del efecto anulatorio de la sentencia administrativa, tampoco lo podría ser por medio de la suspensión del acto administrativo, pues como dijo el Tribunal Constitucional Español, en un caso en que se planteo la implementación de la tutela cautelar en una las actividades que describe **FERNÁNDEZ TORRES**, solicitar la tutela cautelar para pretensiones de índole declarativa o condenatoria y pretender la correspondencia de esta con la suspensión del acto reclamado o impugnado sería pedir *la suspensión de una suspensión*, lo cual implica *per se*, el otorgamiento del derecho sustancial de fondo debatido, así el Tribunal Constitucional Español dijo:

Como tal Resolución, que naturalmente no priva ni podría privar a los actores de su condición de Diputados electos, no impediría que éstos readquiriesen la plenitud de sus derechos y prerrogativas como miembros del Congreso de los Diputados a partir del momento en que decidiesen cumplir el requisito que rechazan, puede ser entendida, y frecuentemente así lo es, como una suspensión de su derecho, de tal modo que lo que de nosotros se solicita es, en cierto sentido, la suspensión de una suspensión¹¹⁴.

Es esta la misma *ratio discendi*, que era aplicable al leading case de la justicia administrativa y constitucional salvadoreña *Acosta Espinoza I y III*, como se analizará en el apartado 4.5.1.1¹¹⁵ pero como se expreso *ut supra* estas proyecciones del carácter revisor de la justicia administrativa, tienen necesariamente consecuencias en la tutela preventiva que se exterioriza en

¹¹³ Aunque las cosas han empezado a cambiar después del asunto 214/03 la Comisión en contra de España. Como se verá en 2.3.1.1

¹¹⁴ Auto del Tribunal Constitucional Español de fecha 29/3/1990

¹¹⁵ Este argumento es uno de los mas importante para demostrar que lo dictado como medida cautelar, tanto en el proceso administrativo como en el de amparo no fue una suspensión, pues precisamente la demandante había sido suspendida de sus actividades como atleta de la federación salvadoreña de boliche. Es de hacer notar para refrendar esto último que la misma actora solicito en el libelo de su demanda, la suspensión de la suspensión.

la tutela cautelar y la tutela anticipada,¹¹⁶ pues si no cabe controlar a la administración pública en su actuación discrecional; pronunciarse sobre el fondo en las declaraciones de nulidad; ni alegar circunstancias sobrevenidas que alteren el contenido objetivo del pleito; y la imposibilidad de ordenar actuaciones positivas; tampoco cabría hacer esto en sede cautelar, *por impedirlo los presupuestos procesales de la suspensión de acto*.

Es por eso que el antes de la sentencia *Fatortame I* esta referido al dogma revisor de la tutela cautelar en la justicia administrativa en cuanto impide utilizar un poder cautelar genérico que los demás ordenes jurisdiccionales ya poseen para tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. Sobre todo, en España a raíz de la reforma hecha en 1984 al artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que permitió garantizar la efectividad de las sentencias no solamente para los casos de las obligaciones de hacer o no hacer, como estaba regulado. Como veremos en el lugar correspondiente el uso de esa disposición fue la base positiva para la utilización de la denominación de medida cautelar positiva en el derecho español, esto debido al régimen de supletoriedad que se establecía (y que sigue siéndolo con la actual ley de 1998) en la LJCA de 1956. La transposición de esos conceptos contribuyeron a la confusión de la tutela cautelar y la tutela anticipada. (vid. Ítem .5.3.1)

2.3 La jurisdicción administrativa después de caso *Factortame I*

Se puede decir que la jurisdicción contenciosa administrativa en el ámbito de la tutela cautelar, ha sido literalmente reinterpretado a la luz de la

¹¹⁶ Hace mucho tiempo ya que el maestro florentino, puso en evidencia que no cabe bajo ningún argumento tópico reducir la tutela preventiva a la tutela cautelar, pues esta es una especie de la misma. Así expone: "es preciso no establecer confusión entre la tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible.... CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, El Faro, 1996, Buenos Aires, Argentina, pag. 40

fuerza de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹¹⁷. Esta evolución ha irrumpido en el sistema cautelar español con mayor intensidad que en los demás sistemas jurídicos de los Estados miembros. Se puede evidenciar en esta influencia comunitaria hasta el momento dos fases; la primera propiciada por la sentencia del caso *Factortame I* y la segunda por la Sentencia contra el reino de España en el asunto C-214/ de quince de mayo de 2003.

Con la primera se abrió paso para interpretar el artículo 124.1 de la abrogada LJCA de 1956, en cuanto a la apertura de un poder cautelar genérico que incluye desde luego a las medidas cautelares positivas y la segunda, y más impactante, la censura que recibe el sistema cautelar de la LJCA de 13 de julio 1998,¹¹⁸ censura que evidencia la no compatibilidad del sistema de justicia sumaria cautelar (y en mi parecer un reproche de la inexistencia de la tutela anticipada) con el Derecho Comunitario Europeo, que ha sido precisamente la influencia por medio de la cual el sistema normativo español a cambiado definitivamente el alcance de entender la tutela judicial efectiva que reconoce expresamente el artículo 24.1 de la Constitución de 1978. Fenómeno que es conocido como *convergencia entre el derecho nacional de un Estado miembro y el Derecho Comunitario Europeo*, el cual lleva a la necesidad de adaptación del Derecho Interno a las exigencias de aquel, incluso sobre la base de actos normativos no cubiertos de la legitimidad popular tradicional (parlamentos); como por ejemplo: la directivas del Consejo Directivo Europeo¹¹⁹. Por ello abordaremos estas dos

¹¹⁷ MIR Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Ob. Cit. Pág. 66.

¹¹⁸ Tenido como ejemplar y modelo de regulación hasta por la doctrina salvadoreña. Cabe mencionar que el proceso fue iniciado por la comisión en la vigencia de la LJCA de 1956, pero no obstante en el camino de aprobó la nueva ley de 1998 la cual mereció el reproche del Tribunal.

¹¹⁹ La doctrina menciona precisamente el hecho de la inserción del reino de España en el contexto de la globalización realizada por la unión europea como una de las consecuencias más notable de esa integración. Al respecto Oriol Mir precisa: "Se advierte, en primer lugar, la formación de un cuerpo de principios generales del Derecho Administrativo comunes a todos los Estados miembros. Principios de tipo procesal como el derecho de audiencia o la previsión de medidas cautelares y

paradigmáticas sentencias comunitarias como el signo de una verdadera revolución procesal. Comenzando por la *Factortame I*.

Las conclusiones generales del abogado del Tribunal de Luxemburgo, en caso *Fatortame I* permiten ha ese Tribunal establecer que los tribunales de los países miembros del Unión Europea puedan decretar *las medidas provisionales* necesarias para salvaguardar la supremacía del Derecho Comunitario, en base al famoso principio de **CHIOVENDA**. Por que de lo contrario no se atendería al derecho subjetivo que establece el Derecho Comunitario a través de su sistema de fuentes. A partir de ahí, los distintos tribunales de justicia de los países miembros empiezan a reinterpretar esa concepción para sus propios ámbitos jurisdiccionales¹²⁰.

Para el caso, en España, aún y cuando la doctrina ya venía pregonando la insuficiencia de la suspensión del acto como única tutela cautelar, no fue sino hasta que el Tribunal Supremo Español por medio del auto de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa, en la que expreso vehementemente la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares para poder asegurar el derecho de fondo, pues de lo contrario significaría ir en contra del principio que el Tribunal de Justicia estableció en *Fatortame I*¹²¹. El Supremo en este fallo aplicó algo que se debe subrayar: *en él se establece la posibilidad de otorgar la tutela cautelar en base a la sola concurrencia de uno solo de los presupuestos clásicos que el sistema normativo español establece como necesario para tal, a saber: el fomis boni iuris*. Interesa resaltar este hecho, pues aunque con posterioridad el Tribunal Supremo Español modulo esta doctrina, dejo en evidencia el hecho de la facilidad de confusión conceptual entre la tutela cautelar y la tutela

principios de carácter material como la obligación de motivar las decisiones administrativas, el principio de proporcionalidad o la protección de intereses legítimos, se ha ido difundiendo progresivamente entre los Derechos administrativos europeos". MIR, Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Ob. Cit. Pág. 66

¹²⁰ Aunque como se dijo en la nota 97 en Italia ya se había restaurado el principio de Chiovenda.

¹²¹ El Tribunal Supremo Español se adhiere expresamente a la doctrina establecida en *Factortame I*.

anticipada, pues esta última, en efecto, obra también en el campo de la tutela preventiva. Así este fallo dijo:

Este principio general de derecho que, como luego se dirá, fue desvelado ya por el Tribunal Supremo hace varios años y reiterado en varias sentencias, obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en el cuándo un supuesto derecho concreto -- y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y poner en razón a la concreta individualidad de cada uno --, lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo el proyecto principal, es una apariencia -- apariencia, insistimos -- de buen derecho. Esa apariencia, aún siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada¹²².

Con ello se dió nacimiento jurisprudencial a lo que se ha denominado doctrina del *fomus boni iuris*.

2.3.1 La doctrina del *fomus boni iuris*. Recepción de la jurisprudencia comunitaria.

La primera reacción a la forma de reinterpretar la tutela cautelar en uno de los Derechos Internos de la Unión Europea mas afines al sistema salvadoreño, el español, trajo como consecuencia la teorización sobre la aplicabilidad unilateral de uno solo de los presupuestos de la tutela cautelar, el "*fomus boni iuris*". Esta reacción inicial de la doctrina tuvo una acogida por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, como se vio arriba, el cual inicialmente se decantó por esa posición unilateral. Se puede decir que la doctrina del "*fomus boni iuris*" es una aplicación práctica en los distintos ordenes jurisdiccionales internos de la Unión Europea de las sentencias *Fatortame* I y II. Conviene detenernos un poco sobre la sentencia *Factortame* II la cual esta íntimamente vinculada con la doctrina del Supremo Español que se viene describiendo. Efectivamente, *el alcance o sentido que se le da al fomus boni iuris en Factortame II es el del hacer un juicio de*

¹²² Auto del Tribunal Supremo Español de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa.

fondo sobre la pretensión de la parte actora, lo cual como se advierte fácilmente no puede corresponder a la tutela cautelar. Comenta este hecho el doctor **GARCÍA de ENTERRIA**:

Analiza, [la sentencia Factortame II] en primer termino, §23 y siguientes, la condición del *fomus boni iuris*, así designado en la formula latina. Se notara en seguida que bajo esta rúbrica el Auto Formula una apreciación anticipada de todo el fondo del litigio¹²³.

Es importante retener esta idea pues sobre la base de la misma es que se produjeron las sentencias que trasportaron la doctrina del *fomus boni iuris* al sistema español, sin tener en cuenta que dada la configuración de una parte del proceso urgente comunitario esta sobre la tradición de los procesos *référé* franceses los cuales son autónomos en algunos casos como por ejemplo los *ordenannances sur requerê*, y los *procesos de injonction*¹²⁴ los cuales precisan de presupuestos procesales distintos a las clásicas medidas cautelares. Pues bien, en uno de los presupuestos para la adaptación de estos procesos urgentes se requiere de la presencia de perjuicio al demandante (*constestation sérieuse*) el cual al decir de **CHICHILLA MARÍN** no se identifica con el *fomus boni iuris* de la tutela cautelar¹²⁵. Es por esta razón que la proyección sobre el fondo del asunto sobre la base de emplear la tutela cautelar produce esa sensación de sumarización de la justicia en todos los casos, que devendría en desmejora del derecho de defensa del parte demandada lo cual como es natural produce indefensión, al

¹²³ GARCIA de Enterría, Eduardo, *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca Ango-Español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de la ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanza para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnización de los daños causados por infracción de este, en la Batalla por las medidas cautelares*, Ob. Cit. Pág.74.

¹²⁴ VARGAS, Abraham L, *Los procesos de référé en Francia, en Sentencia Anticipada, (despachos interinos de fondo)*, ob. Cit. pag.398-399.

¹²⁵ CHICHILLA, Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 73. Citada por Abraham Luís Vargas, *ibidem*. Pág.392-33

no dejar expedito un procedimiento de contradicción diferida, como si existe en el sistema galo¹²⁶.

Es por esta razón que no se tardo en reaccionar en el sistema normativo español ante esta nueva postura del Tribunal Supremo, a tal punto que el proyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del gobierno español de 1995, en la parte concerniente a la tutela cautelar reprocha la doctrina del *“fomus boni iuris”*. Por su pertinencia para esta demostración se transcribe a continuación: *“La justicia cautelar se desnaturalizaría, con riesgo de convertirse en una especie de justicia sumaria, si se fundara en meras apariencias jurídicas, insuficientemente constatables en el momento de acordarse la decisión incidental que corresponda. Su finalidad no es anticipar el resultado del proceso”*¹²⁷.

Esta posición ha sido cataloga por el doctor de **ENTERRIA** como “reaccionaria, en su genuino sentido” por cuanto es un verdadero retroceso en la tutela cautelar que ha sido ya reconocida por la jurisprudencia constitucional y comunitaria de Europa. Considero que se puede evidenciar que las posiciones de los redactores del proyecto de 1995 y la doctrina del *fomus boni iuris*, con el doctor de Enterria en la vanguardia, *hablan de objetos científicos distintos*. Y por tanto su discurso científico es inconmensurable, pues es cierto que ambas se refieren a una tutela preventiva, pero la primera se refiere a la tutela cautelar y la segunda a la tutela anticipada; o por menos tutela sumaria satisfactiva, sea interinal o autónoma. Antes de proseguir con la demostración de esta afirmación, es necesario describir la segunda sentencia que ha transformado literalmente la tutela preventiva en España, haciendo que el sistema normativo español reciba un modelo de tutela preventiva que hasta ese momento no existía en

¹²⁶ PADRÓS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 335.

¹²⁷ Exposición de motivo del proyecto de ley del gobierno español de 1995 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Párrafo VI. 5. Preámbulo.

la legislación y que la jurisprudencia, con el Auto de fecha 20 de diciembre de 1990, empezó a abrir. A partir de ahí es posible hablar de las consecuencias para el ordenamiento jurídico español de la doctrina del *fomus boni iuris*.

2.3.1.1 Consecuencias de la doctrina del *fomus boni iuris*

Estas son expuestas por **F**RANCISCO **C**ARMONA, las cuales se transcriben a continuación: **a)** existe un derecho de tutela cautelar como contenido del art. 24 C. E; **b)** es necesario tutelar cautelarmente la apariencia del buen derecho, sobre la base del principio general de que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón; **c)** es posible cualquier medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del derecho; **d)** se silencian los elementos de los perjuicios y del interés general en cuanto claves del sistema cautelar; **e)** se sustituyen, en suma, los criterios del Art. 122.2 de la Ley por otros criterios de mucha mayor amplitud que nada tiene que ver con él¹²⁸. Como veremos en el ítem 4.5.2.3 la SCA ha aplicado la recientemente la doctrina del *fomus boni iuris* en el *leading case* de la materia.

2.3.1.1 La sentencia del asunto 214/00 de 15 de mayo de 2003. Comisión contra España

Si la justicia europea no ha sido la misma desde **F**ATORTAME I, igual parangón se puede predicar de la sentencia del asunto 214/00 de 15 de mayo de 2003 para el Derecho Español; en ella el Tribunal de Justicia de la

¹²⁸ CARMONA, Francisco, Curso especializado de derecho administrativo, impartido por el autor en el módulo instruccional de derecho administrativo (Medidas cautelares Principio "pro actione" en relación con los requisitos de admisibilidad de la demanda Causas de nulidad de pleno derecho) San Salvador. 23 – 27 de febrero de 2004. S.E San Salvador, 23 – 27 de febrero de 2004.

Comunidades Europeas condenó al reino de España por el incumplimiento de adecuación de su Derecho Interno al Comunitario.

En esa sentencia se resuelve el recurso por incumplimiento de adecuación del Derecho Interno español al Derecho Comunitario interpuesto contra España por la Comisión debido que la Ley española de contratos de las Administraciones públicas de 1995 y sus posteriores modificaciones, contraviene lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso judiciales, específicamente el cuestionamiento de su sistema cautelar cuando se impugnan *actos de tramite* en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992. Así mismo la sentencia cuestiona el sistema de tutela cautelar regulado en la vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1998. El reclamo que la Comisión dirige contra el reino de España es que su Derecho Interno no garantiza *procesos urgentes*, situación que prevé la directiva comunitaria de 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989. Dicha directiva establece en el artículo 1, apartado 1, versión modificada por el artículo 41 de la Directiva 92/50 en lo pertinente lo siguiente:

“En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, [] cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.”

Por su parte el artículo 2, apartado 1, letra “a” establece que tipos de recursos abarca la directiva así:

«Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y **mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales** para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por [las entidades adjudicadoras]; (negritas fuera del texto).

La comisión alegaba que el Derecho Español referente a las contrataciones públicas, no era acorde con esa directiva, la cual es, recordemos, fuente del Derecho Comunitario Europeo. Desde ese momento se hace la observación que precisamente en esta directiva esta el fundamento que después confirmo el Tribunal de Luxemburgo *en el sentido que lo que regula la ley española de licitaciones es una tutela cautelar, la cual es insuficiente para garantizar la corrección de “una infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados” al decir de la directiva 89/665*. Resulta además interesante transcribir los alegatos hechos por el gobierno español, los cuales estaban orientados a demostrar que el Derecho Interno español es suficiente para garantizar una tutela judicial efectiva, la cual es refrendada por la aprobación durante el litigio de la LJCA de 1998. La defensa del gobierno español demuestra que la concepción española hasta la sentencia del asunto 214/00 de 15 de mayo de 2003 es con vista unilateralmente a la tutela cautelar, la cual es insuficiente como al final declaró el Tribunal de Luxemburgo. Así el gobierno español argumento:

76. En Derecho español, por definición, un acto de trámite no entraña un perjuicio para el interesado sino que, a lo más, prepara una resolución definitiva favorable o desfavorable. Así, el acto de trámite no implica una toma de postura, sino que forma parte de un procedimiento encaminado a elaborar una decisión. El Gobierno español explica que si un acto aparentemente de trámite implicara por sí mismo una toma de postura, dejaría de ser un puro acto de trámite y sería impugnabile. En efecto, otra cosa iría en contra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

77. La distinción entre los actos de trámite o los actos preparatorios y las decisiones que efectúa el Derecho español no resulta singular. En efecto, según el Gobierno español, los sistemas de recurso que existen en los distintos Estados miembros también están supeditados a la norma de que los trámites destinados a facilitar una decisión no pueden ser objeto de una controversia aislada, sino con ocasión de la impugnación de dicha decisión, a menos que el recurrente demuestre que para él no se trata de un mero trámite, sino de un acto que le causa un perjuicio definitivo. Alega que por tanto el sistema español no es diferente de los otros sistemas de recursos existentes en los demás Estados miembros¹²⁹.

Nótese que esta afirmación del gobierno español es aplicable directamente al sistema normativo salvadoreño, específicamente a la LACAP y a la LJCA de 1978, pues los actos de trámites no son tutelados correctamente, como más adelante lo dirá el abogado general del Tribunal de Luxemburgo, el francés, **PHILIPPE LÉGER** con la técnica preventiva correcta, como él dice:

86. Como se desprende de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665, así como de sus objetivos, los recursos contra las decisiones de las entidades adjudicadoras pretenden garantizar, en cualquier momento del procedimiento de adjudicación, la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. Por consiguiente, los recursos circunscritos a la posibilidad de obtener una reparación pecuniaria por el perjuicio sufrido por el incumplimiento de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos son insuficientes para garantizar la aplicación efectiva de dichas normas¹³⁰.

El Tribunal de Luxemburgo oídas las conclusiones generales del abogado **LEGER** condena al reino de España por no prever en su derecho *procedimientos de urgencia que no es lo mismo, valga la repetición, que tutela cautelar*.. Esta conclusión es capital para el derecho español¹³¹ pues en este no es posible articular medida cautelar alguna ajena a un proceso

¹²⁹ Conclusiones generales del abogado Léger presentadas el 13 de junio de 2002. En el caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España asunto 214/2003. Párrafos 75, 76 y 77.

¹³⁰ Ibidem. Párrafos 86 y 87.

¹³¹ GARCIA de Enterría, Eduardo, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y a medidas cautelares contencioso-administrativas. La sentencia comisión C. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003, En La Batalla por las medidas cautelares... Ob. Cit. Pág.406.*

principal iniciado o por iniciarse (es decir sujeta a caducidad), y siempre están configuradas con garantía de la sentencia (instrumentalidad). No debe perderse de vista que la censura que el Tribunal de Justicia dirige contra el sistema normativo español esta destinado a poner en evidencia que la tutela cautelar es incompatible con los procedimientos de urgencia que regula la Directiva 89/665; así mismo que en el Derecho Comunitario la estructura de estos procedimientos de urgencia están diseñados según el modelo francés de los *référé* los cuales pueden ser accesorios a un proceso principal (a modo de tutela cautelar) o autónomas, en el sentido de tutelas de urgencias satisfactivas, dejando en este ultimo caso, al demandado perdedor la carga de instar otro proceso, lo cual rara veces sucede por la contundencia de la alegación de la parte actora, protegiendo con esto la indemnibilidad de bien jurídico, y que en el caso 214/03 era la efectividad de la tutela judicial a través de estos *procedimientos de urgencias* de contenido satisfactivo regulado en la directiva comunitaria 89/665.

Es más, la certera propuesta que el doctor **GARCÍA de ENTERRIA** hace para buscar la compatibilidad del Derecho Interno español con el Comunitario nos convencen más de este aserto: por cuanto propone que se regule un tipo de *référé* precontractual regulado el *code de la justice administrative* de Francia de 2000¹³². Ahora bien volviendo mas atrás, se dijo que la censura que la doctrina del *fomus boni iuris* recibía del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1995 estaba basada en el desbordamiento del la doctrina del “*fomus boni iuris*” como único requisito de la tutela cautelar en la descripción de la insuficiencia de la tutela cautelar del proyecto (mismo que repudio el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la omisión de los proveimientos urgentes no cautelares) al sistema de la LJCA de 1998) lo cual la volvía inconstitucional. Como se verá en el capítulo 5, la

¹³² Ibidem. Pág. 421.

recepción del Derecho Comunitario en el Derecho Interno Español ha provocado una espectacular y venerable bienvenida a la tutela anticipada en ese ordenamiento, bajo la regulación sectorial de vías de impugnación al estilo de los providencias de urgencias no cautelares, tal como el doctor **GARCÍA de ENTERRIA** pregona, pero todavía quedando por regular este tipo de procesos urgentes para el resto del sistema urgentes del contencioso administrativo español.

2.3.2 El principio general del derecho de: *“la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”*

Como se vió este principio, el cual es un verdadero criterio hermenéutico en materia cautelar y tutela de urgencia en el Derecho Comunitario Europeo, tuvo su original formulación en las instituciones de Chiovenda. En la obra de este maestro el principio esta ubicado en la incontestabilidad de los argumentos del actor en la demanda, es decir el lo veía de forma más amplia;¹³³ pero su más conspicuo discípulo, lo aplicó a la tutela cautelar y que fue rescatado por la sentencia número 190 del año 1985 del Tribunal Constitucional Italiano como se dijo atrás y expandido por los alegatos del abogado general en el caso *Fatortame I*. Ahora bien una vez llegado a este lugar y después de haber constatado que según el Derecho Comunitario la efectividad de su derecho debe de dotarse de técnicas idóneas entre ellas la tutela cautelar clásica y los procedimientos de urgencia, incluso los satisfactivos, es necesario dejar establecido que cuando **TESAURO** hace sus alegaciones finales en *Fatortame I* y la misma sentencia del asunto 214/03 de la Comisión contra España por violación a la Directiva

¹³³ CARBONE, Carlos, Alberto, *La duración del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón, (hacia un nuevo principio general del derecho de base procesal)* los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio, En *Sentencia Anticipada*, (Despachos Interinos de Fondo), Dir. Jorge W, Peyrano, Coord. Carlos Alberto Carbone, Runbinzal-Culzoni, San Fe, Argentina, 2000, Pág. 145.

89/665 no excluían nunca esta posibilidad de emplear la tutela urgente satisfactiva.

En efecto, una lectura atenta de estos documentos nos permite ver que Tesauro incluye ya no propiamente dentro de sus fundamentaciones sino en las propias propuestas al Tribunal de Luxemburgo que los Estados nacionales tienen:

1. la obligación impuesta por el derecho comunitario al órgano judicial nacional de garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos reconocidos a los particulares directamente por las normas comunitarias comprende la obligación de proporcionar tutela cautelar y **de urgencia**...(negritas fuera del texto).

Por tanto lo que ha pasado para el Derecho Interno español es la necesidad de adecuación al Derecho comunitario en el sentido que quedó expuesto en este capítulo, situación que se evidenció por la falla sistémica de creer que la tutela cautelar de la LJCA de 1956 y la de 1998 era compatible con la directiva (como tanto se esforzó el gobierno español en demostrar) número 89/665 en tanto las leyes nacionales limitan la tutela judicial efectiva al empleo de la técnica cautelar. Una vez demostrado esto, la comparación con el sistema normativo salvadoreño es inevitable e inexcusable, *¿pretenderá, para el caso, alguien que el fetiche legislativo de 1978 de El Salvador esta exento de esa censura que el máximo tribunal de Europa dirigió a la LJCA de 1956 y 1998 de España?*

Por ello para demostrar que esa pregunta no es una mera cavilación teórica ni una importación hecha al amparo de erudiciones sin sentido de la realidad criolla es necesario dejar establecido, sumariamente, cual ha sido el laboreo jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el sistema normativo salvadoreño, para demostrar no solamente la distorsión con el sistema arriba descrito, sino con el propio que pregona la jurisprudencia de la SC; que debemos recordar, son interpretaciones de la propia Constitución, la cual

esta sobre cualquier interpretación de la jurisprudencia ordinaria (sin animo peyorativo) y por tanto de directa aplicabilidad en los asuntos propios, especialmente a los litigios en que se enfrenta la administración pública con los particulares; los cuales *ex ante* se encuentra en posición de desventaja ante el privilegio de ejecutividad de los actos de aquella; y que criterios vacíos de contenido semántico como el interés público, acentúan más. Demostraremos además que detrás de la suspensión de acto se encuentra imbibida las concepciones de unos *valores* que surgieron con el estableciendo del Estado liberal de Derecho, a saber: la libertad y la seguridad jurídica donde siquiera era posible obtener una sentencia de tipo condenatorio contra la administración pública, pues esto implica en la concepción liberal, ordenar una conducta por parte de los Tribunales a la Administración, lo cual era violar, supuestamente el principio de separación de poderes, mistificando con esto la intervención del juez en el círculo de inmunidades del poder de la administración pública, misma que hoy en día perduran unas con mayor intensidad que otras, mas en otras culturas jurídicas que en otras.

Y en El Salvador intensamente como estudiamos en el capítulo 3 y 4 ítem 4.5.2 la nueva realidad del derecho procesal y la necesidad de pensar un proceso sensible a la naturaleza del derecho material que se discute hacen necesaria una intervención del juez con todos los poderes; tal y como en nuestro sistema se encuentra investido los jueces de la jurisdicción de familia, que poseen sin duda la mejor configuración de sus leyes procesales para efectivizar el derecho de acceso a la jurisdicción, necesidad que es sentida en todos los ordenes jurisdiccionales sin excepciones.

2.4 Escursu sobre la tutela cautelar en El Salvador

2.4.1 El reconocimiento del *fomus boni iuris* y del *periculum in mora*

En el sistema normativo salvadoreño *la tutela cautelar ha tenido una evolución progresiva de forma asimétrica en la jurisdicción en sus distintas manifestaciones*. Así por ejemplo los presupuestos para emplear las medidas cautelares no han estado expresamente reconocidas sino hasta principios de la última década del siglo XX. Tan es así que ha sido la jurisprudencia de la SC la que ha tenido que ratificar la necesidad de la concurrencia de la apariencia del buen derecho para decretar, en materia penal, la medida cautelar más gravosa: la detención provisional. Efectivamente la doctrina establecida en la Sentencia de *Habeas Corpus* número 9-V-94 se dijo que para la adopción de la detención provisional eran imperativo la concurrencia del “*Fumus boni iuris*” y del “*Periculum in mora*”¹³⁴ Así:

Como reconoce unánimemente la doctrina procesal penal, la detención provisional, dada su naturaleza de medida cautelar debe reunir los requisitos de tal clase de medidas: instrumentalidad, provisionalidad, necesidad o urgencia y la apariencia de la existencia de un derecho”¹³⁵.

Resulta claro que ha sido desde el prisma de la *jurisprudencia constitucional* donde se han dado los avances más significativos en la tutela

¹³⁴ Doctrina confirma por vía del “*Stare Decisis*” en la Sentencia de Inconstitucionalidad contra la Ley de Emergencia contra el Crimen Organizado en la cual la Sala reitero: “Alguna jurisprudencia de esta Sala en el ámbito del *hábeas corpus* insistió en la ineludible integración del inciso primero del art. 247 Pr. Pn. con otras normas del ordenamiento, a fin que el mismo resultara conforme con la normativa constitucional. Así, en la sentencia pronunciada en el proceso de *hábeas corpus* en favor de Joaquín Villalobos Huevo, expresamente se consignó: “la detención provisional-regulada en los artículos 247 y 248 del Pr. Pn.-consiste en una privación de la libertad que debe regirse, para que sea coherente con el marco constitucional e internacional indicado y dada su naturaleza de medida cautelar, con el principio de excepcionalidad. Así, tal privación sólo puede ser acordada en los casos y en la forma prevista por la ley-en cumplimiento del principio de legalidad-y mediante una resolución judicial debidamente fundamentada o motivada (...). Así comprendida la detención provisional, ésta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales-circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-, por lo que la misma no puede funcionar automáticamente por la sola concurrencia de los datos objetivos que contempla el artículo 247 Pr. Pn.; sino que debe existir una valoración del juez, específica y propia de cada caso, que estime la necesidad y conveniencia de dictar la detención provisional.

¹³⁵SC Sentencia de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. **Ref. 9-V-94. Habeas Corpus**, Villalobos Vrs Juzgado Octavo de lo Penal de San Salvador

cautelar; pues resulta muy importante destacar que con el establecimiento de los presupuestos procesales a la detención provisional se abrieron una serie de posibilidades interpretativas en el todo sistema normativo salvadoreño y en especial de los artículos 16, 17, 18 de la preconstitucional LJCA habida cuenta que la institución cautelar, que la SC matiza en sus entornos, es la misma que tiene que aplicarse a los demás ordenes jurisdiccionales sin excepción.

Pues no es aceptable que en el campo del acceso a la justicia se reconozca con mayor amplitud la institución cautelar en unos campos jurisdiccionales que en otros. Es capital, por tanto, que en defecto de un pronunciamiento del órgano legislativo sobre el desarrollo de las causas procesales que resulten idóneas para satisfacer el imperativo de un acceso a la justicia en la jurisdicción administrativa sea el orden jurisdiccional desde su *autoridad* la que desarrolle los mismos. Esta exigencia ya ha sido evidenciada por la SC la cual exhortando a la cuarta Sala a que realice una interpretación conforme a la Constitución, dado al carácter preconstitucional de la LJCA, en el caso del establecimiento de las nulidades de pleno derecho, de la siguiente manera:

“De modo que, estima este Tribunal, si 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 que se esté invadiendo facultades constitucionalmente atribuidas al Órgano Legislativo; así por ejemplo, en el supuesto de la "nulidad de pleno derecho", deberá atender criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico, asistiéndose del ordenamiento jurídico interno y de la doctrina.”¹³⁶ (Cursivas propias)

Esa omisión de interpretaciones restrictivas debe ser observado también por todos los poderes públicos habida cuenta que el artículo 235 de

¹³⁶ Sentencia de la SC fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 384-97. Amp.

la Constitución de la República establece como imperativo la observancia de esta y de la interpretación que surja de la SC. Ello es de vital importancia dado que presentado el caso la SCA o la SC por vía de Amparo o aún una *autoridad administrativa* pudiera abrir una nueva etapa interpretativa en la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Pero sin duda uno de los saltos operados en la tutela cautelar viene refrendado por la sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dos, Ref. 737-2001, en la cual se estableció que *la tutela cautelar forma parte de la tutela judicial efectiva, en nuestro sistema jurídico*. Esta resolución al parecer ha pasado inadvertida por el resto de operadores del sistema jurídico salvadoreño, lo que nos dice, para el caso del proceso contencioso administrativo, que la tutela judicial efectiva no esta tal sin las medidas cautelares pertinentes y no solo la mera suspensión del acto administrativa impugnado. Esta necesidad ha sido la que llevó a la SC a ver en la tutela cautelar el instrumento técnico por medio del cual se distribuya de forma racional la carga del tiempo del proceso entre las partes (uso distorsionado de la tutela cautelar); necesidad que también ha sido puesta en evidencia en otros sistema jurídicos; para el caso el Tribunal Constitucional Español a determinado esa reinterpretación así:

Y la misma conclusión se impone al examinar la compatibilidad del recepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, poniendo éste en relación con lo dispuesto en el art. 106.1 C.E., de conformidad con el cual «los Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Tampoco ha definido aquí la norma fundamental cuáles deban ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, pero sí es preciso afirmar que los mismos han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas. La prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular, en uso de su libertad de configuración, **las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige**. Al haberlas suprimido aquí por entero se ha venido también a desconocer, en definitiva, el mandato de plena

justiciabilidad del actuar administrativo presente en el art. 106.1. Negritas fuera del texto.¹³⁷

De tal forma que no cabe alegar una supuesta falta de regulación de otras medidas cautelares para denegar otras que sean distintas a las que regula el artículo 16 de la LJCA, la jurisprudencia que bajo el argumento de la no regulación legal de una tutela cautelar plena, es sencilla y llanamente inconstitucional, pues debemos recordar que la SC es el máximo interprete de la Constitución y cualquier criterio que contradiga este precepto, incluso, un criterio de legislador secundario incursionaría en tal vicio, criterio que solo sede ante el poder constituyente¹³⁸. Esta “*ratio discendi*” es la que no se aprecia en las resoluciones de la SCA en la que niega expresamente la expedición de lo que cierta parte de la doctrina conoce como *medida cautelares positivas*; las cuales son reconocidas en el sistema español, italiano francés como las únicas formas de evitar que la justicia no sea efectiva en ciertos casos. Todos estos sistemas jurídicos a su vez han sido influenciados por el Derecho Comunitario del cual forman parte como quedó expuesto en el presente capítulo, bajo dos dimensiones: la vertiente de la tutela cautelar, y los procedimientos de urgencia satisfactivos; pues ello no significa que la cognición sumaria para otorgar una tutela preventiva sea monopolio de la tutela cautelar, sino mas bien que integran junto a la tutela anticipada ese justo remedio para el actor que probamente tiene la razón. Esta es la solución brasileña como se verá en capítulo 5.2.2

¹³⁷ Tribunal Constitucional Español sentencia número 238-1992.

¹³⁸ Cfr. GARCIA de Enterria, Eduardo, *La constitución como norma... Ob. Cit.* Pág. 102.

CAPITULO 3

3.1 LA TUTELA CAUTELAR EN LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE 1978

El Consejo no provee casi nunca los motivos desarrollados en las resoluciones que pronuncia (...) diríamos que él teme establecer principios de derecho y elaborar teorías por miedo de atarse a sus precedentes. Es necesario, a menudo, adivinar el motivo verdadero de las soluciones, muy justa por otra parte. Esta diversidad depende de las diferentes funciones que ocupan en el Consejo de Estado y la Corte de Casación. En el Consejo de Estado, es el Rey quien habla, quien decide, quien ordena, su lenguaje debe ser breve, conciso, incisivo. En la Corte de Casación son los magistrados quienes interpretan la ley y quienes deben dar razón a los justiciables de sus decisiones". **Charles Debbasch y Jean-Claude Ricci**

3.2 La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo

La LJCA no establece nominalmente medida cautelar alguna en los procedimientos que regula; siguiendo también en esto a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa española del 27 de diciembre de 1956. Ha sido la jurisprudencia la que ha establecido que a partir del artículo 16 se encuentra regulada la suspensión de los efectos del acto como única medida cautelar. Como se mencionó en el capítulo II.2 la concepción objetiva del contencioso administrativo tuvo reflejo en el argumento de la SCA en un caso en el que se negó admitir la posibilidad de reconocer los casos de procedencia, vía jurisprudencial, de las nulidades de los actos administrativos;¹³⁹ así mismo veremos que el mito de la justicia revisora

¹³⁹ Traslado de la **SCA**, en la demanda de Amparo **Ref. 384-97**. Menjívar vrs. SCA en la cual la SC dijo que: "De modo que, estima este Tribunal, si 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 que se esté invadiendo facultades constitucionalmente atribuidas al Órgano Legislativo; así por ejemplo, en el supuesto de la "nulidad de pleno derecho", deberá atender criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico, asistiéndose del ordenamiento jurídico interno y de la doctrina. Y es que, no se trata de consignar en la presente decisión una teoría de la nulidad, porque la Sala de lo Constitucional no está facultada para conocer sobre la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública; sino de exhortar a la Sala de lo Contencioso Administrativo a proporcionar claridad y certidumbre en los argumentos jurídicos empleados para declarar la inadmisibilidad de una demanda, a fin de garantizar al gobernado la más completa y efectiva protección jurisdiccional de sus derechos constitucionales que sean lesionados por actos de la Administración Pública; lo anterior implica, como la misma Sala de lo Contencioso Administrativo asegura en su informe de fecha trece de marzo de mil novecientos noventa y ocho, que "la declaratoria de nulidad de un acto en sede administrativa, o la declaración de ilegalidad por parte de esa Sala, obedece a determinar si ha existido coincidencia de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico aplicable, o si existen vicios en cualquiera de los elementos del acto (competencia, fin, objeto, procedimiento, motivación, etc.), independientemente de la clasificación que

también esta presente en la tutela cautelar. La LJCA regula la posibilidad, una vez iniciado el proceso administrativo, o durante el mismo, adoptar la medida cautelar de la suspensión de los efectos de acto administrativo impugnado¹⁴⁰; como fácilmente se puede evidenciar la concepción de nuestra ley se corresponde con la idea revisora de la jurisdicción de administrativa, la cual según los avances del Derecho Europeo estudiados en el capitulado pasado, ha dado un giro interpretativo y lugar a considerar a dicha jurisdicción como protectora de derechos de los ciudadanos y no de una legalidad objetiva al estilo de una súper casación; y por tanto admitir un poder cautelar genérico, que en conjunto con los restantes poderes del juez posibiliten la tutela judicial efectiva.

Al anterior cuadro se le suma otra característica propia de la justicia administrativa que incide notablemente en el desmejoramiento de la situación de los justiciables: la *carga* de impugnar, en sede administrativa, los actos que lesionan la esfera jurídica de los particulares. Ello conlleva a que los efectos, que normalmente son graves en otros órdenes jurisdiccionales por la demora en el proceso, se vuelvan más gravosos en el orden contencioso administrativo, pues siendo un requisito procesal para acceder a la jurisdicción administrativa el haber interpuesto en *tiempo y forma* los *recursos administrativos* correspondientes, conlleva más tiempo antes de que puede ser controlada por el órgano judicial la actividad o inactividad de la

se de a tal vicio". En ese sentido, resulta contradictorio que la autoridad demandada, pese a tener claro el contenido y alcance del concepto de nulidad, no haya admitido la demanda interpuesta por la señora Marina Menjívar de Funes, cuando la misma Ley de lo Contencioso Administrativo en su Art. 7 inciso último establece que, no obstante encajar los hechos expuestos en la demanda en los supuestos contemplados en los literales a) o b) de la referida ley, se admitirá la demanda contra actos administrativos nulos de pleno derecho".

¹⁴⁰ De conformidad con la LJCA los momentos procesales oportunos para la adopción de las medidas cautelares son dos, a saber: en el Auto de admisión de la demanda art. 16 y durante la tramitación del proceso. Artículos 22 y 23 de la LJCA. De acuerdo a Eduardo Gamero Casado también es posible la adopción de medidas cautelares antes de entablar la demanda. Esta vía cautelar supone que son *medidas provisionálísimas* las cuales tendrían cabida en aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles. Así expone el doctor Gamero Casado: "*podemos recordar en este sentido que el art. 53 LJCA remite supletoriamente al código de los procedimientos civiles. Y como es sabido, los Arts. 134 y ss. C. Pr.C establecen una serie de medidas cautelares que puede adoptar el juez como actos previos a la presentación de la demanda. También las calificamos como medidas cautelares provisionálísimas, por cuanto se encuentran supeditadas a al inmediata interposición del recurso*". GAMERO Casado Eduardo. *La jurisdicción contenciosa administrativa*, Consejo Nacional de la Judicatura, Pág. 102.

administración pública. Esto tiene especial relevancia en los subsistemas jurídicos sectoriales (vid capítulo 6) pues el poco conocimiento que tienen los administrados sobre la posibilidad de impugnar las actuaciones de la administración pública se le adiciona los plazos fugaces en los que se tiene que interponer el correspondiente recurso administrativo desplegando antes de ser neutralizada toda su fuerza. Aún peor, la incidencia del tiempo no tiene el mismo resultado en los casos en que la administración pública conoce primeramente (privilegio de Auto tutela en segunda potencia), que el tiempo que los tribunales de justicia comunes dicen el derecho. Por ejemplo, en la legislación sectorial, la actividad y validez del administrado es tenida en cuenta en función de espacios de tiempo de semanas; así los ciclos académicos que regula la legislación de educación, dispone que estos están compuestos por unidades de tiempo que se contabilizan por plazos fugaces dentro de los cuales se desarrollan todas las actividades académicas que los estudiantes necesitan para acreditar un curso académico determinado y así después obtener la habilitación para ejercer una profesión determinada. En estos casos como en muchos más el transcurso de una semana es determinante para la afectación del bien jurídico protegido.

3.3 La suspensión del acto administrativo: única medida cautelar

Como se expresó la LJCA no regula de una forma expresa la medida cautelar, así en singular; se ha entendido jurisprudencialmente que la única que cabe en nuestro contencioso administrativo es la suspensión de los efectos del acto impugnado, en correspondencia con los demás sistemas continentales tributarios del modelo Francés del siglo XIX antes del cambio de paradigma propiciada por la jurisprudencia del TRIBUNAL de justicia de las Comunidades Europeas, identificándose tutelar cautelar con suspensión del acto impugnado al tenor literal de la LJCA de 1978, lo cual se disminuto.

Esta medida cautelar, se revela como la medida idónea cuando se despliega por parte de la administración una actividad que no implique el reconocimiento de un derecho o la idea de prevención no cautelar. Así, por ejemplo, en la potestad sancionatoria se regula la suspensión de los efectos de acto sancionatorio mientras este no ha sido ratificado por el órgano superior en grado. En estos casos la suspensión por el órgano administrativo o jurisdiccional se revela como la idónea, pues de lo que se trata es de paralizar una actividad administrativa que se estima conculcatoria de la esfera jurídica del ciudadano y administrado cualificado¹⁴¹. Pero resulta poco efectiva cuando de reconocer un derecho o remover el obstáculo para su ejercicio se trata.

En estos casos se presenta en nuestra legislación una especie de “*numerus clausus*”, pues la adopción de la tutela cautelar esta suspendida a lo que establece la preconstitucional LJCA. Esta situación lleva a una total enervación del derecho de acceso a la jurisdicción—entendida esta con el componente de la *tutela cautelar* y la *tutela anticipada*— pues dado que el demandante no goza del ejercicio del derecho que reclama durante la tramitación del procedimiento administrativo o del proceso jurisdiccional, es muy probable que la efectividad de la sentencia o de la resolución administrativa se vea comprometida por haber desaparecido el objeto procesal. Se vió en el capítulo 2.2 que el origen de la suspensión de acto esta ligada a la concepción que le dió vida al proceso administrativo como garante de la no ingerencia de la actividad estatal en la vida de los ciudadanos.

Este control judicial por medio de la suspensión de acto impugnado será pertinente para respetar la no intervención de la administración en el ejercicio de un tipo de derecho subjetivo de forma antijurídica, lo cual no se

¹⁴¹ Recordemos que ese fue el sentido originario del surgimiento de esta jurisdicción.

puede confundir, con la no lesión del mismo (idea de prevención), o la cesación de los efectos continuados de una actividad contraria a derecho. La LJCA establece unos presupuestos para la adopción de la suspensión de los efectos del acto, los que se detallarán a continuación; así como el desarrollo de los mismos en la jurisprudencia de la SCA; todo con la finalidad de evidenciar que estos presupuestos procesales no son los adecuados para otorgar una tutela anticipada o tutela cautelar distinta a la suspensión del acto reclamado. Además se demostrara con esto, que la SCA ha reinterpretado, sin decirlo, esos presupuestos para darle cabida a otro tipos de resoluciones, que tienen en su fondo, la idea la efectividad de la jurisdicción y la prevención de las conductas contrarias a derecho que pretendan lesionar el derecho subjetivo o interés legítimo, ya sea o no, de índole patrimonial; por otra parte observaremos al final, que la falta de claridad en los conceptos utilizados provoca inseguridad jurídica entre los justiciables; pues aún siendo legítimas los pronunciamientos de la SCA con contenido anticipatorio, provoca cavilaciones en los destinatarios de dichas medidas, al verse impedidos de una comprensión total de estas instituciones; lo cual es un problema de justificación o motivación de la resolución que expedida una tutela anticipada, *pero no un defecto sobre la ilegitimidad de tal medida en los casos en que se reúnan sus presupuestos.*

3.4 Los presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de la medida cautelar que regula la LJCA se encuentran a partir del artículo 16 hasta el 18; y son tres: **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 pudiera

ocasionar un peligro al orden público. Se puede decir como nota característica de los mismos, que estos presupuestos no son definidos por la LJCA, lo que le imprime una referencia de *conceptos jurídicos indeterminados*; por tanto, ha sido la jurisprudencia, principalmente apoyada en la doctrina de los expositores del Derecho, la que ha colmado estas omisiones del legislador.

Los tres presupuestos procesales para la adopción de la suspensión del acto impugnado son los que deben valorarse en cada caso concreto para resolver si procede o no, la misma, de tal forma que sin su concurrencia en el caso concreto vuelen irracional tal resolución, al utilizar incorrectamente el medio técnico para ello, al respecto y para sustentar más esta opinión, es necesario decir, que por regla general, no existe posibilidad en nuestro sistema de justicia administrativo de controlar la decisión de la SCA que otorga o no, la tutela cautelar, o mejor aún, el uso distorsionado por medio del cual se otorga la tutela anticipada bajo la denominación de tutela cautelar (suspensión del acto administrativo); este hecho puede jugar a favor o contra de las partes; piénsese por un momento en un caso que la administración pública sea destinataria de la tutela anticipada bajo el ropaje de la suspensión del acto. En este caso, la posibilidad de control puede tener éxito solo si se logra demostrar una irracionalidad de la decisión, por no tomar en cuenta los presupuestos que la doctrina establece para la tutela anticipada, que ve en esa decisión, por que no decirlo, una decisión injusta para la administración. Por ello, ese control será en el campo, de la motivación de la resolución, y no en la mera denominación de la resolución judicial.

Esta vía de control obviamente no se garantiza con el ejercicio supletorio del recurso de revocatoria para ante la misma SCA, sino más bien con el Amparo; por regla general la SC ha entendido que no procede esta garantía cuando esta pendiente un procedimiento, administrativo o judicial,

pero recientemente se muestra cierta flexibilización en esta postura, para los casos de manifiesta irracionalidad de una resolución judicial de contenido cautelar. “Por lo tanto, se considera que la simple adopción de una medida cautelar, *sin evidenciar en realidad la posible existencia de vulneraciones a derechos constitucionales*, no es materia que puede ser objeto de conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, ya que no trascienden de manera directa e inmediata al ámbito constitucional, por lo que deben debatirse y resolverse de acuerdo a la ley secundaria que rige dicho acto”¹⁴². (Cursivas del original).

Ello trae consecuencias muy importantes para la tutela cautelar y la anticipada, pues al utilizar unos presupuestos procesales para una resolución judicial que no son los pertinentes se trastorna todo el sistema de justicia preventiva; que pretende otorgar una rápida respuesta a los justiciables, lo que en la practica de la jurisprudencia de la SCA se traduce en que en unos casos similares, en que era necesaria la expedición de una tutela de urgencia, esta no se otorgara, ora se pidió con el nombre correcto, ora simplemente no se expidió por no reunir los presupuestos de la suspensión del acto. Una ultima consecuencia de esta practica de no llamar las cosas por sus conceptos científicos: se produce una *lesión en la seguridad jurídica* y en *el principio de igualdad* en la aplicación del Derecho. En el caso de la seguridad jurídica por que deja al arbitrio de los jueces administrativos otorgar o no, la tutela anticipada bajo la denominación de la suspensión del acto cuando no es suspensión del acto; y en el caso del principio de igualdad se infringe, al otorgar en unos casos la suspensión del acto (con un verdadero contenido de tutela anticipada) y negarlo en otros. Pues bien, regresando a la suspensión del acto, el profesor español **FRANCISCO CARMONA** extrae una serie de consecuencias de la abrogada LJCA de España de 1956

¹⁴² Sentencia de la SC de fecha día veintidós de marzo de dos mil dos. Considerando IV a.1. Ref. 58-2001. Amp.

que son plenamente predicables a nuestra ley, para esta medida cautelar, así estas serían:

- a) Consagración explícita de la ejecutividad del acto administrativo, a pesar del recurso, considerando la suspensión de aquél como excepción a ese principio.
- b) Establecimiento de la suspensión del acto como única medida cautelar, aunque sin utilizar esta última denominación.
- c) Fijación, como criterio para acordar la suspensión, el de que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, criterio de indiscutible objetividad.
- d) Consideración prevalente de la defensa del interés público, hasta el extremo de que, pese a la existencia de los posibles perjuicios que justifiquen la suspensión, puede no acordarse ésta, si los intereses públicos pueden sufrir una grave perturbación

Garantía de los perjuicios que pueden derivar de la suspensión para el interés público o de tercero mediante cauciones suficientes¹⁴³.

Necesario será estudiar estos presupuestos procesales, pues aunque establecidos para la suspensión del acto administrativo impugnado, la SCA los ha ocupado para expedir pronunciamientos de *contenido anticipatorio*, aunque con el ropaje de la suspensión del acto como se dijo arriba. Estos presupuestos procesales han sido interpretados por la SCA de distintas formas, se tomará como base la conceptualización genérica más reciente que del conjunto de ellos hace la SCA, en las cuales se dice:

En la jurisprudencia más reciente, esta Sala ha venido exigiendo como únicos requisitos para otorgar la suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado, primero, que mediare petición de parte y, segundo, que se tratase de un acto capaz de producir efectos positivos.

Con esta forma de interpretar los requisitos que determinan la procedencia de la suspensión, se ha procurado garantizar que, en la mayoría de los casos, la sentencia definitiva que haya que dictarse sea eficaz desde el punto de vista material; es decir, de la satisfacción plena de los intereses del demandante, a pesar de que se dicte después de transcurrido el tiempo necesario que dura la tramitación del proceso. Sin embargo, a esta Sala le corresponde velar porque la suspensión de los actos impugnados no se traduzca injustificadamente, en menoscabo de la

¹⁴³ CARMONA, Francisco, *Temas de Derecho Administrativo*, Consejo Nacional de la Judicatura, 2005. Desde luego que este panorama era el que prevalecía hasta antes de la nueva LJCA de 1998 que vino a plasmar en materia cautelar el avance jurisprudencial de la sentencia Factorame I y del Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo Español de fecha 20 de diciembre de 1990 como se desarrollará en el apartado de la justicia administrativa después de esta emblemática sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe presumirse, la consecución de los intereses generales.

En ese sentido, **este Tribunal considera que existe otra forma más adecuada de interpretar** la exigencia de los requisitos previstos para adoptar la suspensión cautelar, la cual seguirá siendo respetuosa del derecho de los ciudadanos a que se les garantice la efectividad de la sentencia y, asimismo, valorando el interés general que persigue la actividad de la Administración Pública.¹⁴⁴ (Negritas fuera del texto)

¿Cuál es esa otra forma de interpretar la supuestos de procedencia, no de la suspensión de acto, sino de la tutela cautelar, que es mas amplio, y que el tribunal confiesa no haber seguido, en todos los casos? El Auto citado a renglón seguido establece que son los que se enunciaron en el comienzo del presente apartado¹⁴⁵, de los cuales no obstante coincide en uno con la otra interpretación (de la que dice la SCA que se aparta), a saber: *que el acto impugnado produzca o pueda producir efectos positivos. Debe entenderse en la esfera jurídica del demandante.* Por ello, el objetivo es demostrar la insuficiencia legal de los presupuestos procesales tal como están en la actual LJCA, y la utilización de otros para proporcionar la tutela anticipada, así mismo demostrar que la SCA ha creado otro presupuesto para la adopción de la suspensión del acto, (sin decirlo). Por ello comenzaremos con uno de los más paradigmáticos de todos.

3.4.1 Que el acto impugnado produzca efectos positivos

En consecuencia, es lo mismo, actos negativos de la administración pública, o mejor: lo positivo es en relación hacia los efectos al ciudadano, lo negativo, a la inactividad de la administración pública, por lo que la suspensión del acto no es procedentes en las omisiones del poder público. Este concepto tampoco ha sido legalmente definido; pero la doctrina y la

¹⁴⁴ Auto de la SCA de fecha seis de noviembre de dos mil seis. Ref. 210-2006.

¹⁴⁵ Es decir los establecidos legalmente en los artículos 16, 17 y 18 de la LJCA.

jurisprudencia si lo han hecho¹⁴⁶. La SCA ha sostenido 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”¹⁴⁷.

Lo más notable de este párrafo son los verbos *crear*, *modificar* y *dejar sin efectos*; el primero no tiene complicaciones a la hora de su interpretación pues es fácil advertir cuando una situación *de hecho o derecho* innova la esfera jurídica del demandante; por ejemplo, en el caso de las relaciones de sujeción especial es fácil advertir el ingreso de un ciudadano a un centro de público de educación y cuando este posee la calidad de aspirante y cuando la de miembro de esa colectividad destinataria de un régimen jurídico sectorial, o cuando se es parte de un procedimiento administrativo y cuando no, para el caso de las oposiciones y los concursos; *¿pero que debemos entender por modificación y cesación de efectos para volver procedente la suspensión del acto reclamado al tenor de la LJCA?; y en segundo lugar ¿modificación y cesación de que?.* A la primera interrogante se responde con el hecho que 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. La debilidad y por tanto insuficiencia de esta definición es que no dice nada, y por tanto desampara, los supuestos en que

¹⁴⁶ Nos alecciona PADRÓS: “Por aplicación del principio fundamental del derecho administrativo francés, de conformidad con el cual el juez administrativo no tiene competencia para dirigir ordenes (*injonctions*) a la administración pública, el Consejo de Estado había resuelto históricamente que no procede decretar *sursis à execution* 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. PADROS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción...* Ob. Cit. Pág. 316.

¹⁴⁷ Auto de la SCA de fecha ocho de enero de dos mil siete. Ref. 223-2006.

la administración pública debe realizar una actividad y no la realiza, precisamente constituyendo una relación jurídica o dando continuidad a una distinta a cualquier otra preexistente¹⁴⁸.

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 pues en los casos de la actividad de policía, por ejemplo, en la cual precisamente envuelto el ciudadano en una relación de sujeción especial, él mismo puede ser sancionado con una suspensión temporal o definitiva. Entonces si se supedita a un lapso de tiempo, por ejemplo de seis a nueve meses, será una *modificación simple y pura*; en cambio si se decreta la extinción del vínculo jurídico (que puede ser laboral en la mayoría de los casos), entonces hablamos, como muy bien lo dice la SCA de una actividad de *“dejar sin efecto una situación preexistente antes de su emisión”*.

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. Pero lo que no dice la definición antes transcrita, pero que esta contenida en ella y que la doctrina y la jurisprudencia comparada han ratificado, es la existencia en el tráfico jurídico administrativo de actos negativos puros y *actos negativos en apariencia*,¹⁴⁹ o

¹⁴⁸ Como por ejemplo, en el caso, de la actividad de servicios públicos.

¹⁴⁹ CHINCHILLA, Marín, Carmen, *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, Pág.178. La misma autora se encarga de establecer 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

lo que se conoce como *actos negativos con efectos positivos* al decir del Derecho Italiano,¹⁵⁰ en efecto, el criterio para poder distinguir un 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 forma que le impida o no, la continuación en la relación jurídica, general o de sujeción especial, con la administración pública, los agentes colaboradores de ésta o los concesionarios; de tal forma que el acto negativo puro será aquel no permite incidir en la creación, de forma primigenia de un vínculo jurídico, bajo ningún título con la administración pública¹⁵¹. Esta distinción es capital, para la diferenciación y a la postre admisión, del “*periculum in damni*” del “*periculum in mora*” (es decir el plus valor para otorgar la tutela anticipada) en el Derecho Administrativo, pues esta claro, que el primero incide sobre el particular y el segundo es un presupuesto que mira a la *relación jurídica procesal* sin tener en cuenta el Derecho Sustancial de fondo que el ciudadano reclama le sea satisfecho de conformidad con los nuevos valores del Estado de Derecho. *Esto último nos conecta con la idea del origen del presupuesto procesal que se analiza y su contracara, el acto negativo puro.*

3.4.1.1 Excursus sobre el origen del efecto positivo

El efecto positivo y su contracara el efecto negativo puro tiene su razón histórica con el surgimiento del Estado liberal, los valores que son

lesiones 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*. Citada por PADROS, Ob. Cit. Pág. 322 nota 1420.

¹⁵⁰ Por la pertinencia de la existencia de esta distinción se transcribe la nota del doctor Padrós: “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. PADRÓS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción...* Ob. Cit. Nota 1385 Pág. 315.

¹⁵¹ Este es el criterio del tribunal supremo español en las suspensiones de actos en materia de prorrogas de permisos y en materia migratoria. Cfr. Sentencia del veintitrés de julio de dos mil tres.

inherentes al mismo y el surgimiento del contencioso administrativo como recurso al acto. Siendo los valores de los últimos veinticinco años del siglo XIX, la seguridad jurídica y la libertad individual, se entendía que el Estado no tenía que entrometerse en la actividad libre de los ciudadanos sin existir previamente un título legal para ello, (*nulla executio, sine titulo*) de ahí que fuera la constatación de una actividad del Estado a través de la administración el presupuesto por excelencia para evidenciar una injerencia en la esfera jurídica del ciudadano.

Si esto no pasaba, es decir, si la administración pública no actuaba era lógico, en esa línea, suponer que no lesionaba la libertad ni la seguridad jurídica que el Estado liberal tutelaba y por tanto no prohibía cualquier injerencia en la actividad de la administración, pues lo contrario significaría ordenar una actuación que era lo menos deseable de acuerdo con la mano invisible que vigilaba todo. Una última acotación: *el tipo de derecho que se tutelaba cuando surge el contencioso administrativo era derechos humanos de primera generación, es decir, derechos civiles*¹⁵².

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,¹⁵³ pues era contrario a la seguridad jurídica la retroactividad, que solo podía ser procedente, y en casos excepcionales, cuando esta era dispuesta por un órgano representativo de la voluntad popular, a saber: el Parlamento, esta es la

¹⁵² Cfr. GARCIA de Enterría, Eduardo en prologo de la obra de FERNANDEZ Torres, Juan Ramón, "*Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*", Civitas, Madrid, (Monografías), 1998, Pág. 21.

¹⁵³ PADROS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa...Ob. Cit. Pág.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"*.

razón panprocesalista que se esconde bajo la suspensión del acto administrativo y la suspensión del acto reclamado en material de Amparo.

Pero también existe un 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 cuando el edificio ya se ha concluido”*¹⁵⁴. Por ello, no es posible bajo este dogma, cumplir el presupuesto del efecto positivo que regula la LJCA, para los casos en que lisa 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 la profesora Chinchilla Marín.

Esto que es muy obvio nos resalta que cuando se ha aplicado la suspensión del acto cuando no concurre este presupuesto en realidad lo que se ha dictado no es una suspensión de acto administrativo impugnado al tenor del artículo 16 de la preconstitucional LJCA; sino que se han aplicado otras medidas cautelares e incluso anticipatorias que bajo los presupuestos procesales de *lege lata* no son aplicables, lo que produce una distorsión de la propia tutela cautelar, no se diga de lo que es objeto de la investigación: la tutela anticipada; todo en detrimento de la igualdad de armas procesales de las partes, pues el destinatario de una medida anticipatoria no sabrá descubrir la racionalidad que envuelve estos proveimientos de urgencia. A través de la motivación de la resolución fundada en derecho como parte del debido proceso. Como se dijo en el anterior ítem.

¹⁵⁴ FERNANDEZ, Tomas Ramón, NIETO Alejandro, *El Derecho y el revés. Dialogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, Pág. 171, citado por BLANQUER, David, *Hechos, Ficciones, pruebas y presunciones en el derecho administrativo “Taking Facts Seriously”*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, Pág. 116 nota 89.

3.4.2 El daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia

No se logra evidenciar en la jurisprudencia de la SCA uniformidad de lo que se debe entender por daño irreparable o de difícil reparación; solamente existe el desarrollo de la carga de la prueba sobre la acreditación de los elementos que permitan a la SCA evidenciar la existencia de ese peligro de frustración del objeto procesal. Se debe mencionar que en la actualidad la jurisprudencia de la SCA ha oscilado entre una equiparación de irreparabilidad del perjuicio con irresarbilidad; y la efectividad de la sentencia.

Lo primero ha generado que la SCA decrete la improcedencia de la suspensión del acto en vista de la posibilidad que en la sentencia definitiva se determine, como medida para reestablecer el derecho violado, la resarcibilidad por medio de la indemnización de daños y perjuicios, o la restitución de los salarios caídos en los casos en que la relación jurídica consista en un vínculo laboral con la administración pública, o que implique un derecho de contenido patrimonial, no patrimonial o conexo con estos. Así el Auto de fecha ocho de enero de dos mil siete estableció:

Sobre este requisito 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 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 difícil¹⁵⁵.

Es decir; la posibilidad que la sentencia definitiva reconozca la indemnización (cosa que no sucede por una distorsión inexplicable) o la acción para reclamar en los tribunales comunes daños y perjuicios elimina la irreparabilidad en la concepción de la LJCA refrendada por la jurisprudencia mas reciente de la SCA. La reparación en pecunia lo resuelve todo, si al final

¹⁵⁵ Auto de la SCA de fecha ocho de enero de dos mil siete. Ref. 223-2006.

se hace ver que es posible una indemnización, ante esto debe destacarse para los efectos de lo que aquí interesa, es el hecho que en la concepción de la LJCA, el peligro que trata de evitarse *esta carnalmente unido con la relación jurídica procesal y no con la relación jurídica substancial* debatida cuando no dice: “*el peligro de que la ejecución del acto pueda producir daños y perjuicios de imposible o de difícil reparación por la sentencia*”.

Esto importa por el hecho que al tratarse el “*periculum in mora*” propio de la tutela cautelar resulta inaplicable éste sin un plus valor para la tutela anticipada que la misma SCA ha aplicado para ciertos casos, no haciendo la distinción del “*nomen iuris*” del “*periculum in damni*”. Lo que sucede es que ésta, no distinción, se debe al fenómeno apuntado por **PROTO PISANI** de la disociación entre derecho de material y derecho procesal que tanto daño ha hecho al Derecho en general¹⁵⁶ de la cual nuestra LJCA no se puede librar pues fue concebida con la mentalidad del siglo XIX. Es que la idea de salvaguardar la indemnibilidad de bien jurídico, propio de un sistema jurídico que no solo emplea la técnica cautelar para prevenir el daño a los bienes jurídicos sino también la técnica anticipatoria, debe ser un empeño de todos los operadores del sistema jurídico¹⁵⁷.

¹⁵⁶ El nos dice: “La afirmación de la autonomía del derecho de acción respecto del derecho sustancial, del carácter publicista del proceso y de la jurisdicción como actuación del derecho objetivo antes que de tutela de los derechos subjetivos, ciertamente había tenido el merito de abrir el camino al análisis científico del procedimiento jurisdiccional entendido como conjunto de poderes, deberes y facultades procesales, tanto de las partes como del juez, y no solo como un conjunto de formas y términos, pero también determinó el inicio de un peligroso divorcio entre el estudio del derecho sustantivo y el del proceso, como si el derecho sustantivo pudiera sostener su existencia sin la concurrencia de instrumentos procesales de tutela, y como si el proceso no tuviera que adecuarse de manera continua a las necesidades de tutela de los derechos sustantivos particulares”. PROTO, Pisani, Andrea, *Las tendencias actuales del derecho procesal civil en Italia*. Ob. Cit. Pág. 1

¹⁵⁷ Como lo dice el profesor Marinoni en el contexto de la reforma impulsada en Sudamérica: “En la sociedad contemporánea existen una serie de derechos de contenido no patrimonial. Tales derechos son típicos de la sociedad actual, en la que se toma conciencia cada vez más nítida de la necesidad de su efectiva consagración como bienes imprescindibles para la vida digna de las personas.

Tales derechos son evidentemente inviolables. Del mismo modo, otros derechos, como el derecho a la marca comercial, aunque teniendo contenido patrimonial, importan cuando no son violados, es decir, dependen para ser adecuadamente disfrutados de su no violación por parte de terceros. Derechos de esta última naturaleza no se concilian con el resarcimiento en pecunia, hasta por la razón de que el uso exclusivo de, por ejemplo, determinada marca comercial, puede ser determinante para el éxito de la actividad.

La SCA, no obstante lo anterior, es consciente de esta situación y se ha visto en la necesidad de reinterpretar la LJCA en los casos en que es necesaria una intervención temprana de los poderes del juez; lo ha hecho en los paradigmáticos casos de protección al medio ambiente, y ha identificado correctamente el peligro por la demora de la sentencia y el “*periculum in damni*” que mira a la indemnibilidad del bien jurídico protegido; pues en la sociedad actual existen derechos, como los colectivos, que están dados para proteger la dignidad de las personas, tales derechos importan en cuando no son violados; tales como la protección de los derechos del consumidor, a la conservación, mantenimiento y preservación de un medio ambiente sano¹⁵⁸.

3.4.3 No perturbación del interés social o trastorno al orden público

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 su ley procesal. 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 vaivén jurisprudencial sobre la utilización o no, de este presupuesto procesal con la misma intensidad.

¿Cual es entonces el punto de referencia teórica para poder definir estos conceptos legales dentro del sistema del contencioso administrativo del cual la LJCA de El Salvador, España, Italia, Bélgica, Colombia,

Si tales derechos pueden ser amenazados de lesión y si no queda otra alternativa a sus detentores a no ser que se procuren “justicia” (art. 5, XXXV, de la Constitución Federal brasileña), es obvio que es imprescindible hablar de un derecho de acceso a la justicia que tenga como corolario el derecho a la tutela preventiva.

Mas esto sólo no basta. Aunque el derecho a la tutela preventiva sea innegable, es preciso que la legislación procesal civil coloque a disposición de sus usuarios instrumentos procesales que realmente sean capaces de permitir la tutela preventiva. MARINONI, Luiz Guilherme, *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil. Conferencia pronunciada en el “Segundo Congreso Nacional e Internacional de Derecho Procesal”, promovido por la Asociación Peruana de Derecho Procesal, en Lima – Perú, entre los días 11 y 13 de junio de 2002, disponible en www.porfessormarinoni.com.br. Pág. 1*

¹⁵⁸ Ibidem.

*Argentina es tributaria?*¹⁵⁹. Lamentablemente nada nos dice la propia LJCA ni su escueta exposición de motivos, lo que obliga, si realmente se quiere saber el verdadero significado del interés público, es acudir al Derecho Comparado y a la jurisprudencia de la SC; efectivamente, la LJCA española de 1956 obra de los profesores **MANUEL BALBÉ** y **J. GONZÁLES PÉREZ**¹⁶⁰ tiene en su exposición de motivo la definición estipulativa del núcleo este concepto, así dicen:

Al redactarse el nuevo texto no se han olvidado las experiencias obtenidas en la aplicación de la Ley hasta ahora en vigor. Así, se han recogido aquellas orientaciones de la jurisprudencia realmente aprovechables y redactados los preceptos de la Ley de modo tendente a evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos contenciosos administrativos, comportaban la subsistencia de infracciones administrativas, en pugna con **la Justicia, contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política**¹⁶¹ (negritas fuera del texto)

No debemos olvidar que el profesor **J. GONZÁLES PÉREZ** fue uno de los consultores que ayudaron a elaborar la LJCA de nuestro país; Por eso (y por otras razones que se dirán mas abajo) es que no se puede identificar interés prevalente en la tutela cautelar ni mucho menos en la anticipatoria, con interés público o social, pues éste 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.*

¹⁵⁹ Sobre la similitud de estos sistemas. GAMERO, Casado, Eduardo, *Temas de Derecho Administrativo II. Ob. Cit.* Pág. 4.

¹⁶⁰ Cfr. SANTAMARIA Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, V.II, Ob. Cit. Pág. 637.

¹⁶¹ Exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956, párrafo I, 6. En concordancia en este contenido del interés público o bien común, la SC en Sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil uno. **Ref. Inc. 8-97/15-97.**

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 ENTERRIA** 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,¹⁶² 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*”¹⁶³. Contrariamente al desarrollo que ha tenido el primer presupuesto (efectos positivos) este último ha sido empleado en diversas ocasiones de forma contradictoria, ya sea para otorgar la medida cautelar o para revocarla. Por ello se justifica que previamente analicemos algunos autprecedentes de la SCA para ratificar el *verdadero contenido de este presupuesto procesal*.

¹⁶² GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutoriedad. En La Batalla por las medidas cautelares...Ob. Cit.* Pág. 243. Esta posición es criticada por el doctor Ramiro Simón Padrós: “a pesar de nuestra adhesión a la obra de este ilustre maestro del derecho administrativo, no compartimos semejante opinión, en tanto a nuestro criterio la efectividad de la tutela judicial (cautelar, en el caso) no puede jamás impedir la ejecución de un acto cuya aplicación—por ejemplo—venga impuesta por razones de seguridad o salubridad pública, para garantizar el urgente restablecimiento en condiciones normales de un servicio público o por algún otro motivo de interés general debidamente justificado”. PADROS, Ob. Cit. Pág. 219.

¹⁶³ Auto de la SCA de fecha ocho de enero de dos mil siete. **Ref. 223-2006**.

3.4.3.1 El interés público en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo

El análisis jurisprudencial en el que se denota la aplicación del interés superior de la administración pública, no es uniforme en la jurisprudencia de la SCA. A veces propende a realizar una aplicación no técnica en función del contenido de la tutela cautelar a la que es aplicable. Para dotarnos de un panorama general partiremos de la conceptualización más puntual que sobre el interés general ha realizado la SCA, así:

IV. Interés general.

A diferencia de otros procedimientos, 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, 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"*.¹⁶⁴(Cursivas del original)

Entonces significa, según esta doctrina, que no importando que la actividad sea ilegal, no procederá la tutela cautelar, o podrá ser revocada, por que siendo el proceso contencioso administrativo *diferente a otros procedimientos*¹⁶⁵ se debe ponderar prevalentemente la razón de Estado que envuelve el interés público, incluso a costa del principio de legalidad.

¹⁶⁴ Auto de la SCA de fecha diecinueve de agosto de dos mil cinco. **Ref. 90-T-2004**

¹⁶⁵ Contra este planteamiento conspira el principio de unidad de jurisdicción, el cual hace énfasis que el poder de dictar medidas cautelares no es un poder distinto del conocimiento del resto de la litis. En efecto la doctrina manifiesta que en la tutela cautelar existe una cognición sumaria. La SC al respecto de este principio ha dicho: " A su vez, dicho principio conlleva dos exigencias: que la facultad de resolución de controversias sea encomendada a un único cuerpo de jueces y magistrados, independientes e imparciales, en donde toda manipulación relativa a su constitución y competencia esté expresamente excluida -el principio de unidad de la jurisdicción o "unidad de la justicia" a la que hace referencia el Art. 216 inc. 1º Cn.-; y

Lo primero que se critica a esta definición es el hecho de marcarle al proceso administrativo el carácter de especialidad, que si bien lo tuvo en su surgimiento hoy en día la jurisdicción contenciosa administrativa no es un poder distinto a los demás ordenes jurisdiccionales como por ejemplo, el de familia, civil, o penal;¹⁶⁶ y lo segundo, toma a priori, el juicio de ponderación a favor de una de las partes en el proceso, lo cual “*per se*” involucra una vulneración al principio de igualdad en la aplicación del Derecho (no estamos solos en esta afirmación, el doctor **GARCÍA de ENTERRIA** la esgrime para fundamentar la *inconstitucionalidad del sistema cautelar* de la LJCA de 1998¹⁶⁷). En realidad el criterio para decidirse, para otorgar o no, tanto en la tutela cautelar como en la anticipatoria 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)¹⁶⁸.

que la potestad jurisdiccional, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva -"juzgar"- como en la ejecutiva -"hacer ejecutar lo juzgado"-, así como la producción de cosa juzgada, sea atribuida como monopolio a los miembros que integran el OJ, vedando a los demás órganos del Gobierno la asunción de las funciones jurisdiccionales -el principio de monopolio de la jurisdicción, o exclusividad stricto sensu, a que hace referencia el Art. 172 inc. 1º Cn" Sentencia de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 5-1999. inc. Considerando V.1**

¹⁶⁶ Este asunto ya lo dejó claro el doctor García de Enterría hace tiempo: “Pero hay aún un argumento más simple. Resulta que desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, el artículo 1428 de esta Ley permite mediante medidas cautelares positivas en todos los casos en que se este cuestionando una obligación de hacer del demandado. Hasta el momento los tribunales contencioso-administrativos dudado de la aplicabilidad de sus proceso de este artículo 1428 de la ley de enjuiciamiento, en virtud de la Disposición adicional 6 de la ley de su jurisdicción. ¿pretenden los autores del Proyecto, por tanto, con esta nueva regla que los jueces contencioso-administrativos dispongan de menos poderes que sus colegas de la jurisdicción civil? ¿Por qué esa diferencia sustancial de poderes del juez? ¿Por qué una tutela judicial ha de ser efectiva y la otra “menos efectiva”, cuando las dos tienen un canon constitucional único e idéntico, el artículo 24? Ya hemos dicho que no podrá alegarse una sola razón de servicio público o de eficacia en la gestión capaz de resolver un expediente o de resolverlo en sentido desestimatorio contra el mandato claro y manifiesto de la Ley. ¿Por qué la tutela contencioso-administrativa, incluyendo la cautelar, no ha ser “efectiva” como quiere la constitución? ¿Por qué el juez contencioso-administrativo no puede ejercer sobre las partes la plenitud de sus poderes (fiscalización plena, sin inmunidades del poder” ha dicho el tribunal constitucional en la citada sentencia; y también, en su Sentencia de 17 de diciembre de 1992: “el mandato—constitucional—de plena justiciabilidad del actuar administrativo”) para que la tutela pueda ser efectiva?”. GARCIA de Enterría, Eduardo, prologo a *La batalla por las medidas cautelares...Ob. Cit. Pág. 19.*

¹⁶⁷ GARCIA de Enterría, Eduardo, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves queiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho publico y a medidas cautelares contencioso-administrativas. La sentencia comisión C. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003, En La Batalla por las medidas cautelares... Ob. Cit. Pág. 420.*

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Efectividad del proceso y tutela anticipatoria*. TR, 706-56, citado por RUANOBA, Sebastián Watenberc, fungibilidad de las tutelas de urgencia (anticipatoria y cautelar en el proceso civil brasileño), Revista de Proc esso, número 148, año 32, junio, 2007, (Revista dos Tribunais), Brasil, Pág. 341. En la misma línea la SC en Sentencia de fecha día veintiséis de junio de dos mil tres. Ref. 242-2001. Amp. Considerando V.

Por ello el interés público estará vinculado con la actividad a desarrollar por la administración, de tal forma que no cabe identificar esta 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; no siendo posible soluciones extremas en todos los casos, sino también intermedias, he aquí donde este juego de ponderación entre derechos fundamentales permite que el juez administrativo ejerza todo su poder, para lograr una solución intermedia en algunos casos entre el interés público de mantener un servicio público y un derecho fundamental hace falta ponderar con criterios objetivos u objetivables. Como dice el profesor **MARINONI**, *“un juez sin poder es un juez sin responsabilidad social, o por lo menos, con responsabilidad social limitada”*.

Tal como lo hizo el Tribunal Constitucional Español en su sentencia número 148 de fecha 29 de abril de 1993 en la cual ampara a las comisiones obreras que estaban en huelga (huelga que afectaba los servicios de gas, electricidad, abastecimiento y saneamiento de agua, recogida y tratamiento de residuos sólidos, personal laboral de las corporaciones locales, transportes urbanos e interurbanos , enseñanza) y que había obtenido previamente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la audiencia territorial de Sevilla, (la cual había ponderado los intereses en juego,) había ordenado la implementación de unos servicios mínimos, al contrario de la suspensión que había dictado la Junta de Andalucía de unos servicios mínimos contrarios a los huelguistas. Así dijo el Tribunal Constitucional Español:

4. Ciertamente, el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la C.E. (STC 22/1984), y en términos generales y abstractos la ejecutividad de sus actos tampoco resulta incompatible con el art. 24.1 de la C.E. (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1095/1988).

Pero de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (STC 14/1992). Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la C.E. comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos (STC 238/1992)¹⁶⁹.

Por tanto, la ponderación que ahí se hizo entre los artículos 24.1 y 103 y el derecho fundamental a Huelga tuvo una resolución intermedia en base a la proporcionalidad. Doctrina está que esta en franca oposición a la del doctor Baño León, pues él hace prevalecer la ejecutividad del acto por sobre la tutela judicial afectiva como tuvimos la oportunidad de observar. Pero también el interés general ha sido esgrimido para adoptar la medida cautelar de la suspensión del acto en el sistema normativo salvadoreño esto es, de forma contraria al sentido común en que se emplea por la jurisprudencia de la SCA (pues en ese sentido la administración pública se parapeta en el interés general para negar o revocar la suspensión del acto). En el proceso de lesividad que acciono la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (en adelante ANDA) en contra de la Sociedad

¹⁶⁹ STC número 148-1993 de fecha 29/4/1993. De una forma que no cabe duda el Tribunal se pronuncia sobre el criterio ponderativo en su fundamento jurídico 5, así: Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.

No se trataba, pues, de anticipar el contenido del juicio principal efectuando la cuidadosa ponderación que, en interpretación del art. 28.2 de la C.E., este Tribunal ha subrayado, sino de corregir al menos las decisiones que no menoscababan los intereses de la comunidad por constituir una manifiesta extralimitación o abuso en la fijación de servicios mínimos, a fin de no impedir de modo innecesario e irreversible el ejercicio del derecho de huelga porque sólo la suspensión de las medidas encaminadas a garantizar los mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios esenciales podrían reportar un grave perjuicio al interés general.

Sin embargo, frente a la individualización efectuada por la Audiencia Territorial de Sevilla acerca de la cuota de actividad que de modo patente desbordaba el estándar de servicio mínimo, la resolución impugnada, sin efectuar ponderación alguna, consideró que la suspensión causaría grave perjuicio al interés general en atención exclusivamente a la naturaleza de las actividades productivas a las que afectaban los servicios mínimos establecidos, olvidando que el concepto de servicio esencial no viene caracterizado no sólo por la índole de la actividad sino también por el resultado que con dicha actividad se persigue, coincidente con la satisfacción de derechos o bienes constitucionales y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan.

DRILLMASTERS, S. A. de C.V, se solicitó por parte de la administración pública, la suspensión de la ejecución del contrato de obra pública.

Este proceso había sido originado por la irregularidad en el procedimiento de licitación que consistió en adjudicar parcialmente a la sociedad DRILLMASTERS, la licitación pública número 67/99 relativa al "Servicio de rehabilitación de ciento veinticinco pozos de la Red Nacional de ANDA". Realizado el procedimiento licitatorio y adjudicado la obra pública se procedió a la firma del contrato entre la sociedad y la ANDA.

Pero en el camino de la ejecución de la obra ANDA decide iniciar el proceso de lesividad donde solicita y obtiene como medida cautelar la suspensión de la ejecución del contrato que ya surtía pleno efectos. Por medio del Auto de fecha ocho de marzo de 2004 la SCA dijo: *Suspéndese la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado, en el sentido de que no se continúe con la ejecución del contrato celebrado entre la Sociedad DRILLMASTERS, S. A. de C.V. y la parte actora*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Auto de la SCA fecha ocho de marzo de dos mil cuatro. Ref. 295-A-2004. además, la administración como parte demandante solicitó la "ampliación de la medida cautelar" en el sentido que la suspensión también incluyera el arbitraje promovido contra ANDA ante la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador y continuado ante el Tribunal Arbitral por la sociedad Drillmasters, S.A. de C.V. en el sentido que mientras se tramitara el proceso no debía continuarse con la celebración del arbitraje. Arbitraje que había sido pactado en la cláusula 12 del "Contrato de Servicios de Rehabilitación de ciento veinticinco pozos de la red nacional" y su posterior prórroga. Como se observa este hecho es importante para determinar que lo dictado por la SCA en esa segunda "suspensión" contenía una orden retroactiva, aún y cuando había sido la propia ANDA la que había decidido someterse previamente al arbitraje. Sucediendo que el laudo arbitral fue pronunciado, no obstante esto la SCA ordeno al tribunal arbitral que cumpliera la orden de suspender, algo que lógicamente no puede ser, pues no se puede suspender lo consumado. Lo que pasa es que la tutela cautelar única de la suspensión de acto pasa factura a la SCA que tiene mas remedio que llamar suspensión a algo que es retroactivo y positivo.

Este hecho es notado por la parte demanda que argumenta la consumación del acto, así: "b) La sociedad Drillmasters, S.A. de C.V. mediante el escrito registrado el dieciocho de marzo de dos mil cinco (fs. 580 al 587), insistió -como lo había hecho en sus peticiones de revocatoria- en que ya no era posible que el tribunal arbitral cumpliera la orden de suspensión del proceso arbitral pues al haber finalizado éste, el referido tribunal ha agotado su jurisdicción y por tanto es un sujeto inexistente. De tal forma, considera, existe un laudo arbitral firme que tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, lo cual, según interpreta, se deriva de los arts. 35, inciso final, 63 y 73 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Lo que pasa es que la sociedad Drillmasters no entiende que lo que se dictó fue una medida cautelar innovativa este se entiende como: "Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho que existente antes de la petición de su dictado, o se disponga la generación de una nueva situación distinta a cualquier a cualquier otra preexistente; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor". PEYRANO, W, Jorge, *Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes*, en Medida Innovativa, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, Pág.45-46. Bajo esta figura si era posible hacer lo hizo la SCA.

Como se puede observar (y vale la pena reiterar) en este caso ya se había otorgado el contrato respectivo en la licitación, pero la *cláusula salutaris* tiene en el *leading case* referente a los procesos de lesividad su aplicación mas notable, pues la medida cautelar otorgada se inclina por revertir los efectos de la contratación (nótese la aplicación anómala de la suspensión del acto con efectos retroactivos), y otorgar la suspensión de la actividad contractual. Podría pensarse, al margen de la razón o no, de la SCA, que esa era la tutela urgente adecuada para el caso, pues de lo contrario la efectividad de la sentencia se vería comprometida pues probablemente las obras para la que contratada fue DRILLMASTERS, S. A. de C.V se habrían concluido¹⁷¹.

El Auto no contiene más motivación de la que se transcribió “*ut supra*”, por lo que solo resta especular sobre la “*ratio discendi*” de tal suspensión. Efectivamente, al parecer el criterio único que puede ser supuesto, es el del interés público; pues siendo incluso este el único procedimiento donde la administración pública adopta la posición de demandante en base precisamente al interés público, es lógico suponer que le motiva a ello fuertes argumentos de salvaguarda de interés general, habida cuenta el fin público de creación de la ANDA es “*proveer y ayudar a proveer a los habitantes de la República de “Acueductos” y “Alcantarillados”, mediante la planificación, financiación, ejecución, operación, mantenimiento, administración, y explotación de las obras necesarias o convenientes.*” Art. 2 de la Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (en adelante LANAA).

En esa línea, fue un contra sentido paralizar la actividad de la administración pública (esto es en la concepción de la jurisprudencia dominante de la propia SCA) y hacer lugar a la tutela cautelar de la

¹⁷¹ Argumento verdaderamente contrario al interés público y más bien constitutivo del delito establecido en el artículo 321 del Código Penal del 20 de abril de 1998.

suspensión del contrato de obras públicas, pues siendo que la empresa DRILLMASTERS, S. A. de C.V, realizaba la perforación de pozos para la extracción de agua potable, *actuaba en colaboración con la administración pública para lograr el cumplimiento de los fines de aquella*, la cual era construir las obras necesarias para el proveimiento de agua potable, (Art. 2 inciso segundo de la LANAA) lo cual en todo caso iba en beneficio de los consumidores del vital líquido que con la paralización de las obras, si vieron afectado el mejoramiento del servicio público de agua potable que era lo que en caso *sub judice* estaba obligada la SCA a velar a través de una correcta ponderación de los intereses en juego, pues aquí el interés público (cuyo contenido estaba el derecho de protección de los consumidores) operaba en la lógica inversa como después la SCA tuvo la oportunidad de confirmar este aserto¹⁷². La doctrina es conteste en este planteamiento. Así el doctor **P**ADRÓS (*quien por cierto cita a Baño León en este apartado*) expresa lo siguiente: *“Como regla general, la suspensión de los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato de la administración pública resultan dificultosa, cuando no directamente imposible, pues el interés público comprometido en la ejecución normal de los contratos prevalecerá sobre el interés privado el contratista particular”*¹⁷³.

Aquí el autor argentino se sitúa en la posición de la parte que no ha salido beneficiada con la adjudicación de una licitación y que promueve una

¹⁷² Se trataba del pedido de la suspensión de acto reclamado el cual consistía en la suspensión de la construcción de la ampliación de un parque de golf sobre una reserva ecológica, en el caso, los demandantes solicitaron y obtuvieron con éxito la suspensión de la ampliación del campo de recreo, caso en el cuál la SCA no dudo en afirmar que aquí los intereses públicos estaban encarnados en los demandantes, así la SCA dijo: “El tercer requisito hace referencia a que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. Respecto de ello, en el caso que se analiza, la lógica opera en sentido adverso, en la medida que resulta clara la existencia de un interés por la protección, conservación, y mejoramiento del ambiente, como un interés difuso en la sociedad salvadoreña, representado en asociaciones como las peticionarias, en caso de no suspenderse la ejecución del permiso ambiental impugnado, se produciría una afectación irreversible a los componentes ambientales que mencionan dichos entes en la demanda. De manera que ningún momento opera el supuesto de que la materialización de la medida cautelar produce afectación a un interés social. En definitiva, procede adoptar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, pues dicha solicitud ha cumplido con los tres presupuestos antes analizados. Auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete. **Ref. 301-2006.**

¹⁷³ PADROS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob.Cit. Pág. 297.

impugnación ya sea administrativa o un proceso administrativo. Como se nota su criterio es severo en este aspecto¹⁷⁴, y lo que prima es la ejecución de la obra por sobre el interés de la parte actora que podrá conformarse con una indemnización; a su decir. Pero ¿que pasa cuando quien solicita la medida cautelar es la administración pública?, como el caso del proceso de lesividad en contra de DRILLMASTERS que analizamos, **PADRÓS** nos responde de la siguiente manera: *“En cambio, cuando la tutela cautelar es promovido por el Estado para la protección de los intereses públicos, la misma resulta procedente si las circunstancias del caso revelan una situación de urgencia ilegal de afectación a la continuidad de una obra pública, cuya concepción compromete el interés general, y la pretensión aparece dotada de “suficiente fundabilidad””*¹⁷⁵.

Nuevamente se tiene que decir que aquí los casos a los que se refiere el autor son a las posibles causas de afectación de la consecución del fin público *por medio continuidad de la obra y no la suspensión*, como fue el caso que analizamos; como por ejemplo el caso de rescate contemplado en el artículo 98 de la LACAP¹⁷⁶. Expresa este artículo: *“Por el rescate, la institución fundamentada en razones de interés público pone fin al contrato antes del vencimiento del plazo pactado y asume la administración directa en la ejecución del servicio correspondiente; esta forma de extinción opera únicamente en los contratos de concesión de obra pública o de servicio público.”*

El caso mas recurrente es el de los atrasos en las construcciones de carreteras; *pero lo que nos dice la doctrina es que la medida cautelar ha adoptar no debe afectar la continuidad de la ejecución de la obra pública, no que proceda paralizarla*. Ahora bien al margen de esta ultima

¹⁷⁴ El mismo Padrós se adscribe en una posición defensora del interés público como causa del mantenimiento de la ejecutividad del acto administrativo. Cfr. *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 219.

¹⁷⁵ Ibidem. Pág. 298.

¹⁷⁶ Sin perjuicio desde luego de las causas del artículo 93 de la LACAP.

consideración, que puede ser recibida o no, esta el hecho de la falta de congruencia de la tutela cautelar empleada y la propia jurisprudencia de la SCA en casos similares, pero no procesos de lesividad, donde se ha negado a revocar o suspender el contrato de adjudicación en las licitaciones que regula la LACAP y que son impugnadas precisamente por las irregularidades en el procedimiento licitatorio.

Son muchos los autoprecedentes jurisprudenciales que permiten desmentir dos hechos que en el paradigmático caso de lesividad de DRILLMASTERS, S. A. de C.V. se manifiestan con una intensidad notable. Primero, no es cierto que la actividad de control de la tutela cautelar no posea límites cuando se presenta como comprometido el “interés público”, estos vienen determinados por la naturaleza jurídica de los medios cautelares ocupados en los casos en concreto, para el caso que nos ocupa es óbice procesal para la adopción de la suspensión de los efectos de la ejecución de contrato, precisamente el presupuesto procesal de no afectación al interés general o público, y ha quedado demostrado que el interés público no estaba de parte de la ANDA, lo que paso en verdad es que la ANDA obtuvo fue una tutela anticipada en la que si es valido el empleo de otros presupuestos procesales cuyo fin es la indemnibilidad del bien jurídico protegido o por lo menos su no continuada lesión; otro límite de la tutela cautelar son sus autoprecedentes¹⁷⁷ que dan cuenta reiterada, en la misma materia de contrataciones, que no fue posible sostener la tutela cautelar decretada (que no se firmara el contrato respectivo) cuando si era menester mantenerla. Por ejemplo. En el proceso bajo referencia 80-E-2002 se dicto sentencia en la cual se expuso el iter procesal en el cual se dijo:

La autoridad demandada solicitó la revocatoria de la medida cautelar decretada por haberse consumado los efectos del acto de adjudicación al suscribirse contrato entre

¹⁷⁷ La SC ha reconocido la vigencia de este principio hermenéutico. Sentencia de fecha doce de marzo de dos mil tres. Ref. 245-2002.

el ISSS y ANALÍTICA SALVADOREÑA, S.A. de C.V., del cual anexaron copia, ante lo cual mediante auto de las ocho horas y treinta y tres minutos del día veintisiete de febrero del corriente año, se revocó la suspensión provisional (folio 59)¹⁷⁸.

Estos casos son recurrentes en la jurisprudencia de la SCA; basta de muestra los casos en que como el anterior se procedió a revocar la medida cautelar en base a la consumación de la firma del contrato respectivo, donde la racionalidad para revocarla esta fundada en la continuidad de la ejecución del contrato¹⁷⁹.

De todos estos precedentes el único utilizó la regla de la proporcionalidad (que no se debe olvidar esta imbibita en la ponderación) es el plasmado en la sentencia de fecha catorce de julio de dos mil tres, Ref. 202-C-2001, en la cual la parte demandante, comercial Suiza S.A de C.V, demando la suspensión de la firma del contrato de la Licitación Pública referente a la adquisición de "Reactivos y Materiales para Laboratorio Clínico y Anatomía Patológica" entre la parte demandada, el Hospital Nacional Zacamil y la también sociedad anónima Diagnostika Capris, S.A de C.V. beneficiada de la adjudicación de la licitación de suministros de los reactivos correspondientes; en el litigio la parte demanda invoco el interés social que se perjudicaría por no celebrarse el contrato respectivo, pues se corría el peligro de no contarse en bodegas con los necesarios reactivos para el funcionamiento de los distintos análisis que se realizan en el nosocomio.

La SCA ante la petición de revocación de la medida cautelar otorgada corrió traslado a la parte actora la cual expuso que el interés social no se

¹⁷⁸ Sentencia de fecha veinticinco de mayo del año dos mil cuatro. Ref. 80-E-2002

¹⁷⁹ Sentencias de la SCA de fechas veinticinco de abril de dos mil cinco. Ref. 23-J-2003; veintiocho de enero de dos mil cinco. Ref. 203-R-2002, tercero beneficiado SIEMENS, SOCIEDAD ANÓNIMA; veinte de noviembre del año dos mil dos. Ref. 203-R-2002 tercero beneficiado SIEMENS, S.A; catorce de julio de dos mil tres. Ref. 202-C-2001, tercero beneficiado Sociedad Diagnostika Capris, S.A de C.V; veintiocho de mayo del año dos mil dos. Ref.186-M-2000 tercero beneficiado la Sociedad Diagnostika Capris, S.A de C.V; diecinueve de noviembre de dos mil cuatro. Ref. 126-G-02 tercero beneficiado Sociedad Diagnostika Capris, S.A. de C.V.; tercer beneficiado veinticinco de mayo del año dos mil cuatro. Ref 82-E-2002, tercero beneficiado SIEMENS, S.A.; diecinueve de mayo de dos mil cuatro. Ref. 65-0-2004, tercero beneficiado "OEK de Centroamérica, Sociedad Anónima de Capital Variable

vería comprometido pues existían otras formas de adquirir los preciados reactivos sin que ello implicará la firma del contrato de suministros de la licitación que previamente se había realizado, la SCA ante esto estableció una “*ratio discendi*” capital para los juicios de ponderación relativos a la actividad contractual de la administración pública; en el Auto de las ocho horas y cuarenta minutos del día veintidós de enero del año dos mil dos dijo lo siguiente:

“...Sin embargo, en el caso en análisis ha de tenerse en cuenta que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública prevé otras formas de contratación, que podrían aplicarse mientras dura la suspensión decretada en este proceso. La existencia de vías alternas para adquirir los insumos y reactivos requeridos, representa un argumento determinante a tener en cuenta en el proceso para valorar si ha de mantenerse la medida cautelar decretada. Así, al hacer tal valoración resulta que de revocarse la suspensión, nos encontraríamos de un lado ante la posibilidad de que se dicte una sentencia sin reales alcances; por otro lado, de mantenerse la suspensión no se afecta irremediablemente un interés social, ya que la Administración puede recurrir a otras vías para adquirir los insumos que necesita. Por tanto, con fundamento en lo expuesto esta Sala Resuelve: Declárase sin lugar la revocatoria solicitada por la Directora del Hospital Nacional Zacamil “Dr. Juan José Fernández”¹⁸⁰.

Sin lugar a dudas que este espectacular Auto despeja las dudas sobre los criterios que deben de adoptarse para la tutela cautelar y la anticipada pues hubo una ponderación del daño del bien jurídico tutelado en base a una proporcionalidad de la medida acordada y no se tomó de forma automática la prevalencia de la parte demandada que se escudaba en el interés social. *Es que simplemente el interés social no se vería afectado en esta actividad de servicio público esencial por que el mismo sistema jurídico otorga la posibilidad de dotarse del necesario suministro de reactivos el cual, desde luego, no puede ser la misma cantidad que el disputado en la adjudicación suspendida por el proceso administrativo, pues de lo contrario aquí habría un claro uso irracional de los recursos del Estado en el sentido que dotarse de la misma cantidad licitada posiblemente coincida con la existencia en bodegas*

¹⁸⁰ Auto de la SCA de fecha veintidós de enero del año dos mil dos. Ref. 202-C-2001

para cuando se realice la adquisición de los reactivos en su oportunidad, lo cual está vedado (artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica Administración Financiera del Estado¹⁸¹); por ello este fallo es ejemplar en hacer coincidir precisamente lo que es el contenido verdadero del interés público, la justicia (acceso a la justicia y tutela judicial efectiva) cuando se refiere a la parte actora, al decir de **MANUEL BALLBÉ** y **J. GONZÁLEZ PÉREZ** y la SC; en la exposición de motivos de la LJCA de España de 1956 y la sentencia veintiséis de junio de dos mil tres. Ref. Amp. 242-2001, considerando V; respectivamente.

Una última consideración con respecto al caso de DRILLMASTERS, S. A. de C.V; la SCA se aparta de la doctrina de **BAÑO LEÓN** la cual hizo suya en el Auto de fecha diecinueve de agosto de dos mil cinco. Ref. 90-T-2004, recordemos lo que expresa este autor sobre el juicio ponderativo: *“Puede incluso darse el caso de que aunque concurriendo ambos criterios, 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”*. ¿Porqué entonces siendo ilegal¹⁸² el procedimiento licitatorio por medio del cual se benefició DRILLMASTERS, S. A. de C.V, no se mantuvo esa posición que ya antes la misma SCA ha admitido como posible a través de la autoridad de **BAÑO LEÓN**¹⁸³?, esta pregunta se responde de una forma simple: por que no ha sido tutela cautelar la otorgada en esos procesos. Antes de concluir con esta sumaria reseña jurisprudencial no se puede dejar de aludir a uno de los más revolucionarios

¹⁸¹ Artículo 55.- De la Adquisición de Bienes y Servicios. Las Instituciones del Sector Público no Financiero, para efectos de la adquisición de bienes, servicios y equipo, deberán sujetarse a las respectivas disposiciones que para tal efecto establezcan las normas legales vigentes. cumpliendo además con los principios de racionalidad, austeridad y transparencia en el uso de los recursos financieros.

¹⁸² Se aclara que lo afirmado aquí no pretende ser una apología al delito.

¹⁸³ Esto no pretende ser ninguna apología del delito, sino una ubicación contextual

Autos de la SCA en la cual también se alude al interés público como presupuesto de la tutela cautelar.

Efectivamente, el Auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete ratifica precisamente al interés público como presupuesto para la adopción de la tutela cautelar en el contencioso administrativo salvadoreño, pero en él se contiene algo novedoso en relación al Auto de fecha ocho de enero de dos mil siete. Ref. 223-2006, es decir, un poco más de un mes. Si bien en el de fecha nueve de febrero de dos mil siete se dice que los elementos probatorios de la perturbación al interés público o social le incumbe a la administración; el fallo deja claro que cuando ese interés es representado por instituciones privadas, estas deben acreditar esa afectación al interés público para volver procedente la suspensión del acto impugnado. Al tenor del artículo 18 de la LJCA.

Pero además, y esto es lo más importante, deja al descubierto que la SCA reinterpreto (lamentablemente sin decirlo) el artículo 16 de la LJCA pues aunque expresamente dice el Auto que se da el presupuesto de los efectos positivos por la actividad impugnada ello no es así en realidad, por lo menos en la original formulación. El Auto citado expresa:

Es evidente que el acto administrativo impugnado produce efectos positivos, tal y como lo ha manifestado este Tribunal en los párrafos precedentes, pues ha creado una situación que hasta la fecha de otorgamiento del permiso referido, era inexistente. Sin embargo, tal como se mencionó anteriormente, la suspensión no procede automáticamente por el simple hecho de que el acto administrativo produce efectos positivos; es necesario que la petición cumpla con los otros dos requisitos ya señalados¹⁸⁴.

Contra esta afirmación se erige la naturaleza de los derechos difusos en el tema de la legitimación activa. En efecto, tomando como ejemplo el artículo 43 de la Constitución Argentina reformada en 1994, se logra establecer que son tres los sujetos legitimados para intervenir en la defensa

¹⁸⁴ Auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete. Ref. 301-2006.

de este derecho de tercera generación, a saber: el directamente afectado, las asociaciones que representan a estos y el defensor del pueblo. Entonces solo en el caso que el actor sea el directamente afectado es posible hablar de una modificación positiva en su esfera, pues en los restantes casos, lo que existe es una ficción legal para procurar el derecho de acceso a la justicia; y en el caso que se comenta el proceso contencioso administrativo fue instado por una asociación. Es que la titularidad de estos pertenece a la colectividad, (*supra* individualidad) y en contraposición a los derechos subjetivos en los que sus titulares son determinados y los derechos colectivos, cuyos titulares son determinables, no permite atribuir una afectación positiva del demandante (una asociación ambientalista) al tenor del artículo 16 de la LJCA, pues una cosa es que se cree una ficción procesal para posibilitar la tutela de los intereses difusos y otra es que se impute un efecto positivo en las esferas jurídicas de las instituciones privadas que coadyuvan con la administración pública en la promoción y defensa del medio ambiente, pero no una modificación del patrimonio de la asociación para el caso.

*Por tanto, en realidad la tutela de los nuevos derechos no patrimoniales, ambiental para el caso, es la causa que motivó a la SCA ha ampliar la legitimidad para accionar en el contencioso administrativo salvadoreño, el cual por conexidad amplio por definición la tutela cautelar a la sola concurrencia de la fuerte probabilidad de la razón del actor, aunque bajo el ropaje de efectos positivos; en realidad éste fallo representa un ejemplo de la tutela preventiva a través de la tutela anticipada*¹⁸⁵. Pero la técnica anticipatoria no solamente se puede utilizar en

¹⁸⁵ Es interesante notar que el interés público o social puede estar determinado de antemano por el derecho, es lo que apreció el Tribunal Supremo Español por medio del auto de 16-10-1990, Sala 3ª, Sección 5ª ("Y al respecto debe recordarse que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse en casos análogos, y lo ha hecho interpretando el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956\1890 y NDL 18435), desde la perspectiva del artículo 45 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), el cual impone a los poderes públicos el deber de velar por el efectivo ejercicio por todos del derecho

este tipo de derechos; pues la efectividad de la jurisdicción reclama su utilización aún en los derechos con contenido típicamente patrimonial; la legislación salvadoreña ya reconoce esta posibilidad.

3.4.3.2 El verdadero contenido del juicio ponderativo en el Derecho Público

La doctrina manifiesta que la tutela cautelar es un juicio ponderativo por definición,¹⁸⁶ lo que no especifica, y pocos aclaran, es el núcleo de este concepto y los parámetros que debe emplearse en esa ponderación. La doctrina, legislación y jurisprudencia dominante establecen esa ponderación 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 discendi*” para no otorgar o revocar la suspensión del acto impugnado. (Vid número 3.4.3.1) Entonces vale la pena transcribir a continuación la posición del doctor **GARCÍA de ENTERRIA**: “*el único conflicto en que puede incurrir el ejercicio de derecho fundamental es su confrontación con otro derecho*

a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. En consecuencia, y puesto que este Tribunal es uno de esos poderes públicos de que habla la Constitución tiene el deber -como lo tiene también el Ayuntamiento- de preservar el ejercicio de aquel derecho, el cual queda menoscabado en los casos en que por no cumplirse las normas sobre reducción del número de decibelios se produce un efecto de contaminación acústica. Porque entre las distintas causas de contaminación del ambiente ocupa un lugar importante en la llamada sociedad industrial el ruido, el cual perjudica la salud impidiendo, además, el descanso de los vecinos. No es exagerado, por tanto, decir, como lo hacía ya el auto de 11 de mayo de 1989 (RJ 1989\3867), que las normas con las que se trata de luchar contra el ruido constituyen un subsistema del sistema jurídico medioambiental. El interés público de esta lucha debe prevalecer, por lo que la suspensión solicitada debe declararse improcedente”.

¹⁸⁶ CHINCHILLA Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ob. Cit. Pág. 177-178. citada por Ramiro Simón Padrós, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 214 nota 855.

fundamental”,¹⁸⁷ lo cual dice, es frecuente que se presente; pues la administración pública ciertamente puede proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como por ejemplo el derecho fundamental de la protección de los consumidores a no sufrir prácticas de comercio abusivas; o la libre competencia¹⁸⁸. Por tanto ese criterio de ponderación es fácilmente utilizable también en la tutela anticipada, pues también esta técnica propende a la efectividad de la tutela jurisdiccional. Ponderación que se deberá hacer en el “verdadero” significado, es decir, entre el derecho de los justiciables a una tutela preventiva que mire a la indemnibilidad del bien jurídico versus el derecho fundamental que representa la administración pública. *De criterio totalmente opuesto es la doctora Carmen Marín Chinchilla para quien la cláusula del interés público es presupuesto ineludible de la tutela cautelar.*

Ambos doctrinantes, (García de Enterría y *Marín Chinchilla*) tienen posiciones teóricas diversas en cuanto a los presupuestos procesales de la tutela cautelar, uno defiende la ponderación sí, pero entre derechos fundamentales; la otra acude al interés general o interés público para justificar otorgar o no tal tutela. Mejor explicado: para el doctor de Enterría la justificación de la denegación de la tutela cautelar tiene que estar en la base un derecho fundamental que en concreto representa la administración pública, pero no basta esto; sino que además la administración pública esta

¹⁸⁷ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. En La batalla por las medidas cautelares, Ob. Cit. Pág. 351-352.*

¹⁸⁸ Artículo 10 inciso segundo de la Constitución de la República en relación con el artículo 4 letra “j” de la Ley de Protección al Consumidor de 2004. Es pertinente con mayor razón la cita que GARCÍA de ENTERRÍA hace del estudio de Rodríguez de Santiago: “En pruebas este trabajo, puedo leer la excelente monografía de J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes que intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2000. El concepto de “ponderación”, actualmente un tema de moda en el Derecho Público Alemán (Abwägung), se predica más bien de decisiones públicas (el legislador, la administración planificadora, la administración discrecional), sin perjuicio de su posible control por juez, pero este control lo es de legalidad, precisamente (pág. 1049, Cfr. Pág. 163). El autor no toca la explícita alusión a la ponderación del artículo 130 LJ. Pero en todo caso si afirma, conforme a la doctrina del tribunal constitucional, que “el contenido de los derechos fundamentales, en principio, sólo puede limitarse el director de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con un reconocimiento constitucional”(Pág. 60)

con la carga de demostrar en que medida la tutela cautelar otorgada repercute en la afectación de ese derecho fundamental; como por ejemplo la protección de los consumidores a no sufrir prácticas de comercio abusivas a través de una actividad comercial determinada. O también si la administración pública, representa unos derechos de naturaleza difusa y sanciona una conducta que atenta contra esos derechos, se encuentra con el *onus* de la prueba de demostrar en que forma ese derecho fundamental ha sido lesionado por la actividad del particular para poder articular con éxito o revocar, la tutela cautelar o la tutela anticipa; pero no sobre la base de un etéreo e injustificado interés público¹⁸⁹. El ejemplo no ha sido por azar; en el ítem 4.5.2.3 partiremos de estas dos posiciones para levantar el velo de la naturaleza jurídica de otro *leading case* de la SCA.

3.4.4 La doctrina del *fomus boni iuris*, ausente como presupuesto procesal de la tutela cautelar en el proceso administrativo salvadoreño

Contrario a lo que pueda pensarse, ya sea por darla por prepuesta o dada, es fácil advertir que en la jurisprudencia relacionada no guarda lugar alguno el “*fomus boni iuris*” para otorgar la tutela cautelar en el contencioso administrativo salvadoreño. Para el caso, uno de los más recientes Autos de la SCA hace una afirmación de la cual no cabe duda que la apariencia del buen derecho no tiene una venerable bienvenida en nuestro máximo Tribunal Administrativo.

Este Tribunal considera que la resolución sobre la suspensión requiere previamente el examen y valoración de los presupuestos que determina la ley, de modo que no

¹⁸⁹ La doctrina se encuentra dividida en torno a estos matices, García de Enterría abanderó la posición que creemos también es la correcta desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva; el autor discrepa expresamente de Marín Chinchilla en GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de ejecutividad. En la batalla por las medidas cautelares, ob. Cit. Pág. 243 nota 3.* adopta la posición de la doctora Marín Chinchilla Ramiro Simón Padrós. Cfr. *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 219.

constituye en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una *medida cautelar automática*. Cabe añadir que tales presupuestos deben concurrir no sólo al momento en que debe ser resuelta la suspensión, sino también durante el tiempo que ésta deba mantenerse vigente.

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son tres los presupuestos que deben valorarse en cada caso concreto para resolver si procede o no la suspensión: a) que sea un acto 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 de los terceros) o pudiera ocasionar un peligro al orden público.¹⁹⁰ (Negritas fuera del texto)

En realidad esto tiene que ver con el modelo de justicia del cual es tributaria la LJCA de 1978. Sabido es que el modelo español a través de la abrogada ley de 1956 establecía aparentemente en el artículo 122.2 como único criterio para la suspensión del acto en el contencioso español la irreparabilidad del perjuicio causado, pero ante esta interpretación el doctor **GARCÍA de ENTERRIA** manifiesta que sería un dislate entender esto así, pues se debe atender a las posibilidades de éxito del proceso¹⁹¹.

Pero en razón de lo que se expresó en el punto 2.5 de la presente investigación no es posible que no se utilice por los tribunales administrativos el criterio del *fomus boni iuris* para dictar la tutela cautelar y mucho menos los justiciables y sus procuradores no invocarlo en el momento de la petición de la tutela preventiva del mérito. Es más, la falta de referencia en la motivación de una resolución judicial de la acreditación o no, del *fomus boni iuris* cae en el defecto de una motivación diminuta o al caso inexistente que violenta la seguridad jurídica del demandante o demandado que no tiene como controlar la racionalidad de la decisión del otorgamiento de la tutela cautelar, vale decir, que este aspecto es uno de los más controvertidos en la doctrina comparada sobre la tutela anticipada, la cual finca la legitimidad de la misma

¹⁹⁰ Auto de fecha ocho de enero de dos mil siete. Ref. 223-2006. En igual sentido los autos de fecha veintisiete de julio de dos mil cinco. Ref. 112-2005; ocho de julio de dos mil cinco. Ref. 361-2004.

¹⁹¹ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fomus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) su trascendencia general*. En *La batalla por las medidas cautelares... Ob. Cit. Pág.204*.

precisamente en la exteorización de los motivos que llevaron al juez al convencimiento de la existencia de los presupuestos de esta técnica¹⁹².

3.4.5 El *periculum in damni*, presupuesto no nombrado, pero imbibito

Con este apartado se quiere llamar la atención de la existencia en la jurisprudencia de la SCA de un presupuesto cuyo “*nomen iuris*” no es endosado. 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.

Con esta distinción, se busca hallar un plus valor para la expedición de una tutela anticipada, 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*¹⁹³. La SCA distingue nítidamente este presupuesto procesal y lo diferencia incluso del peligro de la demora por la sentencia, único presupuesto este último que de forma expresa regula su ley procesal.

¹⁹² Así Marinoni: “Sin embargo, sería absurdo imaginar que no hay como controlar la racionalidad de sus decisiones, esto es, de sus opciones. Como ningún poder puede estar sin ser controlado, y el control del poder de ejecución del juez es imprescindible para la propia legitimidad del poder judicial y para la noción de la participación adecuada de las partes en el proceso, es evidente que tal control – mediante la quiebra del principio de tipicidad y de la regla de congruencia – ahora debe ser hecho de otra forma, mucho más compleja y sofisticada.

Como la concentración de los poderes de ejecución del juez exige una cláusula abierta en el caso concreto, trátase de exigir una relación entre el uso del poder y las particularidades de la situación conflictiva. Ese control solamente puede ser hecho mediante la regla hermenéutica presuponga que hay una cláusula general legal que debe ser concretizada por el juez en base a las circunstancias del caso concreto. Por eso, tal regla hermenéutica, de la misma forma que la cláusula general ejecutiva, jamás podrá ser definida en abstracto y previamente, porque siempre dependerá de la hipótesis a ser juzgada.

Ora, si la regla hermenéutica sirve para controlar la concretización de una cláusula general, es poco más que evidente que ella también solamente a quienes significado cuando toma en consideración las peculiaridades del caso, o sea, la concretización de la cláusula general ejecutiva”. MARINONI, Luiz, Guilherme, *El control del poder ejecutivo del juez*, en www.professormarinoni.com.br. Pág.14. Traducción libre.

¹⁹³ El doctor Peyrano realiza la existencia de este presupuesto procesal que se le endosa a la medida innovativa con corazos de anticipo, 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 trámite 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 incontinenti al o 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, pag. 33

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 proceso.¹⁹⁴(negritas fuera del texto)

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, pues las es de la naturaleza del concepto del “*periculum in damni*”, lo ahí definido.

3.5 Efecto del reconocimiento del verdadero alcance de los presupuestos procesales de la tutela cautelar y la tutela anticipada

Todo lo descrito en este capítulo ha tenido la intención de llamar la atención sobre la regulación inaplicable de los presupuestos procesales para la adopción de una verdadera tutela cautelar y aún mas, de una tutela anticipada en la jurisdicción contenciosa administrativa. Desde el hecho de la insuficiencia técnica del presupuesto del efecto positivo de la actuación impugnada, pasando por el peligro en la demora por la sentencia, hasta llegar a la no perturbación del interés social o el orden público. Sin embargo la necesidad de otorgar un verdadero derecho de acceso a la jurisdicción, ha

¹⁹⁴ Auto de la SCA de fecha nueve de febrero de dos mil siete. Ref. 301-2006.

llevado a la SCA a reinterpretar esos presupuestos, aunque lamentablemente no utilizando el nombre científico correcto.

Al no hacer esto último se cae en una contradicción “*in terminis*”, pues en el despliegue de la suspensión de acto, se ha hecho sobre la base de actividades administrativas que al margen de la ilegalidad, necesitan una correcta justificación o motivación de las decisiones judiciales por medio de los cuales se decreto la nominada medida cautelar de la suspensión de acto, esto con el fin de controlar el poder ejecutivo del juez, pues este fenómeno es uno de los que se presenta en los casos de la tutela anticipada al concentrar el poder ejecutivo del juez con el de conocimiento. Pero resultaría odioso creer que no puede encontrarse en las misma “*ratio discendi*” realizada por la SCA igual sustento para la tutela anticipada, esto no solamente asistiendo del aforismo que “donde cabe la misma razón debe existir la misma disposición de derecho” sino sobre todo que como bien lo dice **TESSAURO** “*estas –las medidas cautelares– se instauran como instrumento fundamental e inexcusable de cualquier sistema jurisdiccional*”¹⁹⁵ y que además *el poder de los jueces de dictar una medida cautelar no es una competencia distinta a la juzgar*. Ante el anterior planteamiento doctrinal resulta presupuesto buscar en la jurisprudencia de los distintos tribunales de nuestro país, con énfasis en la jurisprudencia constitucional y la administrativa *precedentes* que junto a la doctrina expuesta este capítulo coadyuven a comprobar la hipótesis según la cual ya la SCA ocupa la técnica de la tutela cautelar en su actual reformulación (cuantas medidas cautelares fueran necesarias) y la tutela anticipada y así vislumbrar el momento de una eventual recepción de dicha doctrina de una forma plena y expresa, tanto por la jurisprudencia con el verdadero nombre científico, como por el legislador.

¹⁹⁵ TESSAURO, Giuseppe, *Conclusiones generales en la sentencia Factotame I*, §19.

Tal y como debe ser desde el modelo de Estado que pregona nuestra Constitución¹⁹⁶.

¹⁹⁶ *Vid.* Capítulo 1.

CAPITULO 4

4.1 LA VIABILIDAD DE LA TUTELA URGENTE ANTICIPADA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

“El extraordinario alargamiento de la duración de los procesos acentuó más la indefensión de los ciudadanos, pues era ilusorio esperar que los administradores no abusasen con normalidad de la extraordinaria posición de ventaja que esa estructura rígida de la justicia administrativa les proporcionaba para imponer criterios no objetivos o para forzar a los ciudadanos a aceptar arreglos inequitativos, sino ilegales (...) o mas simplemente aún para no resolver los expedientes cuando la resolución legal que se impone va contra la voluntad arbitraria del administrador, que no se atreve siquiera a expresarla en un acto formal.”

Eduardo García de Enterría

Se ha dicho que el modelo actual de justicia administrativa en el sistema salvadoreño se encuentra agotado por las razones apuntadas en el apartado 1.6.1, pero esta situación no es exclusiva de nuestro sistema jurídico;¹⁹⁷ la doctrina procesal señala con reiteración el porqué hoy la justicia en los países iberoamericanos (e incluso en Europa occidental) se encuentra desprestigiada se debe en gran parte a la gran dosis de *ritualismo*, y sobre todo por la falta de adecuación entre las formas procesales y el contenido de los derechos que el Estado tutela. Estas situaciones hacen que el proceso civil, (“*latu sensu*”) en su estructura actual se encuentre colapsado como mecanismo para dirimir los litigios ante el órgano jurisdiccional. Llama la atención una publicación reciente por un rotativo nacional sobre el estado actual de la jurisdicción civil (“*stricto sensu*”); en la referida nota se hace mención que de los cinco juzgados con competencia en materia mercantil en la capital de la República y los veintiséis juzgados y cinco Cámaras, con competencia en lo civil y mercantil, a nivel nacional, tienen una carga laboral de 4,516 casos en promedio. Se alude que tomando en cuenta el promedio de entradas de demandas y las resoluciones diarias se necesitarán 88 años para poner al día cada uno de los casos. Con razón el título de la nota es:

¹⁹⁷ En Alemania la duración de los procesos administrativos es de cuatro años. Cfr. Ramiro Simón Padrós, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Ob. Cit. Pág. 18 nota 10; así mismo el doctor García de Enterría para el caso de España, establece que no es raro que los procesos duren hasta siete a ocho años. Cfr. GARCIA de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*. Ob. Cit. Pág. 14.

“*juzgados mercantiles y civiles han colapsado*”¹⁹⁸ lo cual sin duda se puede predicar de la justicia administrativa salvadoreña, que finca toda la solución del litigio hasta la sentencia definitiva en el proceso de conocimiento pleno o juicio ordinario. Se propone, en la nota periodística, para aliviar esta mora judicial, que violenta la Constitución de la República, la pronta aprobación del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil en el cual los procedimientos y actos procesales principales se realicen en base al *principio de oralidad*, siguiendo con esto el modelo implementado en la justicia penal con el Código Procesal Penal del 20 de abril de 1998. Sin lugar a dudas la decisión de política legislativa de implementar un nuevo código para resolver los litigios civiles y mercantiles sobre la base de la oralidad será una valiosa arma procesal, por medio de la cual se hará que la justicia descienda hacia los particulares que ven en el actual estado de cosas un sistema de injusticia, con lo cual se confirma la percepción que se tienen de la justicia salvadoreña ¹⁹⁹.

Ello sin embargo, siendo honestos, no dará fiel cumplimiento a la Constitución de la República y solo será un paliativo para la actual mora judicial que con el tiempo mostrará su flanco débil, a saber: *el no reconocimiento de procedimientos sumarios que propendan a otorgar una tutela preventiva, según la índole del derecho sustancial debatido* (que en algunos serán de carácter no patrimonial o con función no patrimonial o conexos con estos)²⁰⁰ o la efectividad de la tutela jurisdiccional, en los casos

¹⁹⁸ La Prensa Grafica. 2/10/2007. Pág. 18.

¹⁹⁹ El estado de la justicia civil en el sistema salvadoreño regido en la actualidad por el Código de Procedimientos Civiles de 1888, es simplemente inconstitucional, en la medida que adscribe al proceso de conocimiento ordinario o juicio ordinario toda la tutela de los derechos, y no garantiza la implementación de otras formas procesales sumarias que garanticen la efectividad de derecho de acceso a la jurisdicción y la tutela preventiva. Para muestra un botón: en 1992 Maria Lidia del Carmen Márquez de 78 años edad tiene pendiente un litigio de nulidad de un instrumento público a la razón de una herencia recibida. Han pasado 15 años y el caso no se resuelve en todas las instancias. Este ejemplo independientemente de la razón o no de la justiciable pone en entre dicho el cumplimiento del artículo 182 atribución 7 de la Constitución de la república. La Prensa Grafica 2/10/2007. Pág. 18.

²⁰⁰ Como ejemplo de la importante función de una tutela preventiva el profesor marinoni cita el caso de la competencia desleal de la siguiente manera: “El ejemplo de la tutela contra al competencia desleal es importante para la demostración del impacto en la evolución de la sociedad y del derecho material sobre la disociación entre acto contrario a derecho y daño. Frente a la exposición de propaganda que configura competencia desleal, es mucho más importante al empresario obtener la retirada de

que se requiera una urgente intervención del “*iudex*”, ya sea innovando una situación de hecho o derecho preexistente o no, o anticipando los efectos ejecutorios de la sentencia de merito. Ello es desatendido por los redactores del proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, por cuanto el mismo no estatuye, y por el contrario prohíbe, estas técnicas procesales que son uso corriente en otras latitudes. Así, por ejemplo en el ámbito de la prevención, el proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil se limita a la técnica de la tutela cautelar, y expresamente establece la prohibición de estas para que el demandante no (sic): “*obtenga (...) lo mismo o mas de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia que se dictare*”²⁰¹.

Resulta sorprendente como los responsables del proyecto si reconocen instituciones tales como el *proceso monitorio*²⁰² regulado a partir del artículo 493 y 502 él cual en su estructura invierte la regla del *principio contradictorio* (recordemos que la medida autosatisfactiva argentina se tramita precisamente con la estructura del procedimiento monitorio) dando residencia y preponderancia al *principio de economía procesal*; las medidas cautelares genéricas (art. 334) e incluso la *medida de no innovar* propia del

circulación de la propaganda que el ser indemnizado por el daño ocasionado. Eso es, por que la preservación de una marca, de un invento, o el mismo prestigio una empresa, es fundamental para su supervivencia en el mercado. Poco le serviría al empresario obtener una indemnización después que su empresa haya tenido que cerrar las puertas”. MARINONI, Luiz Guilherme, *El proceso civil clásico y la noción del derecho a la tutela adecuada al derecho material y la realidad social*. Pág. 20. www.professormarinoni.com.br. Traducción libre.

²⁰¹ El texto del proyecto es el siguiente:

Reglas de aplicación de las medidas cautelares

442.- Las medidas cautelares deberán ser efectivas y exclusivamente conducentes a su fin y resultar las menos gravosas o perjudiciales para el demandado, sin que obtenga el demandante lo mismo o mas de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia que se dictare

El juez deberá controlar que la aplicación de las medidas cautelares se ajusta a lo prevenido en inciso anterior, construyendo en caso contrario la solicitud a dichas reglas.

²⁰² El doctor Peyrano adscribe precisamente a este tipo de instituciones procesales la función de otorgar eficacia en el proceso, el cual se pone de resalto que si bien *todo lo cautelar es urgente no todo lo urgente es cautelar*; haciendo una descripción del proceso monitorio nos dice: “el proceso monitorio o de inyucción tiene orígenes históricos. Además, resulta ser moneda corriente en muchos lugares y desde largo tiempo atrás (Vgr. Italia, Alemania, Austria, etc.). Sin embargo, y pese a sus bondades, se lo desconoce, y algunos lo rechazan. Se trata de un proceso en el cual la estructura contradictoria norma (el juez escucha a ambas partes y después decide) se invierte, pues oído el actor, el dicta—sin solución de continuidad—, sentencia acogiendo su demanda y solo después oye al demandado, abriéndose entonces (y no antes) el contradictorio, para luego mantener o revocar la resolución primigenia”. PEYRANO, W. Jorge. *Los nuevos ejes de la reforma...* Ob. Cit. Pág.21/23.

Derecho Procesal argentino (art. 441); pero prohíbe la anticipación de la tutela, sea por la función preventiva o la efectiva de la tutela jurisdiccional del Estado. Con el proyecto del código se habrá dado un importante avance, de más de sesenta y ocho años, desde la aprobación del Código de procedimientos Civiles de 1882, pero no se estará dando cobertura el modelo de la Constitución de 1983 ni a la moderna doctrina del Derecho Procesal. Por ello la tan pretendida modernidad del proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil no es tal, por lo menos en la tutela preventiva²⁰³.

Con todo respeto, se debe decir que siempre tener en cuenta que cuando se pretende legislar instituciones procesales que son eficaces en otros sistemas normativos, no solamente se debe trasportar solo la legislación, sino que todo el laboreo jurisprudencial y sobre todo doctrinal acaecido en la aplicación a los casos concretos. Al respecto no puede dejar de mencionarse que la doctrina argentina se encuentra dividida entorno a los efectos que tiene en el *orden procesal federal* la medida de no innovar

²⁰³ Es interesante la coincidencia de este planteamiento con el que hace el doctor García de Enterría que no se conocía cuando se hizo este apartado, pero que se transcribe para demostrar que este hecho es repudiado también por la mejor doctrina. Así el dice: "Parece claro que los procesalistas autores de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil siguen siendo tributarios de los viejos textos del Derecho Procesal clásico de origen germánico y que mantiene el tradicional desde que sus predecesores sostuvieron sobre el Derecho Procesal francés. Sin embargo, en materia de *référé* (que incluye tantas medidas cautelares accesorias de un proceso principal como autónomas o independientes-juicios rápidos y sumarios, cuya única función es desplazar de su situación de ventaja al poseedor incumplidor, a quien se deja siempre abierta la posibilidad de montar, a su iniciativa, un juicio declarativo, que en la práctica, como ocurre entre nosotros en los casos de los juicios ejecutivos o los interdictos, sólo muy excepcionalmente llegar a abrirse -, así como el montaje de un orden jurisdiccional propio para la regulación de *référé*, nada menos) la legislación y era difícil el francés la práctica procesal francesa es hoy ejemplar en el panorama europeo y los demás sistemas procesales se están también acercando rápidamente a él. El famoso juicio monitorio, que tanto parece exaltar a nuestros procesalistas (como pude comprobar en mis lejanos tiempos de estudiante, hace más de medio siglo ya), está perfectamente superado, según entiendo, en las técnicas de *référé provision*, que no está limitado por cuantía ninguna y cuya aplicación al contencioso administrativo fue decidida en Francia misma en 1988 (Decreto num.907, de 2 de septiembre), y que utiliza también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como hemos visto. Han comenzado a utilizarlo, por cierto, nuestros Tribunales contencioso-administrativos, en concreto la sala del tribunal superior de justicia de Aragón, según el comentario de Olga Herraiz en el núm. 142 de esta revista, diciembre de 1998, Págs., 141 y sigs. (¡Excelente auto, por cierto!). Sería lamentable que en virtud del principio de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), algún juez o Tribunal contencioso-administrativo pudiese entender que la negra cautela de provisión o pago anticipado que las deudas de cantidad contra la administración tuviese límite cuantitativo que para el proceso monitorio (aunque no esté configurado como proceso cautelar, según ya notamos) establece el artículo 812 LE C. Cfr. GARCIA de Enterría, Eduardo, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contenciosa administrativa de 1998. ¿tiene efectiva potestad de acordar tutela cautelar las salas de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia nacional? En La Batalla por las medidas cautelares. Ob. Cit. Pág. 362 nota 8.*

prevista en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la cual se le endosa un carácter retroactivo de forma extraordinaria o anómala. Es cierto que los redactores del proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil de nuestro país han cercenado el segundo supuesto de la procedencia de la medida de no innovar prevista en el Derecho Argentino, pretendiendo con ello no trasportar el supuesto extraordinario de la medida de no innovar con efectos retroactivos, pero con ello no hacen más que ratificar dos cosas: primero la adhesión al sistema cautelar de **CALAMANDREI** en cuanto que el contenido de la medida cautelar no puede coincidir parcial ni totalmente con el objeto de la pretensión (carácter instrumental); y segundo, la reducción a la técnica cautelar como la única a emplear para la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción.²⁰⁴

Sumado a lo primero, cuando se reitera la adhesión a la postura doctrinaria de la instrumentalidad y a la necesaria presencia de todos los presupuestos procesales de la tutela cautelar para despachar esta, no se otorgará la protección jurisdiccional adecuada, cercenando con ello la posibilidad de efectividad de la acción judicial en el marco de adecuación del derecho procesal al derecho sustancial debatido. Ahora bien *¿Cuál es la pertinencia de la anterior teoría para el proceso contencioso administrativo salvadoreño?* Considero que son dos: la primera, como resultado del dogma positivista de la plenitud del sistema normativo, se pregona el deber de colmar los vacíos legales, en ese sentido el artículo 53 de la LJCA remite al derecho procesal común lo no previsto en ella. Además si como lo pretende el artículo 20 del proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil él mismo pretende ser de aplicación supletoriamente en (sic):

²⁰⁴ Vale la pena recordar acá que la censura que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas dirigió al sistema cautelar en la jurisdicción administrativa. Específicamente el gobierno español en su defensa ni siquiera esgrimió el régimen supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pues obviamente corría el riesgo de una eventual revés también abarcara el sistema cautelar de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sistema este, que el anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño tuvo como modelo en este aspecto.

“*procesos distintos del civil y mercantil*” la tal pretendida supletoriedad del Código Procesal Civil y Mercantil definitivamente no será compatible con el tipo de pretensiones que se ventilan en la jurisdicción contenciosa administrativa e incluso en la misma justicia civil y mercantil.

Como pretenden explicar, por ejemplo, los redactores del anteproyecto las medidas (*¿cautelares? No, satisfactivas autónomas*) del 172 de la Ley de Propiedad Intelectual; y mas aún, como explicar que el artículo 174 de la misma ley, esta vez sí a título de tutela cautelar establece similares ordenes ejecutivas a las del artículo 172; la explicación es simple, este es un caso de *tutela Inhibitoria*²⁰⁵ en el derecho salvadoreño.

Si alguna duda quedara solo falta evidenciar de la simple lectura del artículo 169 cuando establece que el titular de un derecho de los reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual tiene la facultad de “...*actuar contra la persona que ejecute actos que, manifiesten evidentemente la inminencia de una infracción*”²⁰⁶. Por ello el anteproyecto no prevé técnicas procesales que garanticen al efectividad del derecho de defensa en juicio no solo del demandado y sino también del demandante,²⁰⁷ por tanto en caso de aprobarse como ley de la República tal y como se encuentra prevista la tutela de urgencia, limitada a la tutela cautelar, el proyecto Código Procesal Civil y

²⁰⁵ El profesor Marinoni nos describe las funciones de esta tutela así: “Cuando se piensa en tutela inhibitoria, imaginase una tutela que tiene por fin impedir la práctica, la continuación o repetición del ilícito, y no una tutela dirigida a la reparación del daño. Por tanto, el problema de la tutela inhibitoria es la prevención de la práctica, de la continuación o la repetición del ilícito, en cuanto la tutela resarcitoria es saber quien debe soportar el costo del daño, independientemente del hecho si el daño resarcible ha sido producido o no con culpa.” MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Inibitória (Individual e coletiva) 3ª ed. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, Pág. 3 (item 3.1) 2006.

²⁰⁶ Comparemos esta definición legal con la mejor definición legal de la tutela inhibitoria existente en el derecho italiano, en la ley sobre derechos de autor, la cual establece en el artículo 156 lo siguiente: “Quien tiene razon para temer la violación de un derecho de contenido económico de su pertenencia en virtud de esta ley, o el mismo desea impedir la continuación o la repetición de una violación ya ocurrida, puede acudir en juicio para pedir que su derecho sea declarado e inhibida su violación...” citado por MARINONI, Luiz Guilherme. Ibidem.

²⁰⁷ Demos recordar la concepción completa del derecho al debido proceso: “el Debido proceso es una preciosa garantía constitucional no solo de del demandado, sino también del actor, e involucra el derecho de este a obtener una oportuna y efectiva respuesta jurisdiccional. La garantía del debido proceso es polifacética y no siempre se materializa en la realidad de igual manera. Sus alcances y características no son las mismas cuando se trata de un proceso de conocimiento pleno, que cuando se hacen valer derechos líquidos o se alega una situación de extrema urgencia que reclama impostergradable polución”. Conclusiones del XX de Congreso Nacional de Derecho Procesal Argentino, San Martín de los Andes. Celebrado en octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Mercantil no será aplicable al proceso administrativo en aquellos litigios en donde se quiera hacer valer una respuesta de protección jurisdiccional distinta a la suspensión de los efectos ejecutorios del acto administrativo,²⁰⁸ pues en muchas ocasiones (especialmente en el ámbito del derecho administrativo sancionador la pretensión de la tutela urgente si coincide con la pretensión.

Si esto se manifiesta en la practica será necesario otorgar adecuadas respuestas jurisdiccionales tales como: la anticipación de los efectos de la sentencia o una acción de hacer o dar de la administración pública habrá que crear, por parte de los jueces y tribunales de la República con competencia en lo contencioso administrativo mecanismos pretorianos que pueden ser “*contra legen*”, pero siempre serán “*secundum constitutionem*” para dar cumplimiento al derecho de acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva. Debido a que: *¿para que será útil una sentencia que ponga fin al conflicto después de dos o tres años de haberse formulado el pedido ante el órgano judicial?* El fenómeno de morosidad del modelo de Tutela Judicial Ordinaria que hoy afecta al Estado, conculcan el derecho de acceso a la justicia, tanto en su aspecto interno como externo; esto queda en evidencia con el derecho vigente y el proyectado.

Desde esta óptica y en el terreno del Derecho Procesal Administrativo el sistema salvadoreño tiene graves y serios obstáculos en el derecho de acceso a la jurisdicción. En el capítulo 1, apartado 1.6.3, se expuso algunos de ellos; aquí 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,

²⁰⁸ De hecho la sola incorporación de la prohibición de innovar acarrea una distorsión en el sistema cautelares, pues no se lograría distinguir aquella de la suspensión de los efectos del acto, cosa que en Argentina es parcialmente resuelta por las respectivas leyes providenciales.

pues lo contrario lisa y llanamente es seguir violentando la Constitución que establece un modelo de control judicial, de carácter subjetivo y sobre todo efectivo²⁰⁹.

El doctor **MORELLO** se pregunta, como parte justificativa de la *Tutela Anticipada*, en el proceso civil, *¿Por qué el espejo del proceso debe centrarse en la sentencia de merito y únicamente en ella?*²¹⁰ a lo que desde la perspectiva del sistema administrativo salvadoreño se le puede complementar con la pregunta *¿Por qué el espejo de la protección jurisdiccional debe centrarse en la suspensión de acto y únicamente en ella?* La anterior interrogante pretende ser el punto de partida del presente capítulo, en la cual se llegará a la respuesta del autor citado: *la tutela debe presentarse de una manera continua y en el momento procesal oportuno*,²¹¹ y más antes, en el procedimiento administrativo, por la particularidad del Derecho Administrativo (*vid* capítulo 6); 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.

Por ello la doctrina y con posterioridad la actividad pretoriana de los diversos Tribunales y doctrina extranjera²¹² han desarrollado un *modelo de tutela jurisdiccional* fuera de la ortodoxia del conocimiento pleno, en cual no se elimina la tutela cautelar, pero se la emplea solo donde técnica y doctrinalmente es aplicable.

²⁰⁹ Nuevamente conviene recordar que la SC ha dicho que la tutela cautelar es parte del derecho a la tutela judicial efectiva en nuestro sistema jurídico. Así la SC dijo: "Desde la 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 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". SC, Sentencia definitiva de fecha cuatro de junio de dos mil dos. **Ref. 737-2002**. Amparo

²¹⁰ MORELLO, Augusto, M. *La Tutela Anticipada*. Ob. Cit. Pág. 9

²¹¹ Ibidem.

²¹² En nuestro sistema jurídico se ha presentado casos en los cuales se han pedido expresamente por parte de los justiciables este tipo de tutela y han sido denegadas por la SCA; y también se han presentado casos en los que no se han pedido y se han otorgado por nuestro máximo Tribunal administrativo, desde luego que utilizando una denominación imprecisa. Esta situación la analizaremos en el capítulo 4.7

Esta filosofía del proceso urgente ha sufrido la impregnación del sentido posmoderno de la protección jurisdiccional, fenómeno que como se dijo parte introductoria recibe la denominación genérica de *Tutela jurisdiccional diferenciada*, teniendo por finalidad dar cumplimiento el ideal de una pronta y cumplida justicia, poniendo el acento en la prevención del ilícito y de la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Así encontramos dentro de los procesos urgentes: el proceso de *habeas corpus*; el proceso de *habeas data*; el proceso de Amparo; las llamadas sentencias económicas; el proceso monitorio; las medidas autosatisfactivas, las medidas innovativas— también conocida como medida cautelar positiva,²¹³—y la tutela anticipada.

Todas esas formas procesales tienen el ideal común de prevención y la tutela eficiente del Estado. Desde luego, que no son objeto de análisis todas las categorías, sin perjuicio que se haga alusión a ellas, pues siendo todas especies del género *procesos urgentes*, guardan similitudes de fondo y de forma, v.r.g. los principios constitucionales que le dan su base o el contradictorio diferido que se emplea en algunos de ellos.

Ante esta nueva teoría se elabora toda una justificación conceptual; y así se dice, por ejemplo, que *si bien todo lo cautelar es urgente no todo lo urgente es cautelar*, al decir de PEYRANO²¹⁴. Pero la explicación de esta frase solo tendrá sentido cuando estemos dotados de un armamento conceptual pertinente que posibilite la delimitación teórica, para confrontar: *en primer lugar, que ya todos los “ordenes jurisdiccionales salvadoreños han aplicado este tipo de respuesta urgente a casos en que se ameritaba una intervención de igual urgencia por parte del pretorio, aunque como se pondrá en evidencia, los tribunales no han utilizado la denominación científica correcta, limitándome a impregnar, a esos proveimientos urgentes,*

²¹³ PEYRANO, W, Jorge, *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil, en Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 16.

²¹⁴ Formas procesales que según vimos en capítulo 2 dos ocupadas de distintas formas; no identificando tutela preventiva con tutela cautelar.

la envoltura legal que sus respectivas leyes procesales les permiten, con excepción, eso sí, de la jurisdicción de familia, *la cual sobre la base del poder cautelar genérico, ha despachado incluso medidas autosatisfactivas.*

Después de constatar este hecho, notaremos 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 pueda plantearse las medidas adecuadas para ejercer adecuadamente el derecho de defensa, se observará también cuales son las consecuencias de la recepción de la *Tutela Anticipada* en el sistema normativo salvadoreño. Para ello esbozaremos una *teoría general* en la que se incluya: la naturaleza jurídica, especies que la componen, los presupuestos procesales de su adopción, diferencia con las medidas cautelares entre otros aspectos sustanciales o colaterales de las mismas, *todo para poder identificar correctamente lo resuelto por los distintos órdenes jurisdiccionales de nuestro país no ha sido tutela cautelar.*

Lo que no permite observar, por medio de una lectura inocente cual son los verdaderos efectos jurídicos que esas resoluciones judiciales tienen en los procesos donde se han dictado, y las consecuencias de futuros procesos en donde se presente la misma necesidad de un proveimiento urgente, habida cuenta el reconocimiento del “*stare decisis*” en el sistema normativo salvadoreño²¹⁵. Desde luego que después de exponer esta teoría, se hará la comparación y posibilidad de aplicación en el Derecho Administrativo Procesal salvadoreño. Estos componentes no serían posible realizarlos —necesario es decirlo desde ya— sin la vital ayuda teórica expuesta por la doctrina Argentina, Brasileña, Española, e Italiana²¹⁶ que

²¹⁵ Sentencia de la SC de fecha ocho de noviembre de dos mil dos. Ref. 332-2000. Amparo. Como amplía el iusfilosofo Russo: “admitir la obligatoriedad del precedente es ya un presupuesto de un modelo que pretende constituirse en sistemático. Pronunciarse por la no obligatoriedad, en cambio, es renunciar, desde el inicio, a tal pretensión, conformándose por un modelo aleatorio, cuya función será, en el mejor de los casos, histórico-descriptivo. RUSSO, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 239.

²¹⁶ Sobre todo italiana, que fue la precursora de la esa forma diferenciada de tutela.

han aportado en la creación, delimitación y especificación de la Tutela anticipada pues aunque con nombres distintos, estas instituciones están presentes de “*lege lata*”²¹⁷.

Serán pues los leading cases los que nos aporten el material emperico para demostrar que la justicia administrativa en nuestro país ya tiene como doctrina judicial recibida la expedición de resoluciones de contenido anticipatorio. Situación que ha llevado a la doctrina clásica ha hablar de una *desnaturalización de la suspensión del acto reclamado*,²¹⁸ pues no miran la diferencia entre tutela cautelar y tutela anticipada, entre salvaguardar el peligro de infructuosidad y efectividad. En fin, entre tutela preventiva y tutela resarcitoria.

4.1.1 La tutela anticipada: un esbozo teórico

Sin perjuicio de recordar los antecedentes jurisprudenciales europeos se expresa en primer lugar que sobre la base del agotamiento del proceso civil italiano se empezó a evidenciar que la forma que el Estado empleaba para dar cumplimiento a los nuevos derechos surgidos de la promulgación de la nueva Constitución Italiana de 1948 no podían tener cabida en la estructura del Código de Procedimientos Civiles de 1942²¹⁹. Los derechos que fueron reconocidos en la *tercera etapa del proceso de constitucionalización* y que fueron expresamente reconocidos por las diversas constituciones europeas después de la segunda guerra mundial se encontraron con una legislación procesal que no podía darle una feliz

²¹⁷ En Brasil a partir de las reformas al Código Procesal Civil en 1994 al artículo 273, que trata los supuestos de tutela anticipada; Alemania la institución de la orden provisional prevista en el artículo 123 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1960 (VwGO); en Italia por medio de un *poder cautelar genérico e innominado* en el artículo 3 de la ley 205/2000, del 21/7/2000; en Francia a través de los référé administratif en especial los référé libeté y référé injonction y référé provision que introdujeron al Derecho Francés por medio de las reformas de la ley 2000-597 del 30/6/2000; y en España a partir del artículo 38 de la Ley sobre contrataciones públicas, ley 30/2007.

²¹⁸ Cfr. FUDASADES, “*Sobre la desnaturalización de la suspensión del acto reclamado*” boletín de estudios legales, número 22, octubre de 2002.

²¹⁹ Aprobado en 1940.

satisfacción procedimental, pues no fue pensada para tutelar esos nuevos derechos;²²⁰ para que los jueces dictaran oportunamente una solución a los casos planteados.

Es por ello, que el estudio y debate que se origino en la península itálica giro entorno a la imposibilidad de encasillar en la vieja estructura del proceso civil la tutela de los nuevos derechos que protegían al económicamente débil, encontrándose la doctrina y los jueces con un obstáculo formal, a saber; *la noción del proceso como estructura, como producto de la reducción del derecho de acción a unas cuantas categorías formales* (acciones de declaratoria, condena, constitutivas y acciones ejecutivas y cautelares, con sus correspondientes sentencias: declarativas, constitutivas y de condena),²²¹ con lo cual no se halló, por las razones que apunta **P_{ROTO} P_{ISANI}**, en el proceso civil existente, una tutela eficiente y eficaz para los derechos constitucionales de 1948 y se invisibilizó la noción de ***función del proceso***, el cual es la clave conceptual para entender que los procedimientos especiales son mas acordes con la nueva índole de los derechos subjetivos de nueva generación, específicamente se había olvidado la técnica de sumarización del proceso,²²² pues estos derechos reclaman una

²²⁰ Al estar concentrados los estudios procesales a una concepción meramente estructural, concentrada en el conocimiento plenario, se imponía una concepción en la cual solo cabía condenar, declarar o constituir un derecho, a través de las sentencias del mismo nombre. Con razón dice Marioni que estas sentencias son las típicas del Derecho Liberal Clásico. MARIONI, Luiz Guilherme, *La afectividad de los derechos y la necesidad de nuevo proceso civil*. Ob. Cit. Pág. 2.

²²¹ PROTO, Pisani, Andrea, *Las tendencias actuales del derecho...* Ob. Cit. Pág. 35.

²²² En realidad la opción por parte del Estado por el juicio ordinario como forma intervención en los conflictos entre los particulares fue una opción política de acuerdo con la ideología del Estado en la cual surgió. En efecto, el surgimiento del Estado nacional tomo preferencia por el *juicio ordinario*, por el hecho que era la forma de intervención en la espera de libertad de lo ciudadanos que no entraba en franca contradicción con el postulado axiológico del Estado liberal, en donde el principio de la maximización de la seguridad jurídica imponía que los súbditos o los ciudadanos solo vieran sometido su libertad y su patrimonio en un proceso en que garantizara un exhaustivo conocimiento. Esto se evidencia sobre todo si se toma en cuenta que ya el Derecho Romano (*cognitio extra ordinem*); el canónico (a través de la bula *Saepe Contingit*), y el derecho común (*solemnis ordo judicarius*) conocían las técnicas sumarias (de hecho se menciona a los interdictos romanos como la semilla histórica de la sentencia anticipada). Como se mencionó en el punto 1.3 (los fines del Estado salvadoreño), el modelo de Estado influyo en la forma que sus órganos desarrollaban su función. El resultado mas dramático de esta situación fue la separación de la función de ejecución de las sentencias dictadas por los jueces, e instauración un proceso distinto al de conocimiento pleno para ejecutar las sentencias (ejecución forzada de la sentencia) que contengan una prestación de hacer o de no hacer. La radicalización del respeto a la autonomía de la libertad produjo que en base a la seguridad jurídica, no fuer a posible la ejecución sin titulo (*nulla executio sine titulo*). Esta concepción, será la que hará posible el dictado de una tutela sumaria, inaudita parts, pues, se dice que no es necesario que el contradictorio este presente si hay un titulo que ampare

satisfacción inmediata y no soportaban la duración del proceso de conocimiento ordinario. Producto de la búsqueda de una solución a la *antinomia* planteada, los procesal civilistas italianos, llegaron a la conclusión que la nueva forma de esos nuevos derechos, generaron dos concepciones de cómo el Estado interviene para redefinir los conflictos sociales.

PROTO PISANI advierte que esas consecuencias fueron dos: **a)** la toma de conciencia del carácter democrático de la eficiencia de la administración de justicia; **b)** la potencialización (ante la inexistencia de una mejor forma procesal) de los procesos sumarios²²³. A su vez estas dos consecuencias darían paso a tres reflexiones en cada una de estas aristas; por el lado del descubriendo del valor democrático de la eficiencia de la administración de justicia se produjo: **a)** reforma al procedimiento de trabajo y la superación de una errada concepción del principio de igualdad en el proceso (no se puede entender en términos aritméticos), **b)** la reforma del proceso ordinario de conocimiento; y **c)** la creación de los jueces de paz.

Por el lado de la potencialización de los procesos sumarios, se produjo un *redescubriendo* de esta forma de tutela, tanto desde el punto de vista de la efectividad como la eficacia, cuyo vehiculo procesal en ese momento se encuadro en los *procedimientos especiales* y no ya en los juicios de conocimiento pleno. Esto dió lugar a un verdadero giro interpretativo al artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles Italiano²²⁴; norma que

diferir la bilateralidad; por el contrario sino hay un título previo la doctrina moderna se ha inclinado por la audiencia previa. Este es un resabio de la doctrina de la seguridad jurídica como un valor sacro santo que atenta con la efectividad de la jurisdicción.

²²³ Ibidem.

²²⁴ Giro interpretativo que no parara hasta su más definida formulación hacia finales del siglo XX, pues aún el último bastión de resistencia para admitir la sumarización de la tutela judicial efectiva, se encontraría precisamente en el ámbito del derecho procesal administrativo, sobre la base del no reconocimiento, en un primer momento de los poderes cautelares genéricos del juez administrativo. En efecto, la Corte Constitucional Italiana por medio de la sentencia número 190 del 28/6/1985 declaró inconstitucional una ley que limitaba la tutela cautelar a la suspensión de los efectos de acto administrativo, estableciendo que el juez administrativo tiene los mismos poderes cautelares que los demás jueces, puesto que el poder de dictar medidas cautelares no es un poder distinto del poder jurisdiccional de juzgar. La doctrina italiana ha entendido la efectividad de estas técnicas, a tal punto que una reforma producida al código de procedimientos civiles de 1940 a introducidos la llamada

dicho sea de paso fue creada de una forma marginal, a la cual se invocaría después como la única forma, dentro de la tutela cautelar, para dar efectividad a los derechos que buscaban tutelar de una manera inmediata. Además se creo un nuevo procedimiento especial en material de trabajo²²⁵ (sic)“...con el fin de crear instrumentos técnicos adecuados para desmotivar el interés de los patrones en la duración del juicio y favorecer el interés del trabajador en la rápida conclusión del mismo”²²⁶. Por eso **P**ROTO **P**ISANI señala a este hecho como “el inicio de la renovada reflexión de la tutela sumaria²²⁷”.

Como resultado de esa toma de conciencia el autor citado nos describe que en Italia se llego a la conclusión de la existencia primordial de **dos funciones** principales de los procedimientos especiales en la tutela sumaria (nótese que no solo cautelar). Por un lado estaría la función que ejerce el principio de *economía procesal* y de otra la función de la *efectividad del derecho de acción*. A su vez, esta última función traerá como consecuencia la *atipicidad de la función de la efectividad del derecho de acción*²²⁸; la cual se puede lograr por medio de tres formas principales, vale decir, no excluyentes ni únicas, en el sentido de sus fundamentos, esas formas son (sic): **a)** la tutela cautelar clásica; **b)** la tutela cautelar clásica con la diferencia de la no exigibilidad del *periculum in mora en el sentido clásico*;(preponderancia de la prevención del daño de bien jurídico protegido); y **c)** la técnica sumaria no cautelar (efectividad de la jurisdicción adelantando los efectos ejecutorios de la sentencia)²²⁹.

“ordinaza peri l pagamento di somme, non cotastare (art. 186 bis) y la ingiunzione (art. 186 ter), que son aplicables al contencioso administrativo.

²²⁵ El primero de ellos dictado por medio de la ley 533 del año 1973, ley que será sustituida por medio de la ley 353 del 26 de noviembre de 1990.

²²⁶ PROTO Pisani, Ob. Cit. Pág. 36.

²²⁷ Ibidem. Pág. 41

²²⁸ Se considera que un reconocimiento implícito por parte de la jurisprudencia de SC se puede encontrar en el reconocimiento del “catalogo abierto” de los derechos fundamentales, que la Sala ha mantenido.

²²⁹ PROTO, Pisani, Andrea, Ob. Cit. Negritas fuera del texto

Posteriormente en América se empezó a notar esta misma necesidad de buscar una nueva función del proceso; naciendo esta concepción primeramente para dar explicación a una serie de normas jurídicas de derecho sustancial que establecían o reconocían la posibilidad de detener o hacer cesar conductas contrarias a derecho, que afectaban el derecho a la intimidad y conductas discriminatorias²³⁰.

Fue Brasil el primer sistema procesal en recibir esta concepción del sentido posmoderno de la jurisdicción a través de la reforma del Código Procesal Civil Federal, a partir del artículo 273 a través de la, así llamada por la ley, *tutela anticipada*²³¹. No obstante, este reconocimiento legal en Brasil, no puede dejar de señalarse que en razón de la misma conclusión llegada en Italia se empezó a perfilar un mecanismo, en principio cautelar, que se moldeaba en la república Argentina perfectamente a esta concepción, a saber: *la medida cautelar innovativa*. La cual estaría siempre encasillada en el molde cautelar clásico pero con la función de efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción, pues esta medida nació (y sigue siéndolo en la actualidad) como extraordinaria.

Así se indicó, como casos de procedencia de la medida cautelar innovativa, las normas reconocidas contra la discriminación o al derecho a la intimidad²³² y que incluso alguna especie de la medida innovativa *sería una especie de anticipación de la tutela*, al estilo de lo que se reconoció en Italia en forma primigenia en los procedimientos laborales y en Brasil.²³³ A partir de

²³⁰ PEYRANO, Jorge W, *Pasado y presente de la medida cautelar innovativa*, En *Medida Innovativa*, Director Jorge W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Edgar J, Baracat Coordinador, Santa Fe, 2003, Págs. 16/17. Recuerda Peyrano que unos de los primeros (de su autoría) se vio la luz en el año 1975. a través de la reforma que incorporo el artículo 32 bis al Código Civil Argentino.

²³¹ De hecho la primera obra teórica sobre la tutela anticipada fue publicada en 1992, es decir, mucho antes de la reforma de 1994 y fue obra del profesor Marinoni.

²³² PEYRANO, Jorge W, *Medida Autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Págs. 16-22.

²³³ PEYRANO, Jorge W, *La palpitante actualidad de la medida innovativa*, En *Medida Innovativa*, Dir. Jorge W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Edgar J, Baracat Coord. Santa Fe, 2003, Págs. 34.

lo anterior se empezó a teorizar, no sin divergencias, que no era posible encuadrar en la clásica doctrina de las medidas cautelares estas respuestas jurisdiccionales, pues en estas, se está siempre supeditado a un proceso principal (principio de instrumentalidad) y en los procesos urgentes esto no se presentaba en todos los casos.

Posteriormente se empezó a teorizar sobre el artículo 1071 bis del Código Civil Argentino ²³⁴(regulador de derecho a la intimidad) sobre el cual se dispuso una tutela sumaria en la cual se “*decretaban soluciones urgentes autónomas (es decir, no dependientes de un proceso principal) que no encontraban cabida en los moldes de las medidas cautelares reguladas en las leyes procesales civiles*”,²³⁵ esta institución fue llamada *medida autosatisfactiva*. En este punto conviene, hacer una pausa, y recordar que en la infancia de la medida autosatisfactiva el doctor PEYRANO la denominó *procesos urgentes*. Institución ésta que fue la que recibió si bien no la primera novedad, pues ya se había teorizado sobre la medida innovativa en su vertiente cautelar,²³⁶ si toda la atención de la doctrina científica del proceso

²³⁴ Relatan recientemente Jorge W. Peyrano y María C. Eguren un reciente caso de operatividad de la medida innovativa: “Devienen paradigmáticos los precedentes de violación de intimidad en internet que operativizaran el mandato líquido del legislador contenido en el art. 1071 bis, CCiv., situaciones éstas que se verifican en el actual marco sociocultural. Verbigracia, el caso resuelto por el Juzgado Federal n. 2 de Rosario (10), Santa Fe, a raíz de una fotocomposición con poses pornográficas donde lo único real era la cara de la actora ubicada como link en la página de internet del portal www.yahoo.com. Al lado de la fotografía figuraban sus datos personales precisos, número telefónico incluido, y frases incitantes a contratar sus servicios de alto contenido sexual. La accionante había comenzado a recibir en el domicilio familiar, donde habitaba con sus padres y hermanos, incesantes llamados telefónicos de personas que pretendían hablar con ella con la intención de requerir la contratación de tales servicios.

La juez verificó la existencia del hecho ingresando al portal “www.yahoo.com” y, a través de las voces de su buscador, constatando la correspondencia de la imagen y la leyenda obrante en la misma con la página impresa adjuntada al presente como prueba. Pudo verificar, asimismo, que se registraban a las 16 hs. del día de la víspera del fallo 460 visitas al referido portal. Se consideró que emergía claramente del planteo formulado que no existía más interesado en la permanencia o no de dicha página en internet que la propia actora, quien, no habiendo intervenido en su creación, carecía de la posibilidad de suprimirla por otra vía. Se consideró notoria la afectación a derechos elementales de la persona que se derivan de la posibilidad de acceso público a información del tenor de la contenida en la página de internet en cuestión, y palmaria la presencia de las condiciones de excepcionalidad que justifican la adopción de las medidas autosatisfactivas, ordenándose la supresión inmediata de la referida página. Merece destacarse que la medida fue despachada in audita *et altera pars*. PEYRANO Jorge W. y EGUREN María C, La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva. Disponible en www.lexisnexis.com.ar

²³⁵ PEYRANO, Jorge W, *La medida autosatisfactiva: una forma diferenciada de tutela...* Ob. Cit. Pág.22

²³⁶ Dada de fecha 1975 el primer trabajo sobre lo que después llegaría a ser la medida cautelar innovativa.

en Sudamérica (con la excepción de Brasil desde 1994²³⁷). No en vano muchas de los perfiles teóricos que se le endosaron a la medida autosatisfactiva han sido encuadradas en una teoría general.

Al establecer el “*nomen iuris*” adecuado se justificaba que siendo un proceso distinto y no accesorio, como las medidas cautelares, se agotaba con el despacho favorable de lo pedido por el justiciable. De ahí lo de autosatisfactivo (aquí la semejanza con los procesos *référé*, autónomos, en Francia y los procesos urgentes del Derecho Comunitario Europeo es inevitable). El doctor **PEYRANO** hace una enumeración de las causas que dieron origen a esta producción doctrina que hoy por hoy es doctrina recibida no solo en la Argentina, sino también en el Perú, Uruguay, y Brasil aunque con perfiles propios como se mencionó en el párrafo anterior. Estos motivos son dos; **a)** debilidad de la teoría cautelar clásica; **b)** respuestas oportunas a situaciones que siendo urgentes no son cautelares²³⁸.

Es entonces que estos fundamentos fácticos evidenciaron la necesidad de adaptación de una respuesta adecuada y pertinente de la tutela preventiva por el órgano jurisdiccional. Desde luego que los factores mencionados adquieren una trascendencia para toda la teoría de lo que con posterioridad a las primigenias obras también fue nominada por **ANDREA PROTO PISANI** *tutela jurisdiccional diferenciada*.

Se dijo entonces *que tal medida es aplicable a los distintos procesos sin importar el derecho sustancial de fondo debatido*, expresamente se menciona su aplicabilidad en: el Derecho Civil, Derecho del Trabajo, Derecho de Familia, Derecho Ambiental, Derecho de Intimidad, Derecho de

²³⁷ Al respecto menciona Barbosa Moreira que se intento instaurar en Brasil antes de la reforma de 1994 una tutela autosatisfactiva pero sin éxito. BARBOSA Moreira, Juan Carlos, *La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña, en Medidas Autosatisfactivas, Dir, Jorge W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2002, Pág. 211.*

²³⁸ Ibidem, Pág. 16.

Consumidores, Derecho de Seguros y aún en el Derecho Penal²³⁹. Como claramente se puede evidenciar la doctrina pregonada que es aplicable a los procesos *en los que se discute un derecho sustancial de naturaleza privada así como también de Derecho Público*, por tanto habrá que explorar su aplicación (mejor la forma en que ha sido ya empleada) en nuestro caso en el Derecho Administrativo, a la luz del postulado teórico de la unidad de la jurisdicción.

Pero volviendo a los orígenes, es necesario dejar establecido que ese intento de reformular la tutela jurisdiccional, nació a fuerza de honestidad, en Europa Occidental, bajo la relectura de los clásicos italianos y las nuevas elaboraciones de los doctrinantes de ese país, y de ahí han surgido dos modelos; el europeo y el americano con el brasileño a la vanguardia, en este último. En ese sentido son de ineludible mención los nombres de **ANDREA PROTO PISANI**, **FEDERICO CARPI** y **GIOVANNI ARIETA, TARZIA**, entre otros, los cuales han estudiado estas nuevas formas procesales con especial significación.

A tal punto que este esfuerzo no ha pasado inadvertido, por la jurisprudencia europea y americana del *civil law* (con excepción de la salvadoreña en el ámbito contencioso administrativo en su "*nomen iuris*" científicamente incorrecto, pero con antecedentes jurisprudenciales con efectos auténticamente anticipatorios) y que la doctrina y jurisprudencia Sudamérica y en especial la brasileña, uruguaya, peruana y argentina se han beneficiado realizando el "bajado"²⁴⁰ de esta filosofía y la han adaptado a la realidad de ese sistema, creemos que con singular originalidad, a tal punto que hasta se ha producido un laboreo independiente, sobre todo en el campo de la medida innovativa, (esta vez sin el agregado de "cautelar") la cual es

²³⁹ PEYRANO, Jorge, W. *La medida autosatisfactiva: una forma diferenciada...* Ob. Cit. Pág. 23. De hecho la administración pública cuando ejerce el derecho de castigar impone verdaderas tutela anticipadas bajo la distorsión de la tutela cautelar de las suspensiones.

²⁴⁰ Utiliza este termino para el Derecho Argentino el doctor Carbone. *La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para reformular...* Ob. Cit. Pág. 46, en *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 46.

doctrina judicial recibida en dicho sistema²⁴¹ y hasta ha recibido su consagración legal en el Perú, en el nuevo Código Procesal Civil de 1993.

De los autores italianos se extraen las clasificaciones modernas sobre la Tutela Sumaria, así, **CARPI**, la hace de una forma tripartita. **a)** Tutela satisfactiva autónoma (en la que estaría incardinada la medida autosatisfactiva argentina); **b)** tutela satisfactiva interinal (donde se prevé la tutela anticipatoria); **c)** Tutela cautelar propiamente dicha²⁴². Esta clasificación es realizada sobre la base de la distinción de la noción de función del proceso civil como mecanismo de tutela en el Derecho Italiano en la prevención del derecho (dándole relevancia al *fomus boni iuris*) y a la afectividad del derecho de acceso a la jurisdicción (énfasis en el “*periculum in mora*” y el “*periculum in damni*”).

Ahora bien, a partir de aquí las coincidencias del sistema europeo se distancian del americano, especialmente con el *sistema normativo español*, del cual, producto de la fuerza irradiadora de su doctrina y jurisprudencia se encuentra influenciado el sistema salvadoreño, especialmente en el Derecho Constitucional y Administrativo, *contrario sensu* en el Derecho de Familia el influjo es notoriamente Sudamericano y especialmente Argentino, por lo que se aprecia en algunas resoluciones las concepciones de los doctrinantes de ese país.

En efecto, la diferencia entre estos sistemas, radica en que en el sistema español se ha perfilado la doctrina constitucional de la *tutela judicial efectiva* reconocida en el artículo 24.1 de la CE sobre la base de encasillar en la tutela cautelar ortodoxa (al modo de entender de la doctrina Sudamérica erróneamente o incompleta) aquellas tutelas judiciales que *desborde la relación jurídica debatida en el proceso*, (como vimos en el

²⁴¹ Cfr. PADRÓS, Ramiro Simón. *Ob. Cit.* Pág. 32; MORELLO, M, Augusto, *Anticipación de la Tutela*, *Ob. Cit.* Pág. 61.

²⁴² CARPI, Federico, *La tutela d'urgenza*, Cedam, Padova, 1982, ps. 84 y ss. Citado por VARGAS, Abraham Luis, *Teoría General de los procesos urgentes, en Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág.80

apartado 2.3.1.1 esta situación empezó a cambiar a partir del 15 de mayo de 2003) en la cual se otorgue en un momento distinto a la sentencia definitiva lo buscado en la pretensión, adicionándose la tutela cautelar al contenido de la tutela judicial efectiva,²⁴³ lo que ha dado nacimiento a dos teorías sobre la efectividad de la jurisdicción, a saber: *la tesis procesalista y la tesis materialista*²⁴⁴.

La dificultad y la diferencia de la solución europea y especialmente la española radica, aunque no se confiese, en aceptar o no la autonomía de la tutela cautelar, con respecto al proceso de conocimiento como forma de composición de la litis. En efecto, tal es el trasfondo teórico en discusión que no se puede dejar de advertir; por las distintas consecuencias a las que llegan; no obstante, sea cual fuere la opción teórica con la que se pretende justificar la *tutela sumaria*, ella tiene como base la confusión entre las concepción instrumental (**CALAMANDREI**) o autónoma de las medidas cautelares (**CARNELUTTI**).²⁴⁵ Estos conceptos son capitales para comprender la naturaleza de estas instituciones procesales y su correcto pedido por los justiciables y sus apoderados y además el correcto proveimiento de los tribunales del sistema procesal occidental del *Civil Law*.

¿Porqué?, porque, si se admite que las medidas cautelares son autónomas, entonces se podrá pregonar y será compatible que el objeto mediato procesal coincida, parcial o totalmente, con la medida cautelar o por el contrario, si las medidas cautelares son instrumentales para la eficacia de la sentencia de merito, aquellas no podrán coincidir con lo pretendido en la sentencia es decir que no son satisfactivas. Con lo anterior no se quiere decir que la *tesis material* de la efectividad del derecho de la jurisdicción sea incorrecta, pues *desde el punto de vista de los efectos jurídicos de las*

²⁴³ Auto del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 1990.

²⁴⁴ Cf. PADRÓS, Ramiro Simón, *La Tutela Cautelar...* Ob. Cit. Pág. 79.

²⁴⁵ Confundiendo así, los que generalizan, el contenido con el continente.

resoluciones judiciales que otorgan lo mismo que lo pretendido, como en las medidas cautelares positivas son lo mismo que las resoluciones anticipatorias, pero quedarse a ese nivel tiene dos consecuencias; una meramente pragmática,²⁴⁶ referente a la utilización de aquellas formas procesales que alcancen el objetivo (pues lisa y llanamente se ocupará aquella que es admitida por los jueces) y la segunda de tipo más teórica, la coherencia del sub sistema procesal.

Lo que se quiere resaltar es simplemente que *no es tutela cautelar la que despachan aquellos tribunales que bajo la denominación de medidas cautelares anticipan los efectos ejecutorios de la sentencia definitiva*. Lo anterior posee una importancia de primer orden, pues sí solo se admite que las medidas cautelares es el único medio técnico para lograr la prevención de los derechos y la afectividad del derecho de acceso a la jurisdicción, no se podrán expedir un tutela jurisdiccional eficaz, ya que si no concurren los presupuestos de las tutela cautelar ortodoxa (*“fumus boni iuris”*, *“periculum in mora”*) el órgano jurisdiccional no expedirá esa *tutela sumaria*.

Pero esto es, como la praxis demuestra, conculcatorio para el derecho sustancial de fondo debatido. Ejemplo de lo dicho en el anterior párrafo lo podemos encontrar en los distintos fallos de nuestros tribunales que han establecido las características de la tutela cautelar, así la SC tiene establecido que si no concurren tanto el *fomus boni iuris* y el *periculum in mora* no es procedente la única medida cautelar regula en la Ley de Procedimientos Constitucionales. Sobre este particular se ahondara en el capítulo 4.5.3.

²⁴⁶ Esta es la solución con la que se queda el doctor Padrós y que describe muy bien la realidad argentina, española e incluso sin decirlo, salvadoreña, cuando expresa: “...las diferencias que desde un sector de la doctrina procesal se han planteado, respecto de las denominadas medidas autosatisfactivas o de la tutela material del derecho, no se aprecian con igual intensidad al examinarse la respuesta de los tribunales especializados en la materia. En efecto, por encima de categorías conceptuales, la tendencia predominante en la jurisprudencia contencioso-administrativa, tanto de nuestro país como en el derecho español y en el italiano, ha consistido en mantener las medidas provisionales contra la administración pública dentro del ámbito del proceso cautelar propiamente dicho...PADRÓS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*... ob. Cit. Pág. 33.

Lo mismo ocurre en el contencioso administrativo. Por ejemplo: cuando se impugna un concurso para ingresar a la carrera administrativa o se pretende que la administración pública realice una acción de dar o hacer. En el primer caso, puede ser que el aspirante a una plaza por el régimen de estabilidad de los servidores públicos haya ganado en las etapas previas del procedimiento y que incluso haya sido propuesto por el ente menor encargado de tramitar el concurso, pero el ente con potestad para declarar el resultado se aparta de la propuesta que ha reunido los requisitos de mérito y aptitud que regula la Constitución (art. 219) y la legislación correspondiente en el ejercicio, incorrecto, de la discrecionalidad técnica.

Entonces supongamos el caso de un aspirante que no se encuentre desempleado, que goce de ingresos considerables que le permitan esperar el resultado final de dos, tres o cuatro años en la SCA; en este caso no se puede apreciar un peligro en la demora de la sentencia que vuelva precaria la situación del objeto litigioso (*“periculum in mora”*), sino que habrá un peligro de concurrencia de una conducta contraria a derecho, suficiente para decretar la tutela anticipada, pues la SCA puede ordenar como medida para efectivizar el derecho material violado que el ente superior jerárquico cumpla con el dictamen correspondiente.

Pero encuadrado este caso en la tutela cautelar clásica, suerte habrá si no se llega a una desestimación *“in limine litis”*, del pedido de la medida cautelar, pues sencillamente no se habrá cumplido con los presupuestos para su adopción, pues como reiterada jurisprudencia manifiesta *“la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, en el juicio contencioso administrativo, no opera de manera automática”* y aplicándolo al caso hipotético, no se podrá cumplir con el presupuesto de la producción de efectos positivos, pues el demandante no es parte de la relación jurídica de sujeción especial; pues la administración en la hipótesis de la tutela

cautelar clásica en nada modifico la esfera jurídica del demandante con su omisión.

El resultado de esto: se habrá privilegiado la conducta ilegal de la administración pública que notoriamente ha incurrido en *desviación de poder*, conculcando con ello un derecho subjetivo de un ciudadano²⁴⁷. Por el contrario si se admite que las funciones de prevención y de efectividad de la jurisdicción pueden ser cumplidas por otras especies de tutela sumaria, habrá un empleo técnico correcto, con la correspondencia admisión de otras instituciones procesales²⁴⁸. Por todo ello es necesario establecer cuales son los verdaderos principios en que están inspirados tanto la institución cautelar, como la urgente no cautelar. La doctrina autorizada recurre a los clásicos italianos, del siglo XX, en el cual se encuentran la semilla de los proveimientos que deciden interinamente la relación litigiosa. Ello se presenta como necesario, pues la doctrina y legislación procesal moderna, sobre tutela jurisdiccional diferenciada esta inspiradas en la concepciones de **CHIOVENDA, CALAMANDREI, CARNELUTTI, ALLORIO, UGO ROCCO, RENDETI.**

4.1.2 Autores clásicos

El propósito del presente apartado es exponer que a la base de la discusión teórica sobre la viabilidad de la *Tutela Anticipada* se halla la disputa aún no resuelta en nuestro sistema entre las concepciones de dos de los más grandes procesalistas clásicos sobre la naturaleza y finalidad de las

²⁴⁷ La jurisprudencia de la SCA ha establecido que la violación a la estabilidad laboral se presenta desde el momento, en que el ciudadano es propuesto para ocupar una vacante, en los casos de concursos públicos para ingresar a la carrera administrativa.

²⁴⁸ Iguales supuestos se presentan en los demás ordenes jurisdiccionales. Así la justicia de familia, en los casos de violencia intrafamiliar se dictaron medidas de protección (las cuales al entender de la jurisdicción de esa materia son especies de medidas cautelares) en un caso de agresión física de una compañera de vida de un ciudadano de nacionalidad nicaragüense. Los hechos había ocurrido en Nicaragua y la madre escapando junto con su menor hijo hacia El Salvador, interpuso demanda solicitando medidas de protección, entre las cuales estaban las prohibición del agresor de acercarse a las víctimas. Aquí el tribunal valoro un inexistente periculum in mora, pues como podía existir tal presupuesto procesal si el victimario (al momento de trabar la litis) no se encontraba siquiera en el país.

medidas cautelares. Discusión teórica que divide en la actualidad a la doctrina, la cual se puede clasificar Carneluttiana o Calamandreista según se adopte las concepciones de uno u otro autor²⁴⁹. Es que en este mismo estadio de posmodernidad se está conciente que para poder diferenciar de la tutela cautelar (y a la postre admitir la existencia) de la tutela anticipatoria ya sea de forma autónoma o interina, es necesario llegar a demostrar cual de las teorías se corresponde, a la luz de la experiencia procesal habida, con el carácter científico del derecho.

Desde luego que esa demostración teórica se corresponde con los fines de la presente investigación, por cuanto, existen postulados o notas distintivas de ambas teorías que hacen inaplicable una de ellas en el sistema normativo salvadoreño en algunos supuestos, sin perjuicio que en otros sistemas jurídicos si lo sean. Es que, se pretende demostrar en primer lugar que algún sector jurisprudencia nacional²⁵⁰ no tiene la claridad necesaria sobre las consecuencias de adoptar la concepción de **CARNELUTTI** de la tutela cautelar y la tesis de **PIERO CALAMANDREI** quien pregona otra posición; es mas, se cita a **CARNELUTTI** a la par de las características de **CALAMANDREI**²⁵¹, con todas las consecuencias que se derivan de ello, y más aún en el sub sistema jurídico administrativo; pues

“los doctrinantes que siguen a Carnelutti- como se sabe influenciado por la teoría unitaria del ordenamiento jurídico- tienen dificultad para dejar de lado la idea de que el juicio de cognición sumaria es apenas juicio provisorio sobre la litis. La teoría unitaria, como se sabe, hace suponer la insuficiencia de las normas de derecho material para la composición de la litis, la cual solamente se podría dar, en

²⁴⁹ Es concordante con esta idea Abraham Vargas. Cfr. VARGAS Abraham Luis, *Ob. Cit.* Pág. 81; por eso el autor Roberto Berizonce, al decir del doctor Carbone, propone extraer de las fuentes para distinguir las medidas cautelares de las sentencias anticipadas. Cfr. CARBONE, Carlos, A, *La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada.* Ob. Cit. Pág. 57.

²⁵⁰ Vid. *Infra* capítulo 4.7.

²⁵¹ Sentencia de la SC de fecha Sentencia de la SC de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 337-99. Amp (improcedencia); en igual sentido la de nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 337-97. Amp; catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 156-98. Amp. catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 108-98. Amp; veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete. Ref. 42-M-9542-M-95, Amp; veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete. Ref. 5-R-95; veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 6-95. Inc;

el pensamiento de Carnelutti, a través de la sentencia de cognición plena y exhaustiva²⁵².

Al final no se pretende llegar a la conclusión que la teoría Carneluttina es incorrecta, lo que pasa es que no es aplicable al sistema jurídico salvadoreño;(ni a la tutela anticipada) en ese sentido las teorías de **CALAMANDREI** y **CARNELUTTI** son inconmensurables, pero una vez tomado partido un sistema jurídico sobre algunas de ellas, si bien no son inmutables, tienden a permanecer por efecto del “*stare decisis*”²⁵³.

4.1.2.1 Carnelutti

FRANCESCO CARNELUTTI dedica un especial estudio sobre lo que entiende es un proceso cautelar, especie de la cual formarían un tercer genero junto con el proceso de cognición y de ejecución. Desarrolla esta ideas en tres obras, *derecho y proceso; sistema de derecho procesal civil; e instituciones del proceso civil*. En ellas realiza una primera clasificación del proceso cautelar, dividiéndolo en proceso cautelar conservativo y proceso cautelar innovativo. El primero estaría dado a preservar una situación de hecho o derecho para que el mismo no se altere en el transcurso de *iter* procesal, y el segundo a crear una nueva situación.

Posteriormente en la obra, *derecho y proceso*, el autor citado hace una clasificación tripartita del proceso cautelar y lo divide en: **a)** proceso cautelar inhibitorio; **b)** proceso cautelar restitutorio y **c)** proceso cautelar anticipatorio. *A los cuales atribuye la función de evitar las alteraciones en el equilibrio*

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Anticipada*. Ob. Cit. Pág. 45. (ítem. 3.3.6)

²⁵³ La afirmación es de Abraham Luis Vargas quien expresa: “en efecto, quienes siguieron a Calamandrei postulan que las “providencias o resoluciones” cautelares nunca constituyen un fin en si mismas sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente. Están, pues, al servicio de una resolución definitiva a fin de acercarle los medios aptos para asegurar el éxito. Es que el maestro de Florencia, si bien comparte con Carnelutti como finalidad cautelar “una específica garantía jurisdiccional”, pone el acento en la “anticipación provisoria de sus efectos” y es por ello que sostiene “su instrumentalidad hipotética” (garantía de garantía). VARGAS, Abraham Luis, Ob. Cit. Pág. 81.

*inicial entre las partes*²⁵⁴. La anterior posición no puede ser sostenida en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues el *privilège du préalable* hace que en los hechos la administración pública cuente con una ventaja, incluso de la ejecución de sus actos, antes de que el órgano o poder judicial pueda controlar su actividad. Con lo cual no puede resultar aplicable la justificación de mantenimiento de *un equilibrio inexistente*.

Pero además la consecuencia mas notable de la concepción de **CARNELUTTI** es la que pregona que la naturaleza procesal del acto procesal que resuelve una medida cautelar, es una sentencia, aunque de tipo cautelar, pues decide, en su concepción, *una pretensión cautelar*. Pero esto no puede ser así, pues la sentencia basa su razón de ser un grado de conocimiento superior (certeza) en la cual basa la función de decir el derecho el órgano jurisdiccional. Lo anterior nos obliga a destacar *las características que la doctrina procesal le aplica la institución de la pretensión*.

Efectivamente, la que mas nos es útil para demostrar que no puede existir sentencia cautelar es el hecho que la pretensión tiene que estar basada en el derecho de fondo, en el derecho material, es decir que tiene que tener *la característica de tipicidad*. Esta tipicidad es exigida como presupuesto de la sentencia definitiva en la cual el juez concede la tutela una vez agotado todo el *iter* procesal, pero contrariamente no puede presentarse una supuesta pretensión cautelar, pues en las medidas cautelares, como es obvio, solo existe una verosimilitud de la existencia de la pretensión de fondo²⁵⁵.

4.1.2.2 Calamandrei

En la primera obra que la ciencia procesal haya conocido sobre la materia cautelar, “*Introducción al estudio sistemático de las providencias*

²⁵⁴ Citado por PADRÓS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Ob. Cit. Págs. 58/59. cursivas fuera del texto.

²⁵⁵ QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Ob. Cit. Pág. 270.

cautelares” aparecida en 1936 **CALAMANDREI** establece que la naturaleza jurídica de los actos procesales que contienen una medida cautelar es una *providencia*, por lo que estas providencias no son un fin en si mismas si no que están preordenadas a la sentencia definitiva²⁵⁶. Hay que tener en cuenta que para **CALAMANDREI**, la resolución judicial que impone una medida cautelar en ninguna medida puede ser equiparable con un tipo de sentencia cautelar, pues la sentencia es la que define (en la actualidad se dirá redefine) el conflicto y en cuanto a la mencionada sentencia cautelar el conflicto todavía persiste con mayor intensidad que antes de iniciar el proceso.

Es la posición de la doctrina dominante en Sudamérica, Europa y en nuestro sistema jurídico y es corroborada por la doctrina clásica²⁵⁷. **CALAMANDREI** hace la siguiente clasificación de las providencias cautelares: **a)** *providencias instructorias anticipadas*, tendientes a la conservación y aseguramiento de la prueba; **b)** *providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada del derecho en litigio*; **c)** *providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida*; **d)** *providencias que imponen por parte del juez una caución*²⁵⁸. Precisamente bajo esta clasificación un sector de la doctrina argentina ha criticado la existencia autónoma de la medida cautelar innovativa con “*corazón de anticipo*” pues se alude a la autoridad de **CALAMANDREI** para descartar la novedad de la innovativa argentina.

²⁵⁶ La idea del juicio hipotético fue introducida por Calamandrei, aclarando que no existe nunca en el desarrollo de la providencia cautelar una fase ulterior destinada a profundizar esta investigación provisorio sobre el derecho y a transformar la hipótesis en certeza: el carácter de hipotético de este juicio está íntimamente identificado con la naturaleza misma de la providencia cautelar y es un aspecto necesario de su instrumentalidad. CARBONE, Carlos A. *Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la existencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio*, en *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág.124.

²⁵⁷ La cita de Hugo Rocco de su tratado, parte especial, del proceso cautelar, Pág. 123

²⁵⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ob. Cit. Pág. 53-68.

Uno de los doctrinantes (que de hecho se inscribe en la concepción *del proceso autónomo cautelar*) es **LINO PALACIOS**²⁵⁹ quien establece la original ideal innovativa a **CALAMANDREI** no siendo necesaria otra categoría procesal, porqué ya el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina, establece la posibilidad del efecto retroactivo en el inciso segundo del artículo 230 como vimos en el apartado 4.1 del presente capítulo. La consecuencia práctica de la concepción de **CALAMANDREI** es la *instrumentalidad de la providencia cautelar* las cuales no son fin en sí mismas, así el maestro florentino:

Dentro del mismo procedimiento cautelar y antes que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo”²⁶⁰.

Lo que conlleva a la imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto por medio de la coincidencia del contenido de la providencia cautelar con el objeto de la pretensión contenido en la demanda, en la concepción clásica del proceso ordinario como única forma procesal para satisfacción de los derechos y el olvido de la tutela sumaria por las razones expuesta en el apartado 4.1.1 la deformación de esta idea es la que ha causado una confusión *conceptual entorno al alcance y los límites de la tutela cautelar* y tratar de concebir que dentro de ésta se puede proveer resoluciones cautelares que coincidan con la pretensión esgrimida en la demanda lo que llevan a denominaciones como *“medidas cautelares de anticipación”* al decir del doctor **PADRÓS**²⁶¹.

²⁵⁹ PALACIO, Lino, E, *La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa su alcance actual*, En revista de Derecho Procesal, N° 1, Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998. citado por Peyrano en *Medida Innovativa*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

²⁶⁰ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*, Cit. Pág. 78, Citado por PADRÓS Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Ob. Cit. Pág. 91.

²⁶¹ PADRÓS, Ramiro Simón, *La Tutela Cautela en la jurisdicción contenciosa administrativa....* Ob. Cit. Pág. 148

Los partidarios de esta loable posición han elaborado una justificante, al parecer indestructible, nos referidos al argumento del derecho fundamental de efectividad de la tutela judicial. El argumento del cumplimiento de este mandando constitucional es muy fuerte, pero el mismo no resiste el examen sobre los principios procesales que inspiran el *derecho positivo* en torno a las medidas cautelares. Cuando abordemos los autores que pregonan una posición moderna sobre las funciones de la jurisdicción habremos de hacer una breve crítica a un autor que finca la posibilidad de prejuzgar el fondo de la litis esgrimiendo la exigencia de la tutela judicial efectiva para encuadrar en las medidas cautelares, lo cual puede servir de contra argumento a aquellas posiciones que ven, precisamente en la violación de la presunción de inocencia, la imposibilidad de la **tutela anticipada**²⁶².

Lo que pasa es que, el hecho de utilizar a las medidas cautelares como único vehículo procesal hace que se quiera obviar que son instrumentales al proceso. En realidad lo que denota esta divergencia teórica que tiene el ideario común de la efectividad de la tutela jurisdiccional del Estado, es la naturaleza jurídica de la tutela urgente, como integrante del primero.

Efectivamente, dos son las posturas entorno a ella, a saber: la tesis procesal, y la tesis material de la tutela urgente²⁶³, las cuales se emplean en América y Europa. Pero como dice la doctrina, tampoco CALAMANDREI distingue entre tutela cautelar y tutela anticipada y mezclaba ambos conceptos²⁶⁴, pues clasifica como cautelar las providencias que deciden interinamente la relación controvertida.

²⁶² Es la posición de Padrós. Ob Cit. Pág. 322.

²⁶³ Ibidem. Pág. 77.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz, Guilherme, Anticipação da Tutela, Ob. Cit. Pág. 50. (item 3.3.9)

4.1.2.3 La tesis materialista

Esta tesis parte de la siguiente afirmación: existe un derecho a obtener la tutela urgente, (que es unilateralmente cautelar en esta concepción), y el deber correlativo de la jurisdicción de otorgarla, es decir un derecho subjetivo. Al parecer el indicio de esta construcción se haya en el Derecho Alemán, y específicamente la interpretación que el Tribunal Constitucional Federal ha dado al artículo 19. IV de la Ley Fundamental de Bonn, el cual en reiterada jurisprudencia ha sostenido esta posición, como por ejemplo, cuando se justificó la suspensión de los efectos ejecutorios del acto administrativo que es por regla general, automático, de la siguiente manera:

(...). El derecho fundamental del artículo 19. IV. GG, no garantiza sólo un derecho formal a la teórica posibilidad de acceder a los Tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurisdiccional; el ciudadano tiene el derecho sustantivo a un control judicial efectivo y real. (...). De aquí deriva la dimensión constitucional de la suspensión. Sin efecto suspensivo del recurso jurisdiccional los obtendría con frecuencia la tutela judicial frente administración por la inevitable duración del proceso, habida cuenta de que cuando se acuerda la inmediata ejecución del acto administrativo se producen ordinariamente hechos consumados. La finalidad del proceso-administrativo-asegurar la revisión del acto administrativo a través de tribunales independientes -- sería entonces en gran parte ilusoria y se le privaría al afectado en definitiva de una tutela judicial efectiva²⁶⁵.

La concepción alemana es vanguardista, no se puede negar, pues la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa, establece la suspensión del acto impugnado como regla general y además la posibilidad de otorgar ordenes de contenido positivo. Pero no debemos olvidar que esta concepción parte de una doctrina de “*lege lata*” que es secunda por el *Tribunal Federal Alemán* en la parte justificativa del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de la disposición 19. IV. GG. Al parecer el origen de esta posición en el Derecho Germano, se encuentra en la misma concepción Germana del derecho de acción como derecho a la pretensión sustancial o

²⁶⁵ Citada por PADRÓS. Ob. Cit. Págs. 114-115.

material, la cual no se corresponde con el resto del derecho continental que tienen como modelo al código napoleónico. En cambio los alemanes hablan de “*el reclamo de la prestación que se debe*”²⁶⁶. Por las consecuencias sistémicas del modelo napoleónico, no es posible, incardinar en la jurisdicción contenciosa administrativa salvadoreña, el derecho a obtener la tutela cautelar como derecho subjetivo, ni mucho menos a la medida innovativa, “*per se*”. Ello es aceptado por la jurisprudencia salvadoreña como se estudiará en los supuestos de procedencia de la suspensión de los efectos de la actuación impugnada; tanto de la jurisdicción contenciosa administrativa como la constitucional.

4.1.2.4 La tesis procesalista

En cambio la posición teórica que busca también la efectividad de la jurisdicción basa su contenido en principios procesales, específicamente, los de economía procesal y el equilibrio del “*onus*” del tiempo en el proceso. Tratando de dar preponderancia al caso en concreto, y poniendo como parámetro legitimador *la racionalidad y la proporcionalidad* de la tutela sumaria empleada (que puede ser tutela por que, recordemos: todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar), pues la dinámica del transcurso del tiempo, la hacen necesaria, ya que la garantía del debido proceso como integrante del derecho de acceso a la jurisdicción (o en la terminología española, tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas art. 24.1 CE) es “*una preciosa garantía multifacética*”. Lo cual cobra verdadero significado práctico en la distinción de los derechos que tutela el proceso civil. Como nos alecciona **MARINONI**:

²⁶⁶ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Ob. Cit. Pág. 6.

El equivoco de estudiar la amplia defensa sin considerar la diferencia de los bienes jurídicos tutelados en los procesos y, principalmente, la no percepción de que la defensa debe ser pensada de manera diferenciada en los procesos civil y penal, hicieron surgir un proceso civil insensible no solo para el hecho que determinados bienes no pueden ser tutelados de manera adecuada a través del procedimiento ordinario, como también la obviedad de que el tiempo del proceso debe ser distribuido en forma isonomica entre los litigantes”²⁶⁷.

De tal forma que el derecho de acceso a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva no es el derecho a obtener una prestación debida sin coherencia con el derecho material de fondo,²⁶⁸ el que atribuye el “bien de la vida”, por tanto, si es una forma de equilibrar el privilegio de los litigantes, que no aparece desde el inicio de la litis como mencionaba **CARNELUTTI**, sino mucho mas, en un disfrute de hecho o antijurídico en detrimento del titular o portador del bien jurídico, o mas aún en el Derecho Administrativo, con el ejercicio de la potestad de autotutela y la ejecutividad del acto administrativo, resulta lógico que por medio del proceso lograr equilibrar las posiciones de los litigantes.

Por tanto, no siendo, un derecho subjetivo la tutela sumaria (sea cautelar o anticipatoria) tampoco cabe excluir esta sin mas, pues existe una carga de fundamentación de los jueces a la hora de otorgar o no, esa tutela, pues de lo contrario si se estaría afectando el debido proceso, al no hacer una correcta distribución de la carga del tiempo según la naturaleza del derecho debatido. El control de la racionalidad de la decisión que otorga la tutela anticipatoria por medio de la medida innovativa es el verdadero quid del asunto, pues la constatación de los parámetros de la carga del tiempo,

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *El proceso civil clásico y la noción de derecho a la tutela adecuada al derecho material y la realidad social*. En www.porfessormarinoni.com.br. Pág. 8. (traducción libre)

²⁶⁸ Es en este punto específico donde se incardina la prueba necesaria para expedir la tutela anticipatoria, debiéndose la doctrina es solicitar el mismo grado de convencimiento que la sentencia de merito, pues se parte que, si lo que se otorga en la tutela anticipada es lo mismo que la sentencia definitiva, entonces es lógico que se exija ese grado de certeza. Sin embargo, existe otra posición que no exige tal convencimiento. Esta posición incluso presenta matices diversos, desde los que pregonan una verosimilitud preponderante (teórica sueca, que Marinoni acepta para la tutela anticipatoria), pasando por la certeza suficiente (Carlos Carbone), fuerte probabilidad (Peyrano).

por ejemplo²⁶⁹, permiten evidenciar la existencia de la necesidad de otorgar al demandante un disfrute anticipado del derecho que pretende, de lo contrario el tiempo se encargara de volver infructuosa la actividad jurisdiccional.

Esta función del proceso ha sido notada por prestigiosos doctrinantes y recogidas en sentencias emblemáticas en los distintos sistemas jurídicos los cuales se han decantado por las dos vías existentes, la europea en el derecho administrativo española, dentro del molde de lo cautelar y la sudamericana con la solución brasileña a la vanguardia, con lo cual: irrumpen el proceso urgente, “*caudaloso como el brasileño o pausado y con mayor recato en Europa*”, al decir del doctor **MORELLO**²⁷⁰, lo cual ha generado todo un bagaje doctrinal, todos ellos inspirados en la filosofía posmoderna del proceso en función de la tutela preventiva y de la correcta y justa distribución de la carga de la duración del proceso.

4.1.3 Los posmodernos

Bajo esta denominación se ha querido englobar una serie de posturas doctrinarias que si bien no son uniforme en todos los aspectos teóricos si reconocen expresa o tácitamente el poder jurisdiccional de anticipar los efectos ejecutorios de la sentencia bajo las premisas de la *prevención del derecho* debatido (fomus boni iuris) o la eficacia del derecho de acceso a la jurisdicción o también conocida como tutela judicial efectiva. En efecto, en Sudamérica se citan los nombre de: **LUIZ GUILHERME MARINONI**, (Brasil) **AUGUSTO M. MORELLO**, **JORGE W. PEYRANO**, **CARLOS ALBERTO CARBONE**, **RAMIRO SIMÓN PADRÓS** (Argentina), en Europa: **ANDREA PROTO PISANI**, **FEDERICO CARPI**, **GIOVANNI ARIETA**, **TARZIA** (Italia) y **EDUARDO GARCÍA de ENTERRIA**, **CARMEN CHINCHILLA MARÍN** (España) entre otros.

²⁶⁹ Así mismo los otros parámetros que existen para controlar esta actividad en el derecho brasileño, es la falta de una seria contestación de la demanda y el abuso del derecho de defensa, al tenor del artículo 273 del Código Procesal Civil.

²⁷⁰ MORELLO, Augusto, M, *Anticipación de la tutela*, Op. Cit. Pág. 13

La nota común de estos autores y autoras es compartir el ideal de: “comenzar a cambiar algo de la inercia que preocupa y aflige a casi todos los transeúntes del proceso civil argentino e iberoamericano”²⁷¹ sin que pretenda buscarse una uniformidad teórica como se mencionó.

Efectivamente, en consuno con las posiciones *material* y *procesal de la tutela judicial efectiva* varios autores han definido lo que se debe entender como el mecanismo procesal más idóneo para efectivizar las pretensiones de los justiciables, por ello abordemos sumariamente algunas de las tesis de los autores que por su impronta *iusadministrativista* no pueden dejar de mencionarse.

4.1.2.5 Eduardo García de Enterría

La concepción de este jurista sobre la tutela cautelar esta diseñada en dos obras principales y otra base de su pensamiento: *la batalla por las medidas cautelares y hacia una nueva justicia administrativa* y en menor medida en la más reciente edición *de la obra conjunta con el profesor TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, CURSO de Derecho Administrativo*. En ellas esta plasmada lo que se viene conociendo como concepción comprometida con la tutela cautelar, como parte integrante de la tutela judicial efectiva, incardinado como se expreso, en el artículo 24.1 de la CE de 1978. Parte su exposición de la situación de mora judicial que afecta al sistema procesal administrativo español en donde expresa el ejemplo paradigmático en materia urbanística, en donde los administrados tienen que esperar la duración de un proceso de siete u ocho años, lo cual obliga a buscar otras soluciones extra ley²⁷².

Da énfasis que la solución dada en otros sistema como el italiano y el de la justicia comunitaria a sido la expedición de *medidas cautelares*

²⁷¹ Prologo de la obra *Sentencia Anticipada* PEYRANO, Jorge W.

²⁷² Prologo a la 3ª Ed. de *La Batalla por las medidas cautelares*. Ob. Cit. Pág. 14.

positivas base sobre la cual se integra la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva lo cual conlleva a que la única medida cautelar a dictar en algunos casos sea la que imponga a la administración una conducta distinta a la suspensión de los efectos ejecutorios del acto administrativo pues: *“hay situaciones (que no son tan excepcionales en el trafico administrativo, por cierto) en las que la indisponibilidad de medidas cautelares positivas significara la perdida en ese caso, total e irreversible de cualquier posibilidades tutela judicial”*²⁷³.

Propone para solucionar este aspecto la instauración de juicios provisionales y tutela sumaria en la cual se sustancien este tipos de medidas de las que pregona su naturaleza cautelar²⁷⁴. La tesis de este autor, (y que fue reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español), es la expedición de las medidas cautelares sobre la base de la preponderancia o *incluso solo concurrencia del fomis boni iuris*. Con la cual ya no sería necesario entrar en el ámbito de la ponderación de los intereses en juego en el proceso administrativo, ni muchos menos la contra cara del fomis boni iuris para la administración, a saber, la eficacia de la gestión pública, pues el artículo 24. 1 de la CE no permite una interpretación según la cual la tutela judicial efectiva este supeditada (tutela judicial efectiva) a la eficacia de la administración pública.

La base practica sobre la que el doctor de Enterría abandona el criterio de la ponderación sobre la base del incuestionable interés publico esta en una razón constitucional, pues la ponderación se torna: *“dificilísima y virtualmente imposible, porque en términos generales el supuesto paliativo venía de hecho a invertir la regla, cerrando en realidad la posibilidad de*

²⁷³ Ibidem. Pág. 18-19.

²⁷⁴ Ibidem. Pág. 335/336.

*suspensiones, pues la administración siempre se ampara en el servicio al interés general*²⁷⁵.

La reinterpretación que la Sala 3ª del Tribunal Supremo Español ha dado por medio del Auto de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa (sección 5ª) al artículo 122 de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa española de 1956, es captada por el doctor de **ENTERRIA** en la cual se encuentra la doctrina material de la efectividad de la tutela sumaria (en el caso cautelar), pues lleva al tribunal a afirmar: *“esta apariencia aún siendo solo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada*²⁷⁶. Ello lleva a la afirmación, válida desde el precedente, que en la nueva doctrina lo preponderante para otorgar la medida cautelar solicitada será el *fomus boni iuris*; posición será luego matizada por el Tribunal Supremo Español²⁷⁷ pero no abandonada por el doctor **GARCÍA de ENTERRIA**. Esta posición no es compartida por el próximo autor que abordaremos, el cual establece que cuando la preponderancia de interés en juego favorezca a la administración pública (específicamente en los casos de seguridad, salubridad pública o algún servicio público,²⁷⁸ no será posible suspender la ejecución del acto impugnado ni muchos menos otorgar otra tutela sumaria, no obstante esta divergencia, el doctor **PADRÓS** se inscribe en la postura materialista de la tutela cautelar como expresamente lo dice²⁷⁹.

4.1.2.6 Ramiro Simón Padrós

Sin lugar a dudas una de las mejores exposiciones de la *tutelar cautelar* argentina y comparada en el proceso administrativo se encuentra

²⁷⁵ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fomus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) su trascendencia general. En La Batalla por las medidas cautelares*, Ob. Cit. Pág. 204.

²⁷⁶ Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo Español.

²⁷⁷ Auto de fecha 31 de mayo de 1996.

²⁷⁸ PADROS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Ob. Cit. Pág. 219.

²⁷⁹ Ibidem. Pág. 219.

bajo la pluma del doctor **P***ADRÓS*. Ello sin embargo no nos exime de advertir ciertas inconsistencias teóricas con respecto a las especies de la *tutela urgente*, la que el autor reduce a las medidas cautelares en sus cuatro manifestaciones en el contencioso administrativo argentino y comparado²⁸⁰. El doctor **P***ADRÓS*, se adhiere a la teoría carnelluttina de las medidas cautelares como un proceso autónomo lo que no le impide reconocer que la concepción dominante en la Argentina por parte de los tribunales es tributaria de la instrumentalidad de la tutela cautelar en correspondencia con la concepción de **C***ALAMANDREI*²⁸¹ según la cual las medidas cautelares no podrán ser jamás un fin en si mismas si no que son accesorias.

Se advierte además en la obra citada la identificación de tutela autosatisfactiva con la tutela anticipatoria, fenómenos que son totalmente diversos en la concepción de sus paladines, a pesar de conocer el doctor **P***ADRÓS* la clasificación de los procesos urgentes que realiza la doctrina italiana²⁸². Pero la identificación que hace entre la medida autosatisfactiva, en donde cita al caso Camacho Acosta, como ejemplo típico de lo que llama (en correspondencia con **C***ARPI*) *tutela satisfactiva autónoma* y la tutela anticipatoria *no* es acertada. Primero porque la doctrina que milita en la instrumentalidad de la medidas cautelares (e incluso otras posturas que no), es conteste en afirmar que lo que se dicto en el caso *Camacho Acosta* fue una anticipación de la tutela, bajo el ropaje de una medida cautelar innovativa²⁸³ *con lo cual se trasladaron, sin conciencia de ello, al sistema*

²⁸⁰ Ibidem. Págs. 224, 327, 370, y 375.

²⁸¹ Ibidem. Pág. 85.

²⁸² Expresamente Padrós cita a Federico Carpi. Pág. 32.

²⁸³ PEYRANO, Jorge W, *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema*, en *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág.39; CAVA, Claudia Alejandra, "leading Case" de la Corte Suprema: caso Camacho Acosta" en *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 736. En donde la autora se esfuerza por separar la medida cautelar innovativa y la sentencia anticipada sobre la base del caso Camacho Acosta, pero no la diferencia entre la medida autosatisfactiva. Fenómeno en que la doctrina Argentina es coincidente en decir que no es lo mismo que lo innovativo.

argentino las consecuencias del artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil.

La inscripción del doctor **PADRÓS** en la postura del proceso autónomo se puede evidenciar con más claridad cuando desestima la aplicabilidad de la denominada medida autosatisfactiva en las vías de hecho de la administración pública.²⁸⁴ Obviándose de esta forma que “*el proceso autosatisfactivo no anticipa una resolución futura de fondo*”²⁸⁵. Cita un trabajo del doctor **MORELLO** llamado precisamente “*la tutela anticipada en la Corte Suprema*” para sostener la naturaleza autosatisfactiva del caso Camacho Acosta.

En verdad la doctrina sostiene que el fenómeno autosatisfactivo y el anticipatorio son totalmente distintos pues el autosatisfactivo se agota en sí mismo sin necesitar de un proceso ulterior (cuando es autónomo) y la medida innovativa cuando es procedente siempre necesitará de un proceso principal, al cabo del cual, se confirma o revoca la medida urgente despachada, aunque es necesario decir, raras veces se revoca, pues para la procedencia de esta última se exige una especial consideración por parte de los jueces y tribunales de la fuerte probabilidad del planteo del actor o de una *verosimilitud preponderante*²⁸⁶. Llama también la atención que no se haya seguido la evolución que la medida autosatisfactiva ha tenido en sus precursores, pues efectivamente unas de las características que inicialmente se le atribuyo era su dictado *inaudita part*, pero este criterio fue superado por **JORGE W. PEYRANO**²⁸⁷.

El doctor **PADRÓS** crítica a parte de la doctrina que ve en la medida autosatisfactiva el mecanismo procesal idóneo para hacer cesar las vías de

²⁸⁴ PADROS, Ramiro Simón, ob. Cit. Pág. 202.

²⁸⁵ CARBONE, Carlos, A, *La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada...* Ob. Cit. Pág. 67.

²⁸⁶ Este es otro criterio en el que coincide la doctrina militante en posición material de la tutela cautelar con la procesalista. Cfr. GARCÍA de Enterría, Eduardo, *prologo de La Batalla por las medidas cautelares*, Ob. Cit. Pág. 21

²⁸⁷ PEYRANO, Jorge, W, *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*. Ob. Cit. Pág. 33.

hecho de la administración pública²⁸⁸. Con singularidad esfuerzo remarca que dentro del proceso cautelar administrativo es posible conceder lo mismo que lo peticionado en la demanda²⁸⁹ haciendo un estudio de esta regla en el Derecho comparado en los cuales esta vigente el presupuesto de la instrumentalidad de las medidas cautelares, como por ejemplo Argentina, España (del cual también es parte El Salvador). No obstante este limite interno de la tutela cautelar afirma que cuando existan situaciones en que la afectividad del derecho a la jurisdicción imponga la adopción de otras medidas que anticipen la pretensión mediata —en la terminología de esta postura *medidas cautelares positivas*—, (sic). “no será posible que en esos casos debe respetarse la prohibición de anticipar en sede cautelar el contenido de la sentencia de fondo”²⁹⁰.

Esta doctrina platea en el fondo, como un eximente de preguzamiento, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo cual como se mencionó es un esfuerzo loable, pero inconsistente. De ello puede dar cuenta la propia jurisprudencia española, a la cual es extraña, el preguzamiento del fondo, sobre la base de la procedencia de medidas cautelares positivas, el Tribunal Supremo Español en el paradigmático fallo de fecha 20 de diciembre de 1990, así lo confirma²⁹¹. A *contrario sensu*, de lo sostenido por este doctrinante, en donde manifiesta que la prohibición de prejuzgar el fondo solo es aplicable, la postura que es tributaria de la autonomía de la medida autosatisfactiva aclara el fenómeno que el doctor

²⁸⁸ PADRÓS, Ramiro Simón, Ob. Cit. Pág. 202

²⁸⁹ Ibidem. Págs. 91, 147, 319

²⁹⁰ Ibidem. Pág. 322. La cita completa es esta “la adopción de medida cautelares positivas o anticipatorios resultara ineludible a fin de garantizar el derecho preeminente a obtener una tutela judicial de carácter efectivo. No será posible invocar que en esos casos debe respetarse la prohibición de anticipar en sede cautelar el contenido de la sentencia de fondo—el préjudice au principa del derecho francés—, habida cuanta de que dicha regla solo rige cuando los efectos de la anticipación son irreversibles...”

²⁹¹ En palabras del doctor García de Enterría: “Este replanteamiento obliga a una valoración anticipada de la posiciones de las partes, valoración *prima facie*, no completa, puesto que el proceso puede esta en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto provisional y que no prejuzga la que finalmente las Sentencia de fondo ha de realizar mas detenidamente.

PADRÓS ve como uno mismo, con la *posibilidad de prejuzgar el fondo*. Manifiesta **CARLOS CARBONE**, por ejemplo, que lo que se presenta en estos casos no es prejuzgamiento del fondo “*sino de un conocimiento preliminar, que puede ser revocado en la sentencia final*”²⁹².

Desde la óptica de la tutela cautelar la doctrina procesalista de la tutela anticipada coincide con **PADRÓS** en el punto que el tipo de pretensiones que los justiciables persiguen, son aquellas que no pueden esperar la duración del proceso para verse satisfechas pues de lo contrario se estaría privilegiando posiciones antijurídicas haciendo a nota distintiva que en los demás ordenes jurisdiccionales²⁹³ que inciden notoriamente en la indemnibilidad del bien jurídico protegido. Sobre lo dicho, cabe hacer unas consideraciones.

En primer lugar reiterar que si se esta de acuerdo con la concepción de **CARNELUTTI** sobre las medidas cautelares no hay posibilidad teórica de admitir la falta de plenitud de la tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, expuesta magistralmente por **PADRÓS**, y se dirá que las medidas cautelares y en específico las cautelares positivas son las procedentes para aquellas actuaciones en las que se reconozca un derecho o interés jurídico de forma anticipada, ora previniendo, ora garantizando la efectividad de la jurisdicción, pero ello nos lleva a la consecuencia que se deriva de pensar el fenómeno jurídico como sistema y la metodología que se emplea para ello, como parte de *La teoría general de los sistemas*,²⁹⁴ pues

²⁹² 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, Pág. 474.

²⁹³ PADRÓS, Ramiro Simón. *Ob. Cit.* Pág. 61.

²⁹⁴ “Nicolai Hartmann observo que la historia del pensamiento filosófico puede seguirse por dos grandes caminos: el problemático y el sistemático. (...) el pensar problemático se considera esencialmente falible, está siempre pronto a admitir que se señale un error y dispuesto a replantearse el punto para ratificarlo o rectificarlo. En el pensamiento sistemático, el error no puede ser admitido ni siquiera como hipótesis. Una falla en el sistema, una fisura en la construcción y toda ella se desploma. No hay lugar para remiendos. Es preciso, en tal caso, volver a construir otro edificio desde los cimientos”. RUSSO, Eduardo, Ángel, *Teoría General del Derecho*. *Ob. Cit.* Pág. 15. Esta es la razón que no tienen en cuenta los que pregonan una “excepción a la prohibición de prejuzgamiento”, en la resoluciones que coinciden con el objeto mediato de la pretensión

todas las características que le son inherentes a las medidas cautelares hacen, teóricamente imposible (aunque el legislador si lo haga) encuadrar en todas ellas la justicia sumaria, pues honestamente a la luz de las concepciones de **CARNELUTTI** y **CALAMANDREI** se puede sostener la autonomía o no del proceso cautelar, pero no se puede desfigurar la tutela cautelar para dar cabida a fenómenos que no son explicables al cobijo de la misma.

Es que el fenómeno de la *tutela coincidente* como base, no el clásico *fomus boni iuris*, sino una fuerte probabilidad o incluso la teoría sueca de la *verosimilitud preponderante*²⁹⁵, son conceptos totalmente distintos al primero, pues de lo contrario, no será admisible de forma teórica, aún que si legal, hacer lugar una situación de urgencia cuando no concurren simultáneamente los presupuestos procesales de la tutela cautelar.

Concebir la tutela cautelar y a su producto judicial—la providencia cautelar—como instrumental es la única posibilidad de salvar la constitucionalidad de esta técnica, pues que sean decretadas “*inaudita et altera parte*”, no es una mera exigencia formal, sino de efectividad, pues de lo contrario la parte demandada, podría evadir el mandato de la medida cautelar, ocultando sus bienes o, en el caso del Derecho Procesal Administrativo, la aceleración de la ejecución del acto administrativo cuando la administración pública se percata que su actividad ha sido impugnada en sede jurisdiccional. Es este el fundamento de la eficacia técnica del medio

para dar cabida a las medidas cautelares, como forma teórica de dar explicación a la necesidad de una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas. Porqué pregonar que la tutela cautelar puede tener una fisura, una falla para dar cabida a la anticipación de la tutela en su seno, simplemente ello no puede pasar, pues de lo contrario estamos atentando en contra del propio subsistema jurídico del cual las medidas cautelares forman parte (subsistema del derecho procesal) y dando razón a las palabras de Julius Hermann von Kirchmann: “La jurisprudencia no es ciencia”

²⁹⁵ Esta teoría nos la explica Marinoni de la siguiente forma: “Tal teoría se mueve a partir de la idea que la regla de la carga de la prueba es injusta y así mismo, no debe prevalecer. La regla de la carga de la prueba, en la perspectiva de esa teoría, no tiene cualquier importancia como mecanismo de distribución de la carga probatoria y, mucho menos, como regla de juicio, mas solo una especie de regla que indicaría la parte vencedora. La carga de la prueba constituiría el punto central de esa regla, y así mismo no pesaría sobre ninguna de las partes; la parte que consiguiese hacer la regla pender para su lado, aunque a partir de un mínimo de prueba, debería ganar la causa, cuando entonces prevalecería el principio de la verosimilitud preponderante”. MARINONI, Luiz Guilherme, *Prueba, convicción y justificación frente a la tutela anticipada*., Pág. 3. disponible en www.professormarinoni.com.br

empleado el que hace efectivo el derecho de acceso a la jurisdicción en la terminología salvadoreña.

4.1.3 Justificación constitucional de la tutela anticipada

Necesario es reconocer que la *Tutela Anticipada* y las instituciones procesales que le dan cabida no se encuentran legisladas, es decir, existe un vacío legal, por lo que se puede presentar la polémica en torno si es posible su adopción, con el nombre científico correcto, en los casos que son sometidos al conocimiento de los distintos tribunales, en especial de la SCA; es decir, la antinomia legal, sería un obstáculo para adoptar estas instituciones procesales, vacío legal que inhibe al juzgador de llevar a cabo un “*activismo judicial*” que desbordarían las competencia del órgano jurisdiccional. Se concluiría por quienes ven en el hecho de no estar legisladas el impedimento para su implantación. Empero ello no es óbice; en primer lugar por que el *derecho de acceso a la jurisdicción*, como se dijo al principio del subtema, como derecho fundamental de la persona humana tiene una *vis expansiva* que necesita dotarse de técnicas procesales para efectivizarse²⁹⁶.

Las cuales, se puede decir, ya son otorgadas en otros órdenes jurisdiccionales. Para el caso, los alimentos provisionales en materia de familia, que sería una especie tutela anticipada como lo viene sosteniendo la doctrina. Pero en el caso de la *preconstitucional LJCA* no es posible apreciar este avance constitucional, hecho sumamente contradictorio, pues se ha evidenciado en otros campos un verdadero esfuerzo por colmar sus vacíos,

²⁹⁶ El Tribunal Supremo Español por medio del auto de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa así lo tiene resuelto: “(la) fuerza expansiva del citado art. 24 de la constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de la validez de los actos de la administración, viene impuesta por ese principio general del derecho comunitario a que aluden las conclusiones generales del abogado general en la sentencia “Fatortame” del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19/6/1990, principio que implícitamente hace suyo el propio tribunal y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”

como por ejemplo en la legitimación activa en los casos del acceso a la justicia en defensa de los derechos difusos. Pero hay una mayor justificación para admitir la procedencia de la tutela anticipada. Esta es de orden Constitucional; pues no se trata de realizar un activismo judicial sino de una labor de interpretación conforme con la Constitución de la República, es decir, una interpretación constitucionalmente válida.

Esto debe suceder no solamente por el hecho de la adecuación de las normas jurídicas a la Constitución de la República, sino que reviste una mayor intensidad con las leyes que son anteriores a la Constitución vigente; y se manifestó en el párrafo anterior que la LJCA es antes de la vigencia de la Constitución de 1983, es decir, es lo que conoce en la doctrina especializada como *leyes preconstitucionales*. Para el caso, el artículo 249 (sin precedentes en la historia constitucional salvadoreña) establece el mandato abrogatorio y derogatorio, es decir la *fuerza normativa* de la Constitución de 1983.

“Art. 249. Derógase la Constitución promulgada por Decreto N° 6, de fecha 8 de enero de 1962, publicado en el Diario Oficial N° 110, Tomo 194, de fecha 16 del mismo mes y año, adoptada por Decreto Constituyente N° 3, de fecha 26 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial N° 75, Tomo 275, de la misma fecha, su régimen de excepciones, así como todas aquellas disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de esta Constitución.”

Al respecto la SC expreso en este punto lo siguiente:

“Para abordar el análisis y resolución de dicho problema, debe tenerse presente que la actual Constitución se construye sobre un sustrato ideológico personalista o humanista, distinto al de las Leyes Primarias bajo las cuales se promulgaron las disposiciones preconstitucionales; esta circunstancia produce de suyo una incompatibilidad lógica entre ciertas disposiciones o cuerpos normativos del ordenamiento preexistente y la nueva Constitución, y hace necesario definir el efecto que tal incompatibilidad producirá”²⁹⁷.

La solución a tal *problema* de hermenéutica constitucional que la SC le ha dado es contundente. Se entiende abrogadas o derogadas aquellas

²⁹⁷ SC sentencia de las catorce horas del día veintidós de octubre de dos mil cuatro. Considerando III-A. Ref. **9-2003**. Inconstitucionalidad

leyes preconstitucionales que se oponga o contradigan a la Constitución de la República de 1983²⁹⁸. Es así como la *hermenéutica constitucional* juega un decisivo papel en el orden de determinar la adecuación entre la realidad social, en cuya realidad esta inmersa la persona humana, y las respuestas de las políticas públicas²⁹⁹.

Y en el *caso de conflictos entre bienes jurídicos constitucionales* los criterios para sopesar unos sobre otros. Sino fuera así no sería posible explicar el fenómeno de *mutación constitucional* que ha irradiado todo el sistema jurídico salvadoreño en una labor auténticamente pretoriana de la SC. ¿Cómo explicar los resorte que han impulsado a la SC, por ejemplo, a adecuar la también preconstitucional *Ley de Procedimientos Constitucionales*? y nuevamente ¿Cómo explicar la recepción por parte de la jurisprudencia de la SC cuando ha aceptado: el Amparo contra ley auto aplicativa, el Amparo contra particulares, el *habeas corpus* de pronto de despacho, el *habeas corpus* contra desapariciones forzadas, la inconstitucionalidad por omisión, la inconstitucionalidad refleja y otras que seguramente sucederán, de la cual la tutela anticipada es solo otra manifestación.

La respuesta desde luego no puede estar basada en un supuesto activismo judicial. Sino en la eficiencia de los valores que la Constitución de la República ha reconocido a través del principio interpretación conforme a la

²⁹⁸ La doctrina especializada ha manifestado lo mismo (haciendo alusión al caso de la Constitución Española de 1978) de la siguiente manera: “*hay que entender, por tanto, que la totalidad de las regulaciones pre-constitucionales de regulación de derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición transitoria 3...*” GARCIA de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Civitas, Madrid, Pág. 74.

²⁹⁹ Marinoni parte de la fundamentaron axiológica de la constitución federal de brasil para dar cabida a los procedimientos sumarios que otorgan un equilibrio entre las partes procesales, así nos dice: “para verificar la necesidad de procedimientos especiales de cognición parcial y de los órganos judiciales especializados es necesario considerar los valores de la constitución federal. El art. 3º, III de la Constitución Federal es bien clara al afirmar que uno de los objetivos fundamentales de la republica federativa de Brasil es “erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales”. Es posible dejar claro, en esa línea de argumentación, que en todo procedimiento especial instituido por el legislador es un procedimiento legítimo a la luz de los valores de la Constitución...” MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*. Pág. 19. www.professormarinoni.com.br

Constitución de todo el sistema jurídico³⁰⁰. En ese sentido la tutela anticipatoria a través de la medida innovativa debe verse como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales y no en las paredes absolutistas de la LJCA. Pues como se mencionó en el primer apartado del capítulo 1.1, el Derecho Administrativo se vincula con el Derecho Constitucional en el plano de la eficiencia y el modelo objetivista de la justicia administrativa contribuyen a acentuar más la rigidez en el plano de la efectivización de los distintos derechos que las normas que integran el bloque de legalidad otorgan a los ciudadanos. Pero el modelo objetivo no puede ser el que impere en nuestro modelo de justicia pues se evidencia que lo que se controvierte en la jurisdicción administrativa son verdaderos derechos subjetivos y no una legalidad objetiva; y que la preconstitucional LJCA adolece de todas estas limitaciones por su concepción objetiva; no reconocer la *Tutela Anticipada*, es ratificar esta impronta y negar la justicia anticipadamente. Como mejor lo expresa el doctor **GARCÍA de ENTERRIA**:

“los que esta latiendo debajo de este intento incompresible es la arcaica concepción de que la jurisdicción contenciosa administrativa no es más que una jurisdicción parcial sobre un supersujeto que, por su propia naturaleza, no puede someterse a juez alguno. Esta concepción no es la de la Constitución que nos gobierna, simplemente, es una concepción vieja de dos siglos definitivamente abandonada en Europa”³⁰¹.

Y también abandonado por nuestro sistema jurídico pues como se ha dicho el derecho de acceso a la jurisdicción se deriva de los artículos 2 parte final, y 11, 86, 172 y 182 ord. 5º todos de la Constitución de la República irradia todo el sistema jurídico salvadoreño³⁰². Al respecto es ilustrativo el

³⁰⁰ GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La constitución como... Ob, Cit, Pág. 97.*

³⁰¹ GARCÍA de Enterría, Eduardo, prologo a *La Batalla por las medidas cautelares*. Ob. Cit. Pág. 20.

³⁰² El profesor Marinoni lo confirma para el sistema jurídico brasileño, el cual es de recibo en el salvadoreño: “la norma de derecho fundamental, independientemente de la posibilidad de su subjetivación, siempre contiene una valoración. El valor en ella contenido, revela el modo el objetivo, expandiendo necesariamente sobre la comprensión y el funcionamiento del sistema jurídico. Atribuyéndose a los derechos fundamentales, así mismo, una eficacia irradiante”. MARINONI, Luiz Guilherme, *El*

texto enunciativo del artículo 172 parte final del primer inciso: “*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.*” (Texto al parecer inadvertido por los pregonan una especialidad de esta jurisdicción) Es decir que justiciabilidad de la actuación de la administración pública, los agentes colaboradores de esta y los actos de los concesionarios tienen que ser, a luz de esta concepción, *sin inmunidades al poder* y uno de los últimos reductos de su inmunidad es la no utilización de la tutela sumaria, ora las medidas cautelares genéricas o la medida innovativa, en la utilización de su correcto nombre científico, pues digámoslos desde ya: la SCA ya ha pronunciado este tipo de procesos urgentes, aunque con una precaución grande.

Desde esa perspectiva es notable que la más reciente jurisprudencia de la SC sobre el derecho de acceso a la jurisdicción, haya sido *precisamente* en contra de la preconstitucional LJCA,³⁰³ en la cual la SC declaró inconstitucional las disposiciones que excluían de control jurisdiccional los actos administrativos de ciertos entes que bajo el imperio de la anterior Constitución, (1963) eran inmunes al poder del órgano jurisdiccional. Unos de los argumentos de la SC es interesante, por cuanto reitera la situación de los *derechos constitucionales procesales* que le asisten a la persona humana, este precedente tiene una potencialidad enorme por cuanto se refiere a dos aspectos, al manifestar la SC que existe: “*un plus de salvaguardia con la obtención y ejecución de una resolución judicial*”.

La sentencia solo desarrolla, por razones propias de “*thema desidemdum*” de la demanda, el *derecho constitucional procesal de acción*

derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Pág. 2.
www.professormarinoni.com.br.

³⁰³ Sentencia de la SC de fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro. Ref. 9-2003.

en cuanto obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Pero en cuanto a la otra parte, es decir, la ejecución de una resolución judicial, los alcances de su declaración, no están desarrollados³⁰⁴. No obstante esta idea es el punto de partida para afirmar la constitucionalidad de la tutela anticipada y la institución de la medida innovativa. Al respecto bien podría ser un apéndice de dicha sentencia lo escrito hace más de quince años en el *Manual de Derecho Constitucional*, cuando describe el contenido del derecho de acción o la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho constitucional salvadoreño cuando se lee que este derecho comprende:

5. A que se ejecute lo juzgado.(...) . A este objeto los tribunales deberán acordar **todas las medidas pertinentes para la efectividad de sus resoluciones**, con lo que también cabe entender, inserto dentro del mismo, **el derecho a la tutela cautelar o precautoria**; es decir, a que se adopten por el órgano jurisdiccional aquellas medidas cautelares precisas para la efectividad del eventual pronunciamiento condenatorio a dictar en su día³⁰⁵. (Negritas fuera del texto)

Sin duda alguna que la doctrina expuesta tiene el gran merito de incluir en ella a la tutela urgente como parte del derecho de acceso a la jurisdicción, lo hace eso sí, dentro del molde clásico, la tutela cautelar; pero ello no podía ser de otra forma en ese tiempo, en donde la idea de la atipicidad de los medios ejecutivos de la sentencia estaba arraigada en el Derecho, pero tampoco excluye la opinión transcrita *otras medidas pertinentes para la efectividad*; tan es así que Bertrand, Galindo et al, parte de la idea de la sentencia condenatoria como titulo ejecutivo para poder asegurar la efectividad de la sentencia. Ello como se sabe ahora, es solo presupuesto de

³⁰⁴ Así la SC en la sentencia citada: "Asimismo, la norma fundamental recoge en sus distintas disposiciones derechos constitucionales procesales que permiten generar confianza a los destinatario de la norma al establecer un plus de salvaguardia con la obtención y ejecución de una resolución judicial; esto constituye el derecho a la protección jurisdiccional que permite que el Estado a través del órgano encargado de juzgar y ejecutar lo juzgado pueda conocer del derecho de acción, que se manifiesta fundamentalmente en un proceso dentro del cual se conoce y resuelve una pretensión, la cual se ejercita mediante una declaración de voluntad que se deduce ante el Juez pero se dirige frente a la contraparte haciendo nacer la carga de contestar u oponerse."

³⁰⁵ BERTRAND Galindo, Et Al, *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª Ed. T.II Centro de Información Jurídica, Ministerio De Justicia, San Salvador, El Salvador, 1999. Pág. 919.

la tutela cautelar, pero no de la anticipatoria, pues no teniendo validez absoluta la máxima *nulla executio sine titulo* es posible asegurar la efectividad de la sentencia sobre la base de la prevención del daño y la preponderancia de la razón del actor, situación que en modo alguno es inconstitucional, pues la prohibición de la medida innovativa no puede estar basada en la prohibición de tomar una decisión con una dosis de probabilidad o en la neutralidad del juez, neutralidad que no debe confundirse con el concepto de independencia judicial.

4.1.4 El debido proceso y la tutela anticipada

En este apartado se pretende exponer las críticas que existen de parte de la doctrina que niega viabilidad a la *Tutela Anticipada* en el derecho comparado. No obstante lo anterior se observa una superación de las objeciones iniciales y una progresiva aceptación por los jueces de la idea de la tutela anticipada, ya sea incrementando los requisitos de procedencia, como el caso español a través de la reformulación del *periculum in mora* hasta la aceptación en la jurisprudencia de cualidad de proyección sobre el fondo de las resoluciones judiciales que otorgan ese anticipo.

Las dudas que la doctrina clásica expresa se encuentran superadas, desde luego no del todo ni de una forma unánime, y en nuestro sistema, es minoritaria la jurisprudencia que la admiten, como un instrumento procesal idóneo para no frustrar el derecho sustancial debatido. *Así, la crítica fundamental que se dirigen en contra de la medida innovativa, y otras instituciones de la tutela urgente es que están violan el debido proceso, pues prejuzgan el fondo del asunto, despachando resoluciones en la cuales se pronuncian como si ya el “pleito” estuviera ganado, lo que constituyen para algunos como una victoria velada.* Para llegar a la conclusión contraria, es decir, que no existe violación al debido proceso al expedir algún tipo de

antecipo de jurisdicción, se expondrá en que consiste la garantía del debido proceso desde la óptica de la Constitución de la República y la jurisprudencia de los distintos tribunales, con énfasis en la jurisprudencia de la SC para evidenciar que toda la impresión que se tiene sobre la violación del debido proceso con los principios que le informan, no es más que la preponderancia que la doctrina mayoritaria le ha atribuido a un garantismo formal, desde una óptica del Derecho Penal, parcela de fenómeno jurídico donde si es necesario que exista una prudencia máxima sobre la *Tutela Anticipada*.

4.1.4.1 Definición doctrinal y jurisprudencial del debido proceso

Existe una concepción que se cataloga como tradicional en la doctrina del debido proceso. Esta se encuentra orientada hacia la preponderancia de una parte de la relación jurídica procesal. El demandado o el imputado. Toda la dogmática construida lo ha sido precisamente a salvaguardar a estos de la acción del Estado o de un pretensor particular. Esta concepción ha sido una respuesta a situaciones históricas en la cual el demandado no tenía ningún tipo importancia desde que lo que se pretendía era una verdad real³⁰⁶ a toda costa, incluso bajo el empleo de medios probatorios infames, como la torturas, suplicios, ordalías y otras que se utilizaron para obtener una respuesta eficaz del sistema.

La crítica a este estado de cosas en el desarrollo del Derecho Procesal en general, género que en las postrimerías del siglo XX se empezará a

³⁰⁶ Los modernos estudio de filosofía del derecho han puesto en evidencia que la verdad real no es posible alcanzarla pues esta sucedió en un ámbito especial y temporal determinados, imposibles de reconstruir a la perfección, por lo cual el proceso solo alcanzara una verdad forma. Otra vez de forma grafica MARINONI en conjunto con Calamandrei nos dicen: "La "convicción de verdad" está relacionada con la limitación humana de buscar la verdad y especialmente, con la relación entre esa limitación y la necesidad de definición de los litigios. Para ser más precisos: el juez llega a la convicción de verdad a partir de la conciencia de la imposibilidad de descubrir la en su esencia, una vez que es demostrada la fabilidad del proceso para ello.

Trátese en otros términos, de recordar a Calamandrei cuando advertía que a pesar de la naturaleza humana no se es capaz de alcanzar verdades absolutas, " es un deber de honestidad acentuar el esfuerzo para llegar lo más pronto posible a esta meta inalcanzable". MARINONI, Luiz Guilherme, *Prueba, convicción y justificación enfrente de la tutela anticipatoria*. www.professormarinoni.com.br Pág. 2.

desarrollar un movimiento científico que propugnaba el empleo de límites a la actividad estatal de castigar. Estos límites fueron positivizadas en las distintas constituciones de los países y reconocidas también a nivel de la comunidad internacional a través de los distintos tratados internacionales. Y se empezó a hablar de las garantías que deben existir previos a la privación de un bien jurídico por parte del Estado, en especial de la libertad individual.

Pero esta concepción no fue exclusiva del proceso penal, y por ende era inevitable que dicha concepción de la actividad del “*ius puniendi*” del Estado fuera trasportada al ámbito del proceso civil, aunque desde luego con algunas diferencias. Signo de lo anterior en el sistema normativo salvadoreño lo constituye el hecho que el primer Código de Procedimientos Civiles, estuvieran unidos el proceso penal y el civil. El moderno constitucionalismo reivindicó estas garantías y las positivizó, desde tal arista que para que se pudiera privar a una persona de un bien jurídico debían seguirse una serie de actos procesales en los cuales la persona no sea objeto del proceso sino parte procesal, con una forma procesal plena, de juicio ordinario. Nuestra jurisprudencia en línea con lo anterior lo ha confirmado:

En tal sentido, 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 óptica -la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones-, dicho proceso *es el único y exclusivo instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados a su favor*³⁰⁷.

Pero como el proceso es una relación jurídica procesal compleja en la que no solo convergen el derecho fundamental del demandante a un debido proceso sino también de otros sujetos procesales que persiguen otras pretensiones contradictorias con las del primero, resultaba limitativo solo reconocer la garantía del debido proceso al demandante. Esta nueva

³⁰⁷ SC sentencia definitiva de fecha catorce de marzo de dos mil dos Considerando II-b. Ref.356-2000.

concepción ha generado la idea de dar al trasto con los “códigos de los demandados”³⁰⁸. Por eso los distintos eventos científicos empezaron a reivindicar la garantía del debido proceso³⁰⁹ para el demandante, en donde este contenga la posibilidad de un recurso judicial efectivo y en el menor tiempo posible (*en tiempo razonable dirán los instrumentos de derechos humanos*). De una forma contundente el XX Congreso de Derecho Procesal de la Argentina, expuso lo siguiente: *“El debido proceso es una preciosa garantía constitucional no solo del demandado, sino también del actor, e involucra el derecho de este a obtener una oportuna y efectiva respuesta jurisdiccional. La garantía del debido proceso es polifacética y no siempre se materializa en la realidad de igual manera”*³¹⁰. La SC está en línea con la anterior visión dimensional del debido proceso por cuanto establece, en el caso de la *Tutela Cautelar*, cual debe ser la teleología insita en ellas: *“propender la libertad individual en el caso del proceso penal, propender a la efectividad de los derechos, en el caso de los procesos no penales”*³¹¹.

Por tanto, esta revitalizada visión del debido proceso debe ser la guía que oriente al órgano judicial del siglo XXI y redefina al proceso como el instrumento por medio del cual los distintos jueces y tribunales realicen una justicia ahora y no después de dos, tres, o cuatro años en que simplemente la sentencia definitiva no servirá de nada, desprestigiado al órgano judicial y no contribuir a la paz social tan añorada, pues al responder tardíamente

³⁰⁸ PEYRANO lo expresa de la siguiente manera: en los últimos tiempos se advierte la formación de un curioso grupo de entusiastas que proponen un derecho procesal civil “garantistas”, como si propugnaran algo distinto los que propician un enjuiciamiento civil mas cercano a las urgencias de la hora y mas alejado de enfoques con telarañas. Insisten, por ejemplo, en no percatarse de que la garantía de un debido proceso es una vía doble de mano que también protege al demandante y a sus derechos...*La palpitante actualidad de la medida innovativa de la medida cautelar innovativa, Ob. Cit. Pág. 22.*

³⁰⁹ El XX congreso nacional de derecho procesal de la Argentina celebrado en la ciudad de Corrientes en 1999 así lo determino de en sus conclusiones. Así también en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal del año 1998 efectuada en Brasilia, en la exposición de Storme que en Europa la tendencia es dar por tierra a los “códigos de los demandados”.

³¹⁰ Conclusiones del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal Argentino (San Martín de los Andes, octubre de 1999)

³¹¹ SC, Sentencia definitiva de fecha cuatro de junio de dos mil dos: “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 mas la libertad personal y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, en los proceso no penales el aspecto mas relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva”. **Ref. 737-2002.** Amparo

provoca que los justiciables traten de hacer justicia por propia mano, en el peor de los casos. Ahora bien esta concepción del debido proceso como una garantía del demandado y del demandante *¿es extraña al sistema normativo salvadoreño?*, ya tuvimos oportunidad de citar la jurisprudencia de la SC de una forma genérica, falta por estudiar si efectivamente ello ya se ha presentado en los casos concretos de los demás órdenes jurisdiccionales aunque desde luego otra cosa es que la ley no la prevea, pero como el estadio del positivismo ya ha sido superado no hay duda que si el legislador todavía no es consecuente con el signo de los tiempos, y con la correspondiente adecuación de la garantía del debido proceso desde la óptica constitucional comentada, no es menos cierto, por ello que lejos de ser un obstáculo solo confirma lo que ha sido la dinámica del desarrollo del Derecho Occidental del linaje del *Civil Law*, ya que las falencias del Derecho Positivo son notadas y superadas por el órgano judicial el que desarrolla a través de una concreción jurisprudencial los casos que necesitan de tutela jurisdiccional efectiva. Como se demostrará en este capítulo esta jurisprudencia ha reivindicado el papel de la jurisdicción del siglo XXI, para ser una *jurisdicción con responsabilidad social*. La SC ha así lo tiene ratificado y poniéndose en línea con la doble dimensión del debido proceso ha dicho:

Desde la 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 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 efectiva³¹² (negritas fuera del texto).

La sustancia de esta concepción de la SC, independiente el aspecto del derecho de acceso a la jurisdicción al que hace referencia (tutela

³¹² SC, Sentencia definitiva de fecha cuatro de junio de dos mil dos. Ref. 737-2002. Amparo

cautelar) es que: *en los procesos no penales la satisfacción de las pretensiones debe ser efectiva* y esto no es otra cosa que otorgar las medidas jurisdiccionales capaces de no enervar el derecho de fondo debatido, sea que un particular se presente como el demandado o de las administraciones públicas o cualquier otro poder público; este es el verdadero rol del poder judicial del siglo XXI en el tema de la efectividad de la jurisdicción.

4.1.4.2 Acotaciones a las definiciones anteriores

Las anteriores citas sirven como notas conceptuales para determinar cual es el contenido del derecho debido proceso como parte del derecho de acceso a la jurisdicción desde la óptica salvadoreña. Así estos son: **a)** libre acceso al órgano judicial; **b)** obtener del ente jurisdiccional una decisión fundada y motivada 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; **d)** que el fallo efectivamente se cumpla; y **e)** obtener todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia entre ellas la tutela cautelar³¹³. Los primeros cuatro componentes del derecho de acceso a la jurisdicción han sido reconocido por la SC en distintos fallos entre ellos la sentencia dictada en el proceso de Amparo referencia 384-1997³¹⁴ y 738-2002 y el ultimo componente la sentencia referencia 737-2002³¹⁵. De los cuales se debe reiterar que el aspecto de la

³¹³ Resulta interesante notar que esta idea ya esta expresamente en una obra clásica de la doctrina salvadoreña desde hace más de quince años. Efectivamente Bertrand Galindo y otros enuncian que son 6 los elementos que integran el derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva: a) acceso a los órganos de jurisdicción; b) el control judicial de cualquier acto lesivo de la esfera jurídica personal; c) obtener una decisión jurídicamente fundada; d) a que se declare la inconstitucionalidad de la leyes, tratados, decretos y reglamentos o la inaplicabilidad; e) a que se ejecute lo juzgado. Resulta interesante transcribir la parte de este ultimo componente en donde se dice: "a este objeto los tribunales deberán acordar todas las medidas pertinentes para la efectividad de sus resoluciones, con lo que también cabe entender, inserto dentro del mismo, el derecho a la tutela cautelar o precautoria.... BERTRAND Galindo, *et al*, *Manual de Derecho Constitucional*, Ob. Cit. Pág. 917-919.

³¹⁴ SC, Sentencia definitiva de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 384-1997 y Sentencia de fecha veintiocho de octubre de dos mil tres. Ref. 738-2002. Amparo

³¹⁵ SC, Sentencia definitiva de fecha cuatro de julio de dos mil dos. Ref. 737-2002. Amparo

tutela cautelar como componente de este derecho procesal constitucional *ha pasado inadvertido por la doctrina y jurisprudencia administrativa clásica*, que se resiste a aceptar esta interpretación de la SC. Ahora bien, se debe decir que no existe un reconocimiento de la jurisprudencia constitucional con respecto a la tutela anticipada; pero ello no significa que esté vedado, pues recordemos que la misma SC tiene por establecido la fuerza expansiva de los derechos fundamentales a través de la expresión *catalogo abierto de derecho* que se encuentra precisamente esa jurisprudencia reciente en contra de la LJCA.

4.1.4.3 El debido proceso desde la perspectiva del demandado

La recapitulación arriba esbozada obliga a concretizar los aspectos de este derecho procesal constitucional desde una parte de la relación jurídica sustancial que se debate en el proceso, cualquiera sea la naturaleza de este. Así, lo tradicional es que al demandado se le otorgue la oportunidad de defensa previo a la privación de un bien jurídico³¹⁶. Ahora bien, esta garantía no se rompe por el hecho de contar el proceso con una estructura distinta a la cognición ordinaria. Más bien esta defensa está en relación con el derecho material de fondo y la incontestabilidad del mismo, pues no es lo mismo el tipo de contradictorio que se otorga cuando la base de la acción del actor consta en un título con fuerza ejecutiva, que cuando se pretende el reconocimiento de un derecho.

Desde la óptica de los procesos sumarios, importa destacar el parámetro legitimador del derecho de defensa ante el otorgamiento de una tutela anticipada por medio de la medida innovativa, para dejar constancia de la no vulneración del derecho de defensa. *La doctrina alude al control del*

³¹⁶ Recordemos que la técnica del contradictorio diferido no atenta contra el derecho de defensa, pues de ser así, ni el procedimiento monitorio sería admisible. Pero como la experiencia de la legislación comparada que el proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil plasma, en el contradictorio diferido sirve para dar valor a la economía procesal.

otorgamiento o no, de ellas a través de la racionalidad y proporcionalidad de la tutela sumaria otorgada y no de la discusión si deben otorgarse inaudita part. El profesor **MARINONI**, nos dice:

Cuando se piensa en la verosimilitud suficiente para la concesión de la tutela anticipatoria, el real problema está en la racionalidad de la decisión judicial, o mejor aún, en controlar la racionalidad de la decisión que concede, o no, la tutela anticipatoria. Acontece que esa racionalidad, como esta demostrando, no puede ser garantizada a través de una artificial e imposible determinación de grado de verosimilitud o de una indebida restricción del derecho de la producción de prueba³¹⁷.

Por ello, si la naturaleza jurídica de la tutela anticipatoria no es mas que el adelantamiento de los efectos ejecutorios de la sentencia a través de una justa distribución de la carga del tiempo en el proceso, es racional que el derecho de defensa se garantice a través de la exteriorización de todos los elementos fácticos y jurídicos que llevaron al convencimiento al tribunal a otorgar esa clase de tutela, para que la parte que es destinataria de tal medida pueda controlar su racionalidad, de lo contrario habrá cierta sensación de parcialidad, con una resolución diminuta que simplemente haga a lugar la tutela anticipatoria.

El problema que se plantea en el caso de la jurisdicción administrativa en la actual configuración, es el del control de la resolución judicial por otro tribunal especializado; habida cuenta que la SCA es el único tribunal en el país con competencia en la jurisdicción contenciosa administrativa. La única posibilidad que el sistema plantea es el Amparo ante la SC. Desde la perspectiva del demandante se expone que los derechos que están en juego al momento de otorgar la tutela anticipatoria son: **a)** el derecho de defensa; **b)** el derecho de contradicción³¹⁸.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prueba, Convicción y justificación frente a la tutela anticipatoria*. Ob. Cit Pág. 10.

³¹⁸ GARDELLA, Luis Luciano, *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Tramite. Recursos*, En *Medidas Autosatisfactivas*, director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 262.

4.1.4.4 El debido proceso desde la perspectiva del actor

Como quedo planteado en la jurisprudencia de la SC éste consiste en la efectividad de la sentencia en los procesos no penales cuando se trata de la tutela cautelar. Efectividad que debe buscar su motivo racional en evitar un daño irreparable al titular o portador de un bien jurídico tutelado, y evitar que la duración del proceso vuelva infructuosa la actividad jurisdiccional. Desde esta perspectiva se plantea la necesidad de evitar el *periculum in mora* y el *periculum in damni*. El *periculum in damni* ya ha sido reconocido por la jurisprudencia salvadoreña, (como se expuso en el capítulo 3.4.5 aunque con la excepción del orden jurisdiccional de familia, no con el *nomen iuris* “correcto. Desde la perspectiva del actor, el otorgamiento de la tutela anticipada supone el respeto de los siguientes derechos constitucionales procesales: **a)** derecho de acceso a la jurisdicción del cual se derivan los siguientes principios que deben informar la actividad del órgano judicial: principio de justicia pronta, economía procesal, humanización de la justicia y eficacia³¹⁹.

4.1.4.5 Equilibrio del debido proceso o de igualdad de armas procesales

Más que de igualdad debe hablarse de equivalencia. Es la reformulación de este principio el que se criticara en Italia, en razón de la tutela de los nuevos derechos de la Constitución de 1948, con la que se evidenciaron las necesidades de otorgar una carga del tiempo distinta a aquellos sujetos procesales que no eran iguales en su poder económico o en la situación de disfrute de hecho que le otorgaba su actividad antijurídica. Así la SC tiene reconocido esta garantía procesal de la siguiente manera:

³¹⁹ GARDELLA, Luis Luciano, *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Tramite. Recursos*. Ob. Cit. Pág. 260-261.

En el caso de los procesos jurisdiccionales, siendo que todo pretensor y todo resistente tienen el derecho a defenderse de los postulados vertidos en su contra en igualdad de condiciones, el Estado, en el proceso, está en la obligación de dotar a aquellos de iguales armas procedimentales para poder concretar su defensa y resistencia o, al menos, de *equivalentes armas procesales*, pues es indudable que la posición de uno frente a otro, aunque de un mismo nivel, es distinta³²⁰.

Esto de, “*aunque un mismo nivel, es distinta*”, significa que es equivalente; o *mejor, igualdad no es sentido aritmético*, pues la estructura del proceso que previamente el legislador le asigne o no, no significa que enerve dicho principio, pues lo que se trata es de articular técnicamente el proceso judicial en la se garantice el *núcleo* de tal derecho. Es mas, nuestra jurisprudencia tiene establecido que el no establecimiento de un plazo para contestar la demanda en un proceso especial, no es inconstitucional “*per se*”, sino que se tiene buscar la solución racional.

En el caso la SC llego a tal conclusión cuando no estaba previsto un plazo para contestar la demanda, lo que no impidió a nuestro mas empinado tribunal emplear la técnica de la integración, pues entendió que si el termino probatorio otorgado era de ocho días, ese plazo probatorio se adecuaba a la forma sumaria del Código de Procedimientos Civiles, y por tanto de aplicación el plazo de tres días para la contestación de la demanda que se establece para ese tipo de cognición.

4.1.4.6 La tutela anticipada y el principio de contradicción

*La tutela anticipada no es más que otra aplicación práctica de los principios de efectividad y eficaz del proceso por medio de la distribución de la carga del tiempo en el proceso*³²¹. Por tanto el derecho de contradecir

³²⁰ SC, Sentencia definitiva de fecha veintiocho de mayo de dos mil uno. Considerando V-2-B. **Ref. 14-1999.** Inconstitucionalidad.

³²¹ Esta es la naturaleza jurídica que el profesor Marinoni le asigna a la tutela anticipada. MARINONI, Luiz Guilherme, *La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño*, en *Jurisprudencia Santafesina*, N° 25, p. 29. Citado por VARGAS, Abraham, Luiz, *Teoría General de los procesos urgentes, En Medidas Autosatisfactivas, Ob. Cit. Pág. 91.*

las resoluciones judiciales adversas no se violenta *por diferir la oportunidad procesal en que esta contradicción se realiza como se expresó en el párrafo anterior*. La doctrina enseña y la legislación procesal salvadoreña lo confirma, que ya existen otras instituciones procesales que han sido creadas para dar vigencia a los principios de celeridad procesal y dentro de estos a los valores eficacia y eficiencia.

Los casos que se mencionan son: **a)** las medidas anticipadas de prueba; **b)** la afectación de personas o bienes al resultado del proceso, **c)** la búsqueda de procesos rápidos (sumarios, y procedimientos especiales) **d)** la abreviación de pasos procesales, **e)** las limitaciones recursivas, **f)** la concentración procesal, **g)** la intervención temprana del juez (audiencia preliminar) **h)** el impacto positivo de la tecnología.³²² En realidad lo que estas técnicas vienen a demostrar es que no son más que las formas por medio de las cuales se manifiesta la eficiencia y la eficacia dentro del proceso. Estos valores del proceso han sido positivizados en distintas instituciones procesales y sustanciales.

En la legislación salvadoreña se pueden encontrar algunas de estas especies, por ejemplo: **a)** Anticipo de prueba en el proceso penal, artículo 270 del Código de 1998³²³; **b)** Anticipo de prueba en el proceso penal juvenil. Art. 79. Ley Penal Juvenil; **c)** Anticipo de prueba en el proceso de familia, artículo 270 Ley Procesal de Familia; **d)** La declaración anticipada de mercancías regulada en el artículo 87 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano. En el proceso de familia se debe mencionar que de conformidad con el artículo 44 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, establece que son aplicables de forma supletoria los procedimientos de la

³²² ARAZI, Roland, KAMINKER Mario, *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata*, en *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 39-40.

³²³ Dicho lo anterior es necesario manifestar que siendo el Derecho Penal y Procesal Penal el derecho común en materia de derecho administrativo sancionador no es obstáculo para que se practique en los procedimientos disciplinarios de la administración pública un anticipo de prueba, reuniendo los requisitos que establece el Código Procesal Penal.

Ley Procesal de Familia, con lo cual es de plena aplicación la prueba anticipada en materia de violencia intrafamiliar.

Por ello es valido que nos preguntemos al final de esta descripción del debido proceso desde la óptica doctrinal y jurisprudencial sí la tutela anticipada por medio de la medida innovativa es contraria al mismo. Dicho en otras palabras. *¿Al expedir la SCA la tutela anticipada viola el artículo 11 de la Constitución de la República?*. Para aclarar este hecho ya se dijo abstractamente cual es la naturaleza jurídica de la tutela anticipada, ahora falta esclarecer cual es el efecto procesal que se tiene cuando se dictan estas providencias judiciales, pues de ello dependerá que se acepte como valida esta decisión.

En efecto, el profesor **MARINONI** afirma que el presupuesto cognitivo para evidenciar que no hay prejuzgamiento radica en hacer la diferencia entre la interinidad de la satisfacción de la tutela anticipada y la cognición exhaustiva propia para formar un juicio definitivo y la cosa juzgada que presupone un conocimiento exhaustivo. Para exponer con mayor fidelidad lo anterior es conveniente transcribir su pensamiento en este capital punto.

Cuando publicamos, en 1992, tutela cautelar y tutela anticipada, dejamos claro que la jurisprudencia y la doctrina venían confundiendo satisfactividad con definitividad. Decíamos: la tutela solamente puede ser definitiva, dispensando la “accion principal”, cuando la cognición es exhaustiva. La tutela satisfactiva, cuando es cognición sumaria, exige el proseguimiento del contradictorio, no solo por que no puede haber cosa juzgada material sin cognición exhaustiva (carga declaratoria suficiente) como, también, porque el reo solamente puede sufrir un prejuicio definitivo (que no puede ser cuestionado) en razón de una sentencia definitiva fundada en cosa juzgada material³²⁴.

Por ello no puede hablarse de una violación al derecho de defensa, pues es provisional el adelanto de jurisdicción.

³²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, Anticipação da tutela, Ob. Cit. Pág. 36. (item, 3.3.1)

4.1.5 Naturaleza jurídica de la tutela anticipatoria

El efecto de despojar de la situación de ventaja al infractor (poder público o particulares) de la norma jurídica --o en caso del Derecho Administrativo, de la cadena de legalidad que otorga una situación activa al ciudadano, Constitución, ley, reglamento o acto administrativo—sin que se llegue al agotamiento del proceso de conocimiento pleno contemplado en nuestra legislación procesal civil, que es de aplicación directa al proceso administrativo (art. 53 de la LJCA en relación con el art. 124 del CPC) puede llegar a confundir a cierta doctrina y jurisprudencia sobre la verdadera naturaleza de esta institución por el simple hecho de ver el efecto que estas tienen sobre el derecho material que se ha visto beneficiado por una tutela anticipada. Así por ejemplo se dice, erróneamente, que la naturaleza jurídica de esta sería *de una sentencia estimatoria anticipada*. Esta concepción no distingue entre la sumariedad del procedimiento en sentido formal y restricción de la cognición, como se dijo en el párrafo anterior³²⁵. Por tanto lo que impide pensar que la tutela anticipatoria hace incurrir en indefensión a la administración pública es la provisoriedad comprendida en el sentido que: *“la provisoriedad de la tutela anticipada debe ser entendida como su incapacidad de definir la controversia, por su absoluta falta de idoneidad para la declaración, o en otros términos, para la producción de cosa juzgada material”*³²⁶.

4.2 La Medida Innovativa

La tutela anticipada puede estar implícita en otras instituciones procesales. Como la medida innovativa. La primera institución que

³²⁵ MARINONI, Luiz, Guilherme, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la perspectiva de los derechos fundamentales*. Disponible en www.professormarinoni.com.br Pág. 17.

³²⁶ MARINONI, Luiz, Guilherme, *Anticipação da Tutela*, Ob. Cit Pág. ,354. (ítem, 4.11)

analizaremos surge de una forma sistemática en la década de los 80 a través de los trabajos constantes del doctor **PEYRANO**. Encasillada en un principio como una medida cautelar, ha sufrido con el devenir del tiempo un desarrollo inesperado en sus primeros planteamientos. Desarrollo que, después del caso *Camacho Acosta*, ha sido recibida en el Derecho Argentino, con *la cualidad de anticipar total o parcialmente la pretensión*, es decir de vehiculo para la tutela anticipatoria, cuestión que fue avizorada en el surgimiento de la institución.

Eso sí, transportando las consecuencias doctrinarias de otros sistemas jurídicos como lo menciona **PEYRANO**³²⁷ y lo cual consideramos que se ha presentado el mismo suceso en el sistema jurídico salvadoreño, por menos en la jurisdicción de contenciosa administrativa y constitucional, a través de los *leading cases* que se comentaran en el apartado 4.7. Por ello nos referiremos en adelante a la medida innovativa con la característica de anticipar la tutela.

4.2.1 Delimitación conceptual

El interventor de esta especie de *Tutela Anticipada* la define así:

Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, o se disponga la generación de una nueva situación distinta a cualquier a cualquier otra preexistente; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor³²⁸.

Como se enunció en el primer párrafo esta primera institución tiene sus orígenes actuales en la reformulación dada por **JORGE W. PEYRANO** en la Republica Argentina, el cual a través de la obra titulada *la medida cautelar*

³²⁷ PEYRANO, Jorge, W, *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*. Ob. Cit. Pág.35.

³²⁸ PEYRANO, W, Jorge, *Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes en Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág.45-46.

innovativa fue el primero en teorizar sobre su aplicación al proceso civil argentino.³²⁹ La misma a sufrido desde su reformulación una variedad de matices que la han hecho evolucionar hasta el grado que en la actualidad la doctrina reconoce múltiples características; en consonancia con lo anterior se han establecido los presupuestos procesales para la adopción de la misma y se ha vuelto necesario establecer las diferencias y similitudes con otras instituciones procesales.

Pero esta evolución acaecida en la medida innovativa es necesaria la comparación de su evolución en otras culturas jurídicas, para establecer las similitudes y las posibilidades de aplicabilidad de todo el progreso científico acaecido al sistema normativo salvadoreño.

4.2.2 Su *nomen iuris* y denominaciones

Se impone como algo de previo y especial pronunciamiento mencionar que esta institución procesal ha recibido distintas denominaciones e incluso omisiones de nombramiento por parte de los Tribunales de justicia cuando se han dictado. Pero como los actos jurídicos tienen la denominación que son de su naturaleza, se impone ante todo la delimitación conceptual. Así, en una primera denominación que ha recibido es el de *medidas cautelares positivas*. Como se adelanto; esta denominación es usada por lo general en el reino de España³³⁰ y hace referencia a la característica, del *contenido* del mandato judicial (de hacer); también se ha utilizado el nombre de *medidas cautelares*

³²⁹ Cfr. WHITE Inés Lépori, *La pretensión innovativa a la luz del principio iura novit curia*. En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 121.

³³⁰ 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, Pág. 294. 2000

innominadas, haciendo referencia a su no previsión por la legislación;³³¹ así mismo *cautela material* por los efectos que tienen sus dictado sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, que puede ser total o parcialmente estimatoria para el peticionario, por ultimo también se le ha denominado medida cautelar atípica aludiendo al poder cautelar genérico de la jurisdicción.

4.2.3 Imprecisiones de las anteriores denominaciones

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 la actividad que se controvierte como ilegal, es decir, “*ex nunc*”, o mejor aún, *la medida innovativa puede ser positiva y negativa*.

Pero esto no significa que sea correcto *identificar el contenido de la resolución judicial con su naturaleza jurídica*; pues 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

³³¹ GAMERO Casado, Eduardo, *Ob. Cit.*, Pág.104.

aparición; en este punto la doctrina habla de *certeza suficiente*³³² 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*³³³. Como último elemento de juicio se debe decir que etimológicamente *verosimilitud* significa: “parecido a la verdad”, lo cual no es exigencia de la medida innovativa sino una *certeza suficiente* cuando esta tiene “corazón de anticipo”, en la frase gráfica de **PEYRANO**.

Lo que pasa es que esta dominación de encuentra muy difundida sobre la base de una premisa errónea la cual es suponer que si el mandato es de hacer ello “*per se*” es anticipatorio³³⁴ lo cual no es así; además de esto el hecho que en el ámbito del derecho procesal administrativo la única medida cautelar sea de índole negativo ha hecho suponer que cualquier otra distinta, tiene carácter anticipado; y a la vez a cegado la posibilidad de ver una tutela anticipada en la resolución que contenga una orden negativa, pero la diferencia básica, como nos recuerda el profesor de la Universidad Federal de Paraná, es que la tutela cautelar protege el derecho sin satisfacerlo, mientras que la anticipada sucede todo lo contrario³³⁵.

En cuanto a la segunda denominación (*medidas cautelares innominadas*) tampoco se puede considerar muy feliz, por cuanto se corre el riesgo de identificar la circunstancia de no estar regladas o legisladas de algunas medidas innovativas, como una característica definitoria de esta. Se puede decir que si bien una de las características de los procesos los

³³² CARBONE, Carlos Alberto, Pág. 99

³³³ Ibidem.

³³⁴ Este es el sentido que la doctrina clásica le atribuye a la medida cautelar positiva la cual equiparan con tutela anticipada; así el doctor Padrós ocupa como equivalente estos términos. Cfr. Padrós, Ramiro, Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 362.

³³⁵ MARINONI, Luiz, Guilherme, *Anticipação da Tutela*, Ob. Cit. Pág. ,354

urgentes, de la cual la innovativa es parte, es precisamente la falta de previsión por el legislador, ello puede no ser cierto en algunos casos³³⁶.

Con todo 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. La tercera denominación, cautela material, tampoco es acertada, pues confunde el efecto de algunas medidas innovativas que resuelven total o parcialmente la pretensión planteada en la demanda o "*thema desidendum*". De tal suerte que esta denominación hace aparecer, con lo de *cautela material*, como una misma cosa el derecho sustancial debatido y la *Tutela Anticipada* adoptada.

El otro nombre que la doctrina le ha asignado tampoco es muy atinado, pues, nuevamente hace referencia al carácter reglado o no, de tal forma 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 encuentre 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*" (ya se menciona que la doctrina habla de 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 esbozada hace más de veintiséis años y retocada en cuanto a la posibilidad de retrotraer la situación y generar otra que no este preexistente, pues acá

³³⁶ Fuera del ámbito del Derecho Administrativo, puede encontrarse en el Derecho de Familia. Así el artículo 255 del Código de Familia dispone del derecho de alimentos provisionales.

existe, a diferencia del modelo español, existe una definición de esta tutela anticipatoria³³⁷.

4.2.4 Características

A pesar de tener un largo historial de aplicabilidad, 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: 4.2.4.1 efecto retroactivo; 4.2.4.2 modificación de hecho o derecho de una situación preexiste o no al momento de su dictado; 4.2.4.3 puede presentarse como medida cautelar; 4.2.4.4 puede presentarse como tutela anticipada: 4.2.4.5 puede presentarse como medida autosatisfactiva³³⁸. Cada una de estas características han sido utilizadas por la jurisprudencia de la SCA en los casos emblemáticos, lo ha hecho eso sí, sin utilizar los conceptos científicos aplicables; pero ello no exime que bajo la luz orientadora de esta doctrina se pueda identificar la cual

³³⁷ En el sistema normativo español se contenta con una solución descriptiva del fenómeno anticipatorio por cuanto, estatuye la medida positiva, como la contracara de la suspensión del acto administrativo, es decir como un hacer, y no se muestra una definición de lo que se debe entender por hacer del demandante; de tal forma que no estatuye los efectos de ese "hacer". Por ejemplo, si es generador de una situación que no es preexistente en el demandante. Ello se puede evidenciar en la concepción del doctor García de Enterría, cuando alude a las reformas hechas a la abrogada Ley de Enjuiciamiento Civil de España, (LEC) en el artículo 1428, como una de las bases de la extensión del poder cautelar del juez civil al juez administrativo, el cual fue precisamente reformado para permitir la procedencias de medidas cautelares en los procesos en que estuviera en discusión obligaciones civiles de hacer. Nótese que ahí fue fácil hacer la correlación entre hacer (medida positiva) y no hacer, contenido de la suspensión del acto administrativo impugnado. Cfr. García de Enterría, Prologo a *La Batalla por las medidas cautelares*, Ob. Cit. 19. Pero como lo expresa la profesora María Pía Calderón el artículo 1428 de la LEC (como el artículo 700 del Código Procesal Civil Italiano) originalmente no fue pensado como un poder cautelar genérico, sino residual; y fue pensado en función de un tipo de sentencia en específica: la sentencia condenatoria, condenatoria de las obligaciones de hacer, no hacer y dar una cosa específica de las acciones personales. Cfr. CALDERON, Cuadrado, M^a Pia, *Las medidas cautelares Innominadas*, en *Las Medidas Cautelares*, cuadernos de derecho judicial. Consejo general del poder judicial, Pág. 308-309. este es el origen que se denominen como cautelar positiva por ser el fondo una acción personal.

³³⁸ Las primeras tres características están tomadas expresamente de lo dicho Peyrano en: Peyrano, W, Jorge, *Pasado y Presente de la medida cautelar innovativa en Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 16; PEYRANO, W, Jorge, *la palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, 2003, Santa Fe, Pág. 26; y PEYRANO, W, Jorge, medida cautelar innovativa, Depalma, Buenos Aires, 1981. Las últimas dos del opúsculo del doctor Baracat en: BACARAT, Edgar Reflexiones, *reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro*, en *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 70.

la verdadera naturaleza jurídica de esas resoluciones que bajo el ropaje de suspensiones de acto cobijan una verdadera tutela anticipada, lo cual, es de por sí un gran merito de los tribunales.

4.2.4.1 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 salvadoreño³³⁹. 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 laconismo 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"*³⁴⁰. Esta línea jurisprudencial, por

³³⁹ El inciso segundo del artículo 16 de la LJCA establece "*La suspensión sólo procede respecto de actos administrativos que produzcan, o puedan producir, efectos positivos*".

³⁴⁰ Sentencia de la SCA de las doce horas del quince de diciembre de dos mil cuatro. Ref.285-A-03. Igual línea jurisprudencial se ha mantenido en las Sentencias: Ref. 80-E-2002 de fecha veinticinco de mayo del año dos mil cuatro; Ref. 141-G-2002 de las ocho horas del día tres de marzo del año dos mil cuatro; Ref. 82-E-2002 de las ocho horas treinta minutos

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 revocado la suspensión de acto una vez ya había sido concedido la medida cautelar de la suspensión del acto, además la materia de todos los precedentes citados es en contrataciones de la administración pública como se estudiara abajo.

La características de la retroactividad es la nota mas distintiva de las otras, es el mismo **PEYRANO** quien 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*³⁴¹.

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, como se expresó en capítulo 3.4.1; 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 o incluso ante una medida innovativa con proyectividad sobre el objeto mediato de la pretensión.

del día veinticinco de mayo del año dos mil cuatro; Ref. 90-G-99 de las diez horas y treinta minutos del día siete de febrero del año dos mil uno; Ref. 203-R-2002 de las ocho horas diecisiete minutos del día veintiocho de enero de dos mil cinco.

³⁴¹ PEYRANO, W, Jorge, *la palpante actualidad de la medida cautelar innovativa*, Ob, Cit, Pág. 26.

4.2.4.2 Modificación de hecho o 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 impugnado. Pero también la **medida innovativa** puede ordenar la no realización o la abstención de una acción de hecho o derecho de la autoridad demanda, como se observa de la definición del doctor **PEYRANO**.

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*”³⁴², 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. Los precedentes judiciales en los que se aprecia esta situación son los que están bajo la referencia 158-R-2001; 130-R-2000; y 174-C-2000. En el primero de ellos Carlos Rodríguez García **c/** 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

³⁴² Debe insistirse que en la naturaleza originaria de la LJCA, la cual estatuyó un modelo de justicia objetivo, cuya finalidad era la averiguación de la conformidad o no de la administración pública con el derecho objetivo. En tal sentido el inciso segundo del artículo 7 de la LJCA de 1978 está en correspondencia con el efecto anulador del modelo de justicia de la LJCA, por ello todo el sistema de la tutela cautelar está en coherencia con ese mismo sentido anulador.

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 situación³⁴³.

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 revocatoria solicitada³⁴⁴.

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. El siguiente precedente que abordaremos es un caso de *servicio público* de agua potable en donde la parte actora demanda a una alcaldía por la instalación de una tubería de agua potable. Como fácilmente se advierte la desestimación era previsible por cuanto las municipalidades carecen de competencia para la instalación, mantenimiento y funcionamiento de este servicio. Así lo declaró la SCA. Lo que surge como cuestionable es que siendo la oportunidad para explicar los posibles efectos de una medida positiva (como lo entiende la terminología dominante) simplemente se haya esgrimido una *ratio legis*, sobre todo si se tiene en cuenta que era un litigio de un *servicio público esencial*. La SCA al respecto expuso:

³⁴³ En estos casos es clave poder hacer la distinción conceptual entre *periculum in mora* y *periculum in damni*, pues si el actor se entraba posiblemente en el segundo presupuesto, teniendo su sustento económico únicamente de las rentas que le produce el libro de protocolo (que como indicio para determinar esto se podría utilizar el número de hojas de protocolo que ocupa en un período determinado). Además de esto, el actor pudiera acreditar que bajo su responsabilidad esta la manutención de su núcleo familiar, es obvio que aquí el peligro de infructuosidad del objeto litigioso es más patente que cuando una persona que solicita la suspensión del acto; tiene suficientes rentas para poder hacer frente al transcurso del tiempo en el proceso. Por eso es que la técnica de la tutela anticipada trata de distribuir el tiempo de forma isonómica entre las partes, al decir de Marinoni.

³⁴⁴ Sentencia de la SCA de las ocho horas del día veintiséis de agosto de dos mil tres. Ref. 158-R-2001

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. Sobre ello la Sala expuso que 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 Administrativa³⁴⁵ (negritas fuera del texto)

Nuevamente aparece el criterio de no existir estar prevista legalmente una medida urgente distinta a la suspensión de acto. Aunque lacónica —aquí no se invoca al espíritu del legislador— la ratio es la misma: "*Los jueces son más que la boca de la ley*". En dicha resolución se puede evidenciar poco esfuerzo justificativo, pues aún con la sin razón de la parte actora se debió exponer la racionalidad de la denegatoria,³⁴⁶ supongamos por un momento hipotético, si la autoridad demandada hubiera sido la ANDA y la pretensión cautelar de la actora hubiera contado con los presupuestos clásicos de la medidas cautelares. *¿Hubiera denegado la SCA la instalación de este servicio al consumidor que lo necesitaba?* La respuesta es positiva a la luz de la justificación para denegar la tutela anticipatoria, que como vimos al decir del profesor **MARINONI** debe ser racional desde la justificación de, no solo su otorgamiento, *sino con mayor intensidad de su denegatoria*.

En línea contraria a esta postura, la doctrina procesal "*iusprivatista*" ha expresado que no se trata de un irrespeto a la autoridad de la ley ni mucho menos del principio de legalidad: "*una doctrina o una institución jurídica no*

³⁴⁵ SCA sentencia del día treinta de agosto del año dos mil dos. Ref. 130-R-2000

³⁴⁶ Se puede argumentar en contra de esto que no tiene sentido pronunciarse sobre la procedencia desde el momento mismo en que no aparece fundado el derecho. Pero ello no ha impedido a la SCA a pronunciarse sobre la admisibilidad de una tutela anticipada en otros casos en que la admisión de la demanda se ha declarado in *persequendi* litis. Cfr. Auto de fecha once de enero de dos mil siete. Ref. 254-2006.

legislada no necesariamente es ilegal, y mucho menos inconstitucional”³⁴⁷

El otro caso, con que concluimos esta síntesis jurisprudencial, sin perjuicio de volver en el lugar más idóneo, esta referido a la controversia suscitada por Concejo Municipal de San Salvador, y los casinos Izalco videos, tropicana videos y bingo de Paris, sobre explotación del negocio de máquinas traga *níquele*. En la cual se retirara la autorización para seguir funcionando a los anteriores negocios.

La parte actora solicita que en el transcurso del proceso de dicte, con el carácter de medida cautelar positiva, la autorización que le permita seguir funcionando, alegando que no es impedimento el hecho de no estar legislada, así la SCA expuso:

...esta Sala expuso que: "la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto administrativo, sin hacer alusión alguna a las medidas positivas e innominadas", y agregó que: "no comparte el criterio expuesto por el peticionario, en el sentido que pueden dictarse tales medidas... sin fundamento legal alguno, y por ende sin la existencia de parámetros objetivos para su adopción". Así, declaró sin lugar la revocatoria solicitada, solicitó a la autoridad demandada un nuevo informe en que señalara las justificaciones de legalidad de los actos que se le imputaba y además se ordenó notificar al señor Fiscal General de la República la existencia de este proceso³⁴⁸.

Nuevamente el criterio que resalta este fallo es su falta de previsión legal por parte del legislador. Conviene en este momento dejar planteada que el criterio de falta de previsión legal será contrastado en el capítulo 4.9.1, pues en *los leading cases* analizados no se tuvo en consideración la falta de previsión legal para otorgar una medida urgente con corazón de anticipo de tutela que aunque nominándose bajo la suspensión del acto impugnado y reclamado respectivamente, desbordaron el marco de las respectivas leyes

³⁴⁷ WHITE Inés Lépori, *Ob. Cit.* Pág. 134.

³⁴⁸ Sentencia de la SCA de las diez horas y treinta y un minutos del día dieciséis de octubre del año dos mil uno. **Ref. 174-C-2000**

preconstitucionales que dan amparo, a la típica medida cautelar en el proceso de Amparo y administrativo respectivamente.

4.2.4.3 Puede presentarse como medida cautelar

La doctrina es conteste en admitir que no es nuevo decir que en un principio la medida innovativa tuvo origen dentro de la tutela ortodoxa cautelar³⁴⁹. Así se puede evidenciar en la definición expuesta por el doctor **PEYRANO** donde desde el principio le denomina como una *medida cautelar*³⁵⁰. Pero la evolución de esta institución, sobre todo después del caso *Camacho Acosta*, ha proyectado de forma progresiva la medida cautelar innovativa que a partir de ahí se le suprime lo de cautelar para quedar finalmente como medida innovativa cuando funciona como un anticipo de jurisdicción del tal forma que se habla de una *palpitante actualidad* que no es mas que la capacidad de la innovativa de actuar como tutela anticipada en algunos casos.

La medida innovativa puede utilizarse como una cautelar más, con los mismos requisitos que se han establecido para la teoría cautelar clásica, (*fumus bonis iuris, periculum in mora*, contracautela y en el Derecho Procesal Administrativo) pero no se puede olvidar que la practica pretoriana comparada, en especial la Argentina la utiliza como vehiculo procesal para adelantar los efectos ejecutorios de la sentencia. Lo cierto es que ya incluso en los primeros estudios de **PEYRANO** sobre, en ese entonces medida cautelar, se le avizoraba la posibilidad de servir de vehiculo para anticipara la tutela en

³⁴⁹ De hecho la afirmación de la existencia de la medida cautelar innovativa y su previsión legal o no en el sistema normativo argentino es uno de los puntos que más divide a la doctrina de ese país. Como se vera en el apartado de la critica doctrinaria de esta institución. *Vid* 4.1

³⁵⁰ BARACAT, Edgar Reflexiones, *Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro*, en *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 70.

la forma en que después el caso *Camacho Acosta* confirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

4.2.4.2 Innovativa anticipatoria

Como se anunció en el párrafo anterior, la misma forma la evolución actual de esta institución procesal ha puesto de manifiesto, por obra de los Tribunales, que existen casos en que la medida innovativa coincide con la pretensión de fondo, ya sea de forma parcial o total. Este fenómeno el doctor **MONROY GÁLVEZ** le llama tutela coincidente. De forma gráfica el doctor **PEYRANO** se refiere a este fenómeno que se presenta: “*cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de merito*”³⁵¹. 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 o la administración pública. Todo esto se abordará en lo referente a los presupuestos procesales para su adopción en el ámbito procesal administrativo.

*La característica de tutela anticipatoria es el rasgo más sobresaliente en la actualidad de esta institución, pues fue la forma por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina reconoció, que existe la posibilidad de otorgar parte o toda la pretensión aún antes que finalice el juicio ordinario, por entender que en el caso en concreto (Camacho Acosta) estaba presentes los presupuestos que en Brasil, al decir de **PEYRANO**, se ocupan para la tutela anticipatoria, algunos de los cuales se formulan en la locución “*periculum in damn*”i. La Corte Suprema de Justicia*

³⁵¹ PEYRANO, W, Jorge, *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*. Ob. Cit. Pág. 31.

de la Nación Argentina comprueba la presencia de este presupuesto procesal en el citado caso 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 (ver peritaje psicológico y fs. 41 vta. De la queja)³⁵².

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.

4.2.4.3 Innovativa autosatisfactiva

La medida autosatisfactiva es otra institución procesal de los procesos urgentes. Esta ha quedado fuera del objeto de estudio de la presente investigación como se dijo en el capítulo 1 (*vid* apartado 1.6.3.2). Pero para efectos de establecer esta característica de la medida innovativa es necesario hacer una sumarisima incursión en ella, el doctor **PEYRANO** la define así: “*se trata de un requerimiento urgente*” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva—con su despacho favorable”³⁵³. Para el doctor **BACARAT**, quien es el que le anota la impronta de autosatisfactiva a la innovativa en ciertos casos, hacer la diferencia de estas tres modalidades de la medida

³⁵² Sentencia del recurso extraordinario del caso Camacho Acosta.

³⁵³ PEYRANO, W, Jorge, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución en Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 13.

innovativa tiene una importancia práctica decisiva, pues muchas veces los Tribunales no tienen bien delimitados la pretensión cautelar, de la anticipatoria o la autosatisfactiva. La anterior afirmación es muy cierta, pues se ha presentado jurisprudencia que no reconoce expresamente este tipo de tutela, asignándole el “*nomen iuris*” de suspensión del acto reclamado a resoluciones que no lo son.

4.2.4.4 Diferencia de la medida innovativa con la suspensión del acto impugnado

Expuestas que ha sido las características de la medida innovativa es necesario establecer si ella es similar o no con la única medida cautelar que regula la LJCA, pues de la conclusión a se llegue dependerá la distinción correcta entre estas instituciones y los distintos efectos que sobre el proceso y la situación del demandante tienen ambas³⁵⁴. Como ya se dijo 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 numerosa de la administración pública, pero omite manifestarse sobre las actuaciones de hecho o incluso de las omisiones de la misma³⁵⁵.

Así, producido un acto administrativo e impugnado por los destinatarios del mismo, surge la posibilidad de solicitar a la administración

³⁵⁴ En el Derecho Argentino la discusión teórica se da entre la medida innovativa y la medida de no innovar, esta última con características muy parecida a la suspensión del acto, en materia contenciosa administrativa.

³⁵⁵ Los redactores del Proyecto de Ley Procesal Administrativa están en línea con la exclusión de inmunidades de la actuación de la administración pública. En ese sentido el artículo 3 del referido proyecto establece como materia impugnabile: “numeral 3) inactividad de los órganos del Estado; 4) actividad material de los órganos del Estado constitutiva de vía de hecho; y 5) actuaciones y omisiones de naturaleza administrativa de los concesionarios.”

pública (en el caso del procedimiento administrativo) o al órgano jurisdiccional la suspensión de los efectos de esta. Desde luego que lo común es que se impugnen la ejecutividad de un acto administrativo, pero ello no es óbice para también se solicite, según el caso, la suspensión de una actuación de hecho de la administración pública; cuando se presentan estos supuestos, se establece la suspensión de acto administrativo impugnado, dice expresamente la LJCA. Se puede definir la suspensión del acto reclamado como el mandato administrativo o judicial que tiende a paralizar momentáneamente el efecto ejecutivo de la actuación administrativa.

El doctor **GAMERO CASADO** atribuye la *carácter tradicional de jurisdicción de revisión* al contencioso administrativo el hecho de solo estar regulada esta medida cautelar³⁵⁶. Por lo que será este uno de los puntos clave para determinar si el modelo de tutela jurisdiccional que vigente en el subsistema administrativo salvadoreño es revisor, tal cual lo recoge la LJCA de 1978 o no. Por lo que exponemos la diferencia entre una institución y otra de desde el punto de vista de sus efectos, de una forma grafica así:

Cuadro 1

Medida innovativa	Suspensión de acto impugnado
Doctor Jorge. W. Peyrano	Doctor Eduardo Gamero Casado
“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. 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”	“Si de lo que se trata es de anular el 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 no disfruta de él, la suspensión del acto desestimatorio carece de sentido, dado que no le reconoce cautelarmente el ejercicio de un derecho.”

³⁵⁶ GAMERO, Casado, Eduardo, *Ob, Cit*, Pág. 103

4.3 Presupuestos procesales de la medida innovativa

Necesario es reconocer que el tema de los *presupuestos procesales* para la adopción de cualquier institución que tenga por misión concretizar la tutela jurisdiccional diferencia y dentro de esta al valor eficiencia del proceso o del procedimiento se presenta dificultosa. Esto por dos factores principales, a saber: la doctrina de los procesos urgentes y *Tutela Anticipada* con todo y su atractivo para los que ven siempre en el proceso una herramienta útil para redefinir los conflictos sociales de una forma eficaz pero también eficiente — según lo dispone la Constitución, pronta y cumplida justicia—es “extranjera” o foránea.

Lo primero no debiera ser ningún obstáculo de tipo doctrinal, pues como se puso de manifestó, estas ideas tienen un linaje sudamericano y europeo, pero no se puede cerrar las puertas a la especulación sobre su aplicabilidad al sistema normativo salvadoreño en general y al subsistema administrativo en particular. Nos autoriza sobradas razones para ello, se mencionan dos: en el sistema de fuentes de derecho del sistema normativo salvadoreño existe una recepción expresa a la posibilidad de utilizar a la doctrina de los expositores del derecho como fuente de derecho en caso de no existir ley expresa;³⁵⁷ por esto es que dentro de nuestro sistema existe la prohibición de *non liquet* que recoge el artículo 7 letra “f” de la Ley Procesal de Familia³⁵⁸ con la cual ya ha existido casos en la jurisprudencia por medio de cual se hace una prevención a la SCA cuando se negó a fallar so pretexto de estar regulado la situación sometida a su conocimiento (*vid* capítulo 4.5).

³⁵⁷ El Artículo 421 del Código de Procedimientos Civiles expresa: “Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural”.

³⁵⁸ Ley Procesal de Familia, establece en la disposición citada: “El Juez está obligado a: f) Resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal;

La consideración de ser una institución surgida para proteger derechos sustanciales de naturaleza privada; parece ser —“*fumus iuris*”—, atendible la escasa consideración a la teoría de los intereses en juego.

Sobre todo si tomamos en cuenta las precauciones que desde la doctrina administrativista se hace al respecto: “*la materia cautelar adquiere importantes diferencias—normativas, doctrinales y conceptuales—según la misma entre en juego en un contexto de Derecho Privado o lo haga en el plano inherente al Derecho Público, pues las finalidades teleológicas, y los principios de justicia, que orientan ambos campos del derecho aquilatan sustanciales diferencias*”³⁵⁹. Pero la ciencia Procesal hace mucho tiempo que ya deslindo que la diferencia de derecho sustancial privado no es suficiente para desentrañar la naturaleza del Derecho Procesal que es público. Beatriz Quintero y Eugenio Prieto son categóricos al respecto. El Derecho Procesal es el *continente* y el derecho sustancial que tutela es el *contenido*³⁶⁰. En donde la relación jurídica es tutelada por una de las funciones de la soberanía interna de los Estados. La tutela jurisdiccional y no jurisdiccional según el modelo constitucional salvadoreño. Como una última justificación, pero esta vez surgida de la jurisprudencia administrativa, la SCA estableció el sistema de fuente en el Derecho Administrativo Salvadoreño y dijo:

“En materia administrativa, en lo concerniente al régimen jurídico aplicable, prevalece como regla la del a “subsidiaridad de los principios y disposiciones del derecho común”, y en tal virtud, en ausencia de disposición expresa sobre un asunto en particular que sea necesario resolver, debe observarse, conforme se acepta en forma unánime por la doctrina, la siguiente prelación: disposiciones contenidas en leyes de carácter administrativo, que por interpretación analógica resulten aplicables al caso de mérito: principios jurídicos de derecho administrativo; y subsidiariamente, disposiciones y principios de derecho común”³⁶¹.

³⁵⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, Argentina I, Pág. 43-47.

³⁶⁰ QUINTERO Beatriz, PRIETO Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Ob. Cit Pág. 11.

³⁶¹ SCA sentencia de fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres. **Ref. 22/V/1990**.

Aquí hay un reconocimiento expreso a la doctrina desde su posición de *autoridad*, como fuente de derecho, pues aparte de establecer el orden de prelación de las normas jurídicas, este listado es sacado unánimemente de la doctrina. Una última consideración al respecto, al no haber disposición expresa que habilite “legalmente” al órgano jurisdiccional nacional a despachar este tipo de procesos urgentes, el artículo 54 de la LJCA establece la remisión al añejo Código de Procedimientos Civiles donde ya se dijo el artículo 429 establece a la doctrina como fuente formal del Derecho Salvadoreño.

Por todo ello, como se dijo en la parte introductoria, la presente investigación no será una transmutación o un “*mutatis mutandis*” de las interesantes e ingeniosas ideas de la procesalística sudamericana y europea, sino “*todo lo que pudiera servir al objeto que se le encomendó, si bien procurando siempre evitar peligrosas innovaciones y ensayos de sistemas legales no adecuados á nuestra índole y circunstancias*”³⁶². Ahora bien hemos dicho que la doctrina argentina que se inscribe en la tutela anticipada es conteste en admitir que con el dictado del caso Camacho Acosta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se transportaron a ese sistema los presupuestos procesales de la tutela anticipada que regula el artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil³⁶³.

Por lo que para plantear los presupuestos de la medida innovativa necesariamente tienen que estudiarse los presupuestos procesales de la tutela anticipada brasileña. La doctrina establece que los presupuestos de la tutela anticipada brasileña se dividen en dos clases: el siempre concurrente y

³⁶² Palabras del padre de la legislación salvadoreña Presbítero y doctor Isidro Menéndez en: informe con que la comisión autorizada para la revisión y reforma del proyecto de Código de Procedimientos Judiciales del Salvador. Edición del Ministerio de Justicia, 1960. Pág. 5.

³⁶³ PEYRANO, W, Jorge, *La palpitante actualidad de la medida innovativa. En la Medida Innovativa. Ob. Cit. Pág. 35.*

los presupuestos alternativos³⁶⁴. El presupuesto que deben concurrir siempre es: 4.3.1.1 prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente; y los alternativos son: 4.3.1.2 Abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de reo; 4.3.1.3 “*periculum in mora*”.

4.3.1 1 Prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente

Esta prueba se plantea en términos de la verosimilitud de lo peticionado por el actor, pero este requiere una dosis mayor que en la clásica tutela cautelar. Los elementos que hay que tener en cuenta para poder determinar si concurrente este presupuesto son: a) el valor del bien jurídico amenazado; b) la dificultad del actor en probar sus alegaciones; c) la credibilidad de la alegación de acuerdo a las reglas de la experiencia; d) la propia urgencia descrita.

4.3.1.2 Abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de reo

El fundamento de este motivo tiene la función de no permitir la mala fe procesal y solo se puede articular cuando ha quedado evidenciado la gran probabilidad del triunfo del actor.

4.3.1.3 Periculum in mora

Este debe mirar a la irreparabilidad o dificultad en la reparabilidad de la situación litigiosa; es necesario decir que en el caso de la medida innovativa se le endosa el *periculum in damni*. La doctrina brasileña atribuye

³⁶⁴ RUANOBA, Sebastián Watenberg, fugibilidad de las tutelas de urgencia (anticipada y cautelar) en el proceso civil brasileño. Revista de Processo, Repro 148. año 32. junio 2007, Editora Revista dos Tribunais. Pág. 338. alude también a la alternancia del abuso del derecho de defensa de el derecho brasileño. Carlos Carbone. Crf. CARBONE, Carlos, Alberto, *Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: Sentencia Anticipada y Autosatisfactiva*. En *Abuso Procesal*, Director Jorge Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Rubinzal-culzoni, Santa Fe, 2003, Pág. 365.

la irreparabilidad a la situación del demandante y la dificultad de la reparación en la capacidad económica del reo³⁶⁵.

4.4 La medida innovativa como tutela anticipada

Catalogada como *magnifico producto del ingenio procesal*³⁶⁶. También es conocida en la doctrina como tutela anticipatoria. Se puede decir incluso que este continente y que de ahí se derivan las distintas instituciones procesales que anticipan el contenido mediato de la pretensión, llámese medida innovativa, o por ello existe una gran dificultad para poder diferenciar esta institución de la tutela anticipada. El problema se agudiza si tomamos en cuenta que después del caso *Camacho Acosta* la doctrina coincide en lo que se dicto fue una sentencia anticipada bajo el ropaje de la cautelar innovativa, la consecuencia de ese dictado, como se adelanto, fue al decir de Peyrano traspolar los requisitos de la tutela anticipada del artículo 273 del Código Procesal Civil del Brasil,³⁶⁷ lo cual nos brinda la única posibilidad de otorgar una diferencia, aunque sea de matiz con la medida innovativa. En efecto la tutela anticipada que funcionada en el derecho brasileño se articula bajo tres supuestos: abuso del derecho de defensa, evitar un grave peligro para el demandante.

La diferencia entonces se puede fincar en que el despacho de la sentencia anticipada no requiere de la concurrencia de todos los presupuestos, sino que basta uno solo, pues de lo contrario se estará en la medida innovativa que requiere, además de los presupuestos clásicos de la tutela cautelar y el *periculum in damni*³⁶⁸. Pero al final consideramos que la tutela anticipada en el continente y la medida innovativa es el contenido.

³⁶⁵ Marinoni, Luiz, Guilherme, Tutela Anticipada. Ob. Cit. Pág. 324.

³⁶⁶ PEYRANO, Jorge, W, *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*. Ob. Cit. Pág. 39.

³⁶⁷ Ibidem. Pág. 31

³⁶⁸ AIRASCA, Ivana Maria, *Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa*, ob. Cit. Pág. 152

4.5 La tutela anticipada en nuestro sistema jurídico

A poco que se reflexione sobre lo dicho en los anteriores capítulos se puede llegar al convencimiento o no, de varias premisas. Entre ellas, la verdadera *idoneidad* de las especies de *tutela urgente* y de la *Tutela Anticipada* que la doctrina procesal ha ideado para hacer frente a los retos del mundo posmoderno, en el cual el *eficienticismo* procesal, como un estadio de la ciencia procesal, tiende a dar vida real a los valores de eficiencia y eficacia de la jurisdicción. *Pero como lo pretende demostrar la presente investigación, la jurisprudencia salvadoreña no ha sido extraña al compromiso que se espera del poder judicial para los tiempos del siglo XXI.*

Es que, bajo el ropaje de denominaciones inexactas (a excepción de la jurisdicción de familia, en algunos casos) los distintos tribunales, ordinarios y extraordinarios han proveído a los justiciables esa ansiada tutela de urgencia, eso sí, (y muy a pesar) no con la denominación correcta; y paradójicamente cuando se han solicitado expresamente con el nombre que les corresponde a estas instituciones se han denegado, basado en la inexistencia legal de las mismas.

Quizás se deba a lo que el doctor **PEYRANO** expresa, cuando explica el porqué de las distintas denominaciones que intentaron explicar este fenómeno de la tutela de urgencia en la República Argentina: *...algunos cedieron a la tentación de “desfigurar lo conocido y así fue que comenzaron a hablar —y hasta se verifica su aplicación en resoluciones judiciales— de la cautelar autónoma, que sería aquella que no caduca, cuya sobrevivencia no depende de la iniciación “a posteriori” de un juicio principal (...)*³⁶⁹.

³⁶⁹ PEYRANO, Jorge, W, *Aspectos concretos de la tutela de urgencia...* Ob. Cit. Pág.36-37.

Ante esta situación, de *desfigurar lo conocido*, de abusar y distorsionar la tutela cautelar, los operadores del sistema jurídico, empezaron articulando una serie de procesos inventados, cuando lo único que querían era cambiar una situación de hecho que les desfavorecía; las cuales fueron avaladas por los distintos tribunales de nuestro país, ante la urgente necesidad de dar y otorgar una tutela efectiva a través de la idea de la prevención o el peligro en la demora de la duración del proceso. Así para el caso, hasta se han encontrado en los petitorios de los litigantes autodenominados procesos de: “*Desacuerdo en el Ejercicio de la Autoridad Parental*”³⁷⁰, también es frecuente encontrar dominaciones tales como: *diligencias de medidas cautelares*, dando la impresión que las medidas cautelares son autónomas en nuestro sistema, lo cual no es así³⁷¹.

Como se habrá notado la jurisprudencia citada es de la jurisdicción de familia; ello se debe a que es en el ámbito de familia donde han proliferado este tipo de proveimientos urgentes en el sistema normativo salvadoreño en los cuales los jueces de familia, en razón de los principios que informan al Derecho de Familia y la índole del derecho que tutela, despachan medidas urgentes, en donde el *principio de interés superior del menor*, es un criterio hermenéutico para dictarlas.

Por ello, cuando analicemos la jurisprudencia nacional, nos referiremos especialmente a la jurisprudencia familiar, por ser este un proceso moderno, el cual permite al pretorio desplegar un *verdadero poder cautelar genérico*, que ha servido a los litigantes para obtener una tutela satisfactiva autónoma, pues aún y cuando no existe una ley expresa que

³⁷⁰ Cámara de Familia de la primera Sección del Centro. Sentencia de apelación de las quince horas con diez minutos del día cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 70-97**

³⁷¹ Si bien es cierto no se desconoce que existe una posición doctrinaria que considera a las medidas cautelares como un proceso autónomo, esta posición no es la dominante. Además, la posición que adoptan expresamente los tribunales salvadoreños es que las medidas cautelares son instrumentales, es decir, sirvientes de un proceso principal del cual depende, criterio sobre el cual también la doctrina que desarrolla la *Tutela Anticipada* utiliza para diferenciar esta de la tutela cautelar.

“permita” este tipo de tutela preventiva los jueces de la jurisdicción de familia no ha vacilado en aplicar una interpretación conforme a la Constitución de la República pues incluso en su propia ley procesal existe el deber jurídico de proveer jurisdicción cuando falte texto legal, ante la situación sometida a su conocimiento. Artículo 7 letra “f” de la Ley Procesal de Familia, en adelante LPrF.

Con ello se pretende demostrar que lo que muchas veces se concede como medida cautelar o medida de protección (especie que la jurisprudencia en familia entiende como un genero de las medidas cautelares) en realidad no lo son pues las características propias adoptadas por nuestro sistema cautelar imposibilitan encuadrar a dichas resoluciones judiciales en las medidas cautelares³⁷². Ahora bien la respuesta del órgano jurisdiccional, en otros sistemas jurídicos, como el argentino y el brasileño (siendo corregido en 1994) a estas coyunturas urgentes ha sido sobre la base de dos fenómenos.

La primera, en la “creación” de procesos por los litigantes y la utilización del poder cautelar genérico, como se dijo; y segundo la denominación científica incorrecta de lo que se resuelve por los tribunales, cuando era aceptada por estos. Al decir de la doctrina este fenómeno (*llamado fuerza expansiva de la tutela cautelar* por el profesor de Bolonia Federico Carpi) de la tutela cautelar fue la base fáctica para dar explicación precisamente a eso que no podía ni debió seguir teniendo lugar en el *poder cautelar genérico*; por que no pueden existir un proceso cautelar dependiente de uno principal y además que sea satisfactivo, por que no es la esencia de la tutela cautelar dar una tutela inmediata. Por eso existen en nuestra jurisprudencia copiosos casos en los cuales lo que en realidad se

³⁷² Vale decir que las medidas de protección tienen una doble función a la luz del derecho positivo. Como tutela cautelar y como tutela anticipada, pero ello no significan que sean medidas cautelares ; es evidente que tienen esta segunda función cuando el beneficiado con esta medida satisface su pretensión y no inicia una acción principal al tenor del artículo 74 incis o segundo de la Ley Procesal de Familia.

provee es una *Tutela Anticipada* y no una *medida cautelar* al tenor de la doctrina de los modernos y clásicos del Derecho Procesal, respectivamente.

Pero antes de mostrar esta situación conviene recordar la diferencia entre la medidas cautelares y los otros pronunciamientos que en la presente investigación denominamos como *medida innovativa*. Esto lo hacemos con el propósito de discriminar docentamente, doctrina autorizada en mano, lo que es una medida cautelar y lo que no lo es, independientemente del “*nomen iuris*” que los distintos Tribunales del país le otorguen³⁷³. Lo anterior se menciona para no predisponer de una hipótesis en puridad ideologizada (mas bien diría comprometida) con la tutela de urgencia.

Efectivamente, dijimos en su oportunidad, que las medidas cautelares *son proveimientos jurisdiccionales tendientes a garantizar la sentencia de fondo, es decir que son un instrumento del instrumento,*³⁷⁴ con lo que se resalta la *función conservativa*. Además, sus características al decir de nuestra jurisprudencia y doctrina son: **a)** Instrumentales; En cuanto se dictan de forma previa, coetánea o en el transcurso de un proceso principal; **b)** Tienen carácter de procesabilidad; **c)** en cuanto se dicta con las características del debido proceso, pero con diferimiento del *principio de contradicción*, pues por lo general se dictan “*inaudita altera parte*,” e) son provisionales; por que rige la regla “*rebus sic stantibus*”³⁷⁵; **f)** son proporcionales; porque se ha adoptan siempre y cuando sean pertinentes al caso planteado.

De tal forma que si hay una menos gravosa es impone esta; **g)** son urgentes, pues de no tomarse la medida cautelar, el objeto procesal se tornaría en inexistente al final de la secuencia procesal; **h)** son variables, por

³⁷³ Veremos que estas denominaciones incorrectas desde el punto de vista científico son: la suspensión del acto administrativo, en el proceso administrativo, la suspensión de acto reclamado, en el proceso de amparo, medidas cautelares o de protección en el ámbito de familia en general y de violencia intrafamiliar en especial.

³⁷⁴ Al decir de Calamandrei. Ob. Cit. Pág. 45.

³⁷⁵ Que significa que si varía el estado de hecho que las motivo o denegó se pueden cambiar, imponer o hacer cesar.

que se pueden ampliar o modificar; *i*) no surten efecto de cosa juzgada³⁷⁶. No surte efecto material sobre el fondo del asunto, por que no lo prejuzga, pues no hay carga declaratoria suficiente como recordamos. Además de lo anterior los *presupuestos procesales* son: “*periculum in mora*,” “*fomus boni iuris*” y según los casos contracautela. Por tanto, la tutela cautelar y tutela anticipada tienen funciones distintas, la primera asegura el resultado del proceso sin agotar el contenido de la pretensión y parte *ex post* de la violación de la norma jurídica; la tutela anticipada, aún siendo temporal, tiende a adelantar, en razón del derecho material objeto de la litis, la pretensión, para evitar el peligro de infructuosidad de la litis, y opera *ex ante*, de forma preventiva; estas dos tutelas son diferentes.

Las diferencias mas notables, (y básica vid. 4.1.4.6) lo que hacen revolucionarias a estas instituciones es, como se dijo, *que las ultimas conceden parte o toda la pretensión buscada en la sentencia definitiva o son retroactivas modificando una situación preexiste o no, en el caso de la innovativa*, adelantando los efectos ejecutorios de la sentencia. El otro rasgo fundamental en la medida innovativa es que esta solo puede operar a favor del demandante y no a favor del demandado³⁷⁷.

En apretada síntesis se expuso las características de la tutela cautelar en nuestro sistema jurídico. La nota de la instrumentalidad hace que *no pueda coincidir ni parcial no totalmente con el dictado de la sentencia definitiva*, o como muy bien lo expresa el anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil: “*las medidas cautelares deberán ser efectivas (...), sin que obtenga el demandante lo mismo o mas de lo que obtendría como*

³⁷⁶ SC Sentencia de fecha diez de junio de dos mil dos. Ref. 12-99. Inconstitucionalidad. En igual sentido las sentencias: sentencias de fecha quince de mayo de dos mil dos. Ref. 123-2001R. *Habeas Corpus*; veinticinco de noviembre de dos mil dos. Ref. 174-2002; veintiuno de octubre de dos mil dos. Ref. 100.2002. *Habeas Corpus*.

³⁷⁷ CARBONE, Carlos, A, *La noción de la tutela jurisdicción diferenciada para reformular la...* ob. Cit. Pág. 62; el citado autor menciona que este principio tiene la excepción cuando hay contra demanda. Marinoni expresa que también es posible la anticipación de la tutela en el caso de las acciones dobles; e incluso en cuanto el demandado se limita a contestar la demanda. Cfr. MARINONI, Luiz, Guilherme, *Tutela Anticipada*, Ob. Cit. Pág. 314 (ítem. 4.3)

*consecuencia de la ejecución de la sentencia que se dictare.*³⁷⁸ Pero estas características expresadas, “*ut supra*” por la jurisprudencia de nuestro cimero tribunal de justicia, puede o no estar en línea con lo resuelto en la realidad de los distintos ordenes jurisdiccionales de nuestro país (lo cual sería una distorsión). Salta la pregunta *¿la teoría cautelar ortodoxa de la SC es distinta de las distintas jurisdicciones de nuestro sistema jurídico?* Como veremos a continuación la respuesta es negativa.

4.5.1 La jurisdicción de familia

Ante un paneo de la jurisprudencia de este orden, tanto en los procesos que regula el Código de Familia y sus leyes complementarias y los resueltos en el marco de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar —en adelante LCVI—. Surge la pregunta generadora *¿Cuales son las características de las medidas cautelares en el proceso de familia al tenor de la jurisprudencia de esta jurisdicción?* La Cámara de Familia de la Sección del Centro responde esta pregunta:

Esta Cámara en reiteradas ocasiones ha sostenido que las medidas cautelares son decisiones de carácter **jurisdiccional, provisorias, discrecionales, mutables e instrumentales**, encaminadas a proteger a los miembros de la familia; cuyo objetivo principal es garantizar la tutela efectiva de los derechos de los miembros de la familia y las resultas del proceso, para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente sus efectos³⁷⁹.

Nuevamente podemos distinguir nítidamente las mismas características enunciadas por la SC: *carácter jurisdiccional* (tienen carácter de procesabilidad); *provisorias, discrecionales, mutables e instrumentales*.

³⁷⁸ Nótese que tal doctrina que inspira al anteproyecto niega las especies de tutela diferenciada, tales como: la medida innovativa, con corazón de anticipo, la sentencia anticipada, y las medidas autosatisfactivas.

³⁷⁹ Cámara de Familia de la Sección del Centro: Sentencia de apelación del día siete de enero de dos mil cinco. 13-A-2004.

Igual razón se encuentran en veintiún fallos de mismo tribunal³⁸⁰. En base a la anterior muestra jurisprudencial podemos decir que el *poder cautelar* en la jurisdicción de familiar es el mismo³⁸¹ que en la manifestación de la jurisdiccional constitucional.

Ello como se sabe no puede ser de otro modo; por la cualidad esencial de la jurisdicción de ser *unitaria*. Recordemos esta característica: *“la jurisdicción es esencialmente única y por ende no admite divisiones no clasificaciones y cuando ellas se introducen su resultado ya es la competencia”*³⁸² esta característica es muy importante y determinante tenerla presente, pues, ello permitirá responder a otra pregunta, *¿el orden jurisdiccional contencioso administrativo esta investido del mismo poder cautelar que los demás ordenes jurisdiccionales, como por ejemplo el de familia?* La respuesta desde el punto de vista teórico esta dada, pero desde *“la justicia frente a la realidad”*,³⁸³ no. Ello lo abordamos en el presente capítulo, en el apartado reservado a la jurisdicción administrativa, pero antes, se expondrá brevemente ese poder cautelar genérico con el objetivo de delimitar que es una medida cautelar al tenor de nuestros jueces de familia y la LPrF para concluir después, en el análisis concreto del contenido y *los efectos* de las resoluciones urgentes.

En esta primera observación encontraremos que sin duda alguna la jurisdicción de familia es la mas comprometida con la efectividad de la jurisdicción, pues sobre la base del poder cautelar genérico establecido en el artículo 76 de la LPrF ha establecido la viabilidad de la tutela satisfactiva, ya sea de forma autónoma como encarrilada en un proceso de conocimiento

³⁸⁰ Cámara de Familia de la Sección del centro: Sentencia de Apelación del día seis de marzo de dos mil dos. Ref. CF01 127-A-2001. Iguales razones se encuentran en los fallos; 14-A-2003; 23-A-2004.; 28-A-2005; 29-A-2005; 35-A-2002; 45-A-2002; 46-A-2003; 47-A-2004; 50-A-2003; 57-A-2002; 59-A-2003; 68-A-2005; 69-A-2002; 83-A-2003; 118 - A -2004; 136-A-2002; 142-A-2002; 142-A-2004; 155-A-2004; 185-A-2004; 224-A-2002; 01-9-A-2001.

³⁸¹ Hacer esta afirmación no tiene nada novedoso, pues es bien sabido el carácter unitario de la jurisdicción, la cual para efectos de manifestaciones del poder de decir el derecho.

³⁸² QUINTERO Beatriz-PRIETO Eugenio, *Teoría General del Proceso, Ob. Cit.* Pág.168.

³⁸³ Aquí tomamos en préstamo el nombre de la obra del doctor Augusto M. Morello.

pleno, lo cual verdaderamente repercute en el tipo de derecho que se tutela en esta jurisdicción, los cuales también necesitan ser tutelados de la misma forma que en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues la arcaica suspensión del acto como única tutela cautelar violenta la efectividad de la tutela desde esa arista. Recordando en este punto el apotema de **PEYRANO**: “*si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar*”. Por que esto ultimo es más amplio que lo primero como se dijo.

4.5.1.1 Poder cautelar genérico de los jueces de familia

Como es bien sabido los poderes de la jurisdicción modernamente son: *poder de decisión, poder de ejecución, poder de coerción y poder de instrumentalización*,³⁸⁴consistiendo el *poder de decisión* de los jueces en emitir las sentencias, entre ellas las interlocutorias que se refieren al proceso mismo³⁸⁵resolviendo las peticiones de las partes o producidas en la labor del juez como director del proceso, este poder es mas bien el poder-deber, pues el *iudex* no debe evitar resolver lo planteado por las partes. Precisamente es lo que tuvieron muy en cuenta los redactores de la LPrF y captado de una manera excelsa por los jueces de esta jurisdicción.

Lo primero se demuestra con la simple lectura del artículo 76 de la citada ley: “*El Juez podrá decretar las medidas cautelares establecidas en las Leyes y las que juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia o evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta.*” Esta disposición se complementa con el artículo 6 letra “d”, siempre de la LPrF. Como se puede evidenciar no existe un “*numerus clausus*” respecto a las *medidas cautelares* que debe

³⁸⁴ QUINTERO Beatriz-PRIETO Eugenio, *Teoría General del Proceso, Ob. Cit.* Pág. 180.

³⁸⁵ *Ibidem.* Pág. 181.

dictar el juez de familia, sino que es él mismo Tribunal *según el caso y la urgencia* el que dicte la mas idónea, siempre respetando las características y presupuestos de ese poder cautelar genérico³⁸⁶. Esta interpretación no ha ofrecido resistencia por parte de los jueces de familia y precisamente han ubicado en el citado artículo 76 ese poder de la siguiente manera:

Como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, entre los poderes o atribuciones del Juez de Familia, está el de decretar medidas cautelares, de conformidad a los Arts. 6 letra d), 75 y ss. L. Pr. F.; cuando lo estime oportuno, según las circunstancias de cada caso, para la protección personal de los miembros de la familia, especialmente los menores, o para evitar que se les causen daños, o para asegurar los efectos de la sentencia definitiva, o bien para no agravar más una situación ya dañina. Sin lugar a dudas, expuesto un perjuicio o peligro inminente, el Juez de Familia debe proveer lo que considera necesario y discrecional para impedirlo³⁸⁷.

De tal forma que la jurisdicción de familia tiene el poder-deber de dictar *cuantas medidas cautelares considere adecuada*. Pero se debe tener presente que este poder cautelar no se debe confundir con la tutela anticipada y las especies de medidas innovativas o medidas autosatisfactivas, lo cual ha sucedido, aunque en otros casos si han despachado con el “*nomen iuris*” correcto la tutela urgente de merito. Pero antes es necesaria una última precisión conceptual. Con frecuencia los tribunales de familia o con competencia en violencia intrafamiliar dictan medidas distintas a las cautelares las cuales tienen su basamento en LCVI y en el artículo 130 de la LPrF. Ante esta *denominación legal* la jurisprudencia ha discriminado sobre las diferencias de estas y las medidas cautelares, y ha

³⁸⁶ Igual poder cautelar genérico se encuentra en el proceso penal, al regular el Código Procesal Penal, al establecer las medidas cautelares de índole civil, un poder genérico, cuando se trate de medidas cautelares patrimoniales, al tenor del artículo 305. tan es así que el mismo comentador de citado artículo expresa: “*el CPP, no se ocupa de la regulación de esta clase de medidas, pues se limita a remitirse a las normas del CPC (Código de Procedimiento Civiles), en concreto a sus artículos 612 ss., en los que se regula la practica del embargo cautelar.* Código Procesal Penal Comentado. Publicaciones del Consejo Nacional de la Judicatura. Pág. 1179. aunque el autor solo menciona el embargo, bien son posibles otras medidas cautelares de índole patrimonial como el secuestro. Ya estén regulas en el Código de Procedimientos Civiles o aún en la Ley de Procedimientos Mercantiles.

³⁸⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro: Sentencia de apelación del día dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 57-A-99.

utilizado *el criterio del bien jurídico protegido para diferenciarlas*. Así se ha sostenido que las medidas de protección tienden a *la prevención de un daño de un derecho extrapatrimonial* en la cual la integridad física o moral de las víctimas este en peligro. Punto el cual expondremos a continuación.

3.5.1.2 Las medidas de protección como una especie de las medidas cautelares

Para la jurisprudencia nacional no son lo mismo. A lo cual nos adherimos; pero a renglón seguido se expresa, por la jurisprudencia, que si bien no son lo mismo existe una relación de género a especie, siendo las medidas de protección esta última. Se cita *in extensu* por ser necesario, así:

Sobre las medidas cautelares, Jorge L. Kielmanovick en su obra "Procesos de Familia" (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 34) dice que éstas pueden clasificarse en dos grandes grupos, según su finalidad:

1. Las que tienen por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes. Siendo ejemplos de dichas medidas la anotación preventiva de la demanda y la prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar. Arts. 124 letra d) y 130 letra g) L. Pr. F.
2. Las que tienen por objeto la tutela de la integridad física o moral de las personas y la satisfacción de sus necesidades urgentes. Ejemplos de tales medidas son las ordenes de abstención de todo acto que perjudique física o psicológicamente a una persona, la prohibición de visitar determinados lugares, como la vivienda y lugar de trabajo de la parte denunciante, y las cuotas alimenticias provisionales; Arts. 124 letra c) y 130 letras a) y f) L. Pr. F.

Confrontando la doctrina sobre medidas cautelares y lo prescrito en los Arts. 124 y 130 L. Pr. F., concluimos que ambas disposiciones legales contienen medidas cautelares, tanto de carácter personal como patrimonial; aunque usualmente la denominación "medidas de protección" se utiliza en referencia a las medidas cautelares sobre las personas, es decir, aquellas que pretenden asegurar la integridad física o moral de los individuos, eso no significa que tales medidas no sean cautelares. Es decir, si atendemos la distinción entre medidas cautelares y de protección conforme a lo expuesto, *lógicamente concluimos que las medidas*

*cautelares constituyen el género y las medidas de protección una especie del mismo*³⁸⁸. (Cursivas fuera del texto)

A este punto de la investigación no se puede compartir dicha afirmación de una forma total. Esto por varias razones. La principal; si la relación que se obtiene es de género a especie, significa que la definición dada a las medidas de protección, (utilizando el método aristotélico) tiene que ser del género próximo y la diferencia específica, tal como se desprende de la jurisprudencia citada. Pero es en este punto donde se vuelve insostenible dicha posición, pues las medidas cautelares, con las características y presupuestos citados “*ut supra*” *no pueden coincidir ni parcial ni totalmente con la pretensión contenida en la demanda del acto pues de lo contrario agotarían el objeto procesal, careciendo de sentido proseguir el iter procesal; por eso es que se justifica la caducidad que establecen los distintos ordenamientos legales.*

Y lo que sucede, en las llamadas medidas de protección es precisamente lo contrario, pues estas sí coinciden, en la mayoría de los casos, con la pretensión en los términos indicados y *lo satisfacen*, por tanto según las definiciones, naturaleza, características, presupuestos de estas incorrectamente llamadas medidas de protección como especie de la tutela cautelar, se adecuan a alguna especie de la *Tutela Anticipada*, vr.g. *Medidas autosatisfactiva, o medida innovativa.*

Otra razón para disentir de tan prestigiosa jurisprudencia es el hecho que la pretendida relación de género a especie que existe entre las medidas cautelares y de protección no puede explicar cabalmente la característica de la *caducidad*, que opera en todas las medidas cautelares que necesitan de la continuación del contradictorio para general una carga declarativa suficiente de parte de juez para poder ser vencido en juicio y respetar la garantía del

³⁸⁸ Cámara de Familia de la Sección del Centro: Sentencia de apelación del día uno de marzo de dos mil uno. Ref.CF01-11-IH-2000

debido proceso; por lo menos en el ámbito del Derecho de Familia salvadoreño. Esta característica teórica tiene su correspondencia con la LPrF que en el inciso segundo del artículo 75 la establece de la siguiente manera: *“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 presentan la demanda dentro de los diez siguientes a su ejecución”*.

Ante tal afirmación es necesario confrontar cuales son los tipos de medidas de protección que se pueden dictar en un proceso de familia o en uno de violencia intrafamiliar; pues pasa que la doctrina y la jurisprudencia clásica no pueden ver que lo que en realidad se trata es que en el artículo 75 de la LPrF trata de un objeto científico distinto (tutela cautelar) y el artículo 76 trata de otro objeto científico a saber, la tutela satisfactiva, que puede ser diseñada como autónoma o no, encarrilada en un procedimiento especial (como los regulados en la LCVI) o dentro del proceso de conocimiento pleno. Como por ejemplo el derecho de alimentos.

No prestar la atención que merece este hecho científico, que la doctrina y la jurisprudencia comparada hace mucho tiempo han puesto demostrado, es seguir negado algo que la realidad de los distintos tribunales de nuestro país ha puesto en evidencia hace mucho tiempo, a saber, el tiempo necesario para satisfacer ciertos derecho de contenido no patrimonial o no, o conexo con éste o aún los mismos derechos típicamente patrimoniales, no puede soportar la duración del proceso de conocimiento pleno y es condenar al justiciable a la violación de su derecho; es transformar el derecho subjetivo en derecho de resarcimiento. O como dice la SC, reconocerle un *efecto restitutorio patrimonial*³⁸⁹.

³⁸⁹ Sentencia de la SC de fecha trece de octubre de dos mil cuatro. Ref. 65-2004. Amp. Publicada en Revista de Derecho Constitucional Numero 53. Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia (Tomo II. Octubre –diciembre. 2004) Pág. 647.

4.5.1.3 Tipos de medidas “cautelares” que se decretan en los procesos de familia o de violencia o intrafamiliar

Estas se encuentran de una forma específica en los artículos 7 de la LCVI, y 130 de la LPrF³⁹⁰. La comparación entre ambas disposiciones es útil para determinar si es cierto que las medidas de protección son una especie de las medidas cautelares siendo por ello aplicables las características de toda medida cautelar, incluida la caducidad.

³⁹⁰ La LPrF establece “Artículo 130.- Medidas de protección

La medida de protección podrá incluir, entre otros aspectos, los siguientes: a) La obligación de abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o síquico a cualquier miembro de la familia; b) El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero;

c) La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo; d) La obligación alimentaria y la determinación de su cuantía; e) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenos, o sustancias que generen dependencia física o síquica; f) La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuente algún miembro del grupo familiar; g) La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos; h) La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ello hubiere lugar; i) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos; y, j) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos. Por su parte la LCVI establece

Artículo 7.- Medidas de Protección (*)Para prevenir, sancionar y erradicar las diferentes formas de violencia intrafamiliar se establecen las siguientes medidas: a) Orden Judicial a la persona agresora de abstenerse de hostigar, perseguir, intimidar, amenazar o realizar otras formas de maltrato en contra de las víctimas de violencia o de cualquier otra persona del grupo familiar que comparta o no la misma vivienda; b) Orden Judicial a las personas intervinientes en los hechos de violencia denunciados de abstenerse de realizar actos de hostigamiento, intimidación, provocación, amenaza u otros semejantes, que puedan dar lugar o propicien la violencia intrafamiliar y las demás que señala la Ley Procesal de Familia; c) Prohibir a la persona agresora amenazar a la víctima tanto en el ámbito privado como en el ámbito público; d) Prohibir a la persona agresora, ingerir bebidas alcohólicas, estupefacientes, alucinógenos o sustancias que generen dependencia física o psíquica a juicio prudencial del juez o jueza;

e) Orden Judicial a la persona agresora para que salga inmediatamente del domicilio común. Si se resiste se auxiliará de la Policía Nacional Civil; f) Fijarle a la persona agredida si así lo solicita, un domicilio diferente del común, que la proteja de agresiones futuras; g) Orden Judicial de allanamiento de morada, cuando por violencia intrafamiliar se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, psicológica y patrimonial de cualquiera de sus habitantes; h) Suspender a la persona agresora el permiso para portar armas, mientras estén vigentes las medidas de protección y ordenar el decomiso de las armas que posea; (*) i) Suspenderle provisionalmente a la persona agresora, el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad y su derecho de visita a éstos en caso de agresión; (*) j) Prohibir el acceso de la persona agresora al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio; k) Establecer una cuota alimenticia provisional; una vez fijada, de oficio se procederá a su ejecución; (*) l) Otorgar el uso exclusivo por un plazo determinado, del manejo de la casa de habitación a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el manejo amparados al régimen del patrimonio familiar; m) Emitir una Orden Judicial de protección y auxilio policial, dirigida a la autoridad de Seguridad Pública, de su vecindario. La víctima portará copia de esta orden para que pueda acudir a la autoridad más cercana en caso de amenaza de agresión fuera de su domicilio; y, n) Cualquier otra medida prevista en el ordenamiento familiar vigente.

Pero además de esto la propia negativa de la relación de género a especie entre las medidas de protección y las medidas cautelares viene establecida en la legislación de familia, así el LPrF establece en el inciso segundo del artículo 76, la inaplicabilidad de la característica de la caducidad en las medidas de protección, así: *“la duración de la orden de protección será establecida por el juez en la resolución.”* Hecha la comparación se pone de relieve nuevamente que las características de las medidas cautelares, las cuales deben compartir con las medidas de protección en la concepción de la jurisprudencia comentada: *“son decisiones de carácter jurisdiccional, provisorias, discrecionales, mutables e instrumentales, encaminadas a proteger a los miembros de la familia”*. Pues siendo las medidas cautelares accesorias a un proceso principal, están sujetas a caducidad,³⁹¹ con lo cual se estaría encontrando otra diferencia aparte del criterio del bien jurídico protegido para diferenciar las medidas cautelares de las denominadas medidas de protección.

Tener esa claridad conceptual es determinante, para poder identificar y diferenciar, *por sus efectos*, la tutela cautelar de la tutela anticipatoria y los demás procesos sumarios satisfactivos autónomos o no. Pero nuevamente la jurisprudencia de la Cámara de Familia en un verdadero intento por proveer una solución urgente, confunde la institución cautelar con las otras especies y en un fallo por demás esclarecedor nos dice:

.... De tal manera que dichas medidas pueden ser confirmadas, revocadas o modificadas en la sentencia que ponga fin al conflicto principal; **aunque como en el presente caso, el objeto de la medida cautelar de protección, puede coincidir con el objeto de la pretensión que se quiere hacer valer en el juicio; es decir, que la medida de protección y la cautelar, en general, pueden ser accesorias a una demanda principal o coincidir con aquella.**(negritas del original)

Estas medidas se encuentran en todas las legislaciones de Familia y en algunos países, España, Chile, Colombia, Costa Rica, Argentina, Panamá, Paraguay y en El

³⁹¹ Sobre el tema de la caducidad se ha dicho: *Las medidas – como se sabe – se extinguen al finalizar el plazo de vigencia...* Cámara de Familia de la Sección del Centro: Sentencia de apelación del día seis de marzo de dos mil dos. Ref. 01 127-A-2001

Salvador, están diseminadas en diferentes preceptos de la legislación sustantiva y procesal, entendiéndose que no son taxativas. Así ocurre en 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 parte; 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 proveerla³⁹².

Esta sentencia con todo y su extensión, es una de las más importantes para probar o demostrar la afirmación hecha al presente de este apartado: *existen en nuestra jurisprudencia copiosos casos en las cuales lo que en realidad se provee es una Tutela Anticipada y no una medida cautelar* (ítem 4.5). Todo el eje demostrativo gira en torno a dilucidar si las medidas de protección cuando coinciden con la pretensión son medidas cautelares; y segundo; sí no son medidas cautelares. *¿Qué son?*

A la primera interrogante la jurisprudencia citada expresa la posibilidad de la coincidencia de la pretensión total o parcial de la medida de protección con lo buscado en la sentencia, lo cual es una contradicción *"in terminis"*, a la luz de la características de las medidas cautelares sentadas por la misma jurisprudencia de la Cámara de Familia de sección del Centro y de la SC. Antes de arribar a la conclusión final de este apartado, es interesante destacar la cita hecha por la Cámara de Familia de la sección del Centro a otros sistemas normativos iberoamericanos en donde precisamente ha tenido lugar un desarrollo notable este tipo de procesos urgentes.

Efectivamente, la Cámara cita el caso de la Republica Argentina, en donde la Ley Nacional número 24.417 y sus decretos complementarios 235, de fecha 7 de marzo de 1996 y las respectivas leyes provinciales que regulan la violencia intrafamiliar o domestica, han establecidos en unos casos medidas de protección pero en otros les han dado su autentico

³⁹² Cámara de Familia de la Sección del Centro. Sentencia de apelación de las catorce horas del día veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco. **Ref. 3-95**

denominación; para el caso de Ley de la Provincia de Santa Fe han denominado expresamente como medidas autosatisfactivas.

La cita es de mucha importancia, pues como se sabe nuestra legislación en materia de familia abreva de fuentes sudamericanas de tal forma que las experiencias de los distintos operadores jurídicos de esos países es de mucha importancia, la cual es de recibo, pues mucha de la legislación que se ha dictado en los países iberoamericanas están inspirada en principios codificadores de Derecho Internacional, tal como el principio del interés superior del menor receptado en el artículo 3, parte primera de la Convención sobre Derechos del Niño y 350 del Código de Familia. Pues bien, como se decía, dado el régimen federal de la República Argentina las provincias pueden regular por medio de leyes propias sus necesidades. Es así como la provincia de Santa Fe y de Neuquén regulan por medio de las leyes 11.529 y 2212 de 1998, respectivamente, la violencia intrafamiliar. Al comentar estas tres leyes (la nacional y las provinciales) la doctora **AIDA KEMELMAJER de CARLUCCI** hace un estudio sobre las medidas que el legislador ha creado para hacer cesar esas conductas que atentan contra el bien jurídico de la integridad física y moral de las víctimas de este flagelo de las sociedades.

Las leyes mencionadas acompañan una tendencia bastante generalizada en la legislación comparada que, en los últimos años, regula las llamadas medidas de protección, como medio alternativo frente a la opción clásica: sanciones penales o el vacío. En línea de la búsqueda de nuevas medidas pueden mencionarse, entre otras, **la Ley Procesal de Familia de El Salvador**, (arts.130 y 144), la Ley de Violencia Domestica de Puerto Rico, Ley Contra la Violencia Domestica de Costa Rica (art. 3º) y, la ley de violencia intrafamiliar de Colombia, 1996 (art. 4º), etcétera³⁹³.

La autoridad de la doctora **AIDA KEMELMAJER de CARLUCCI** en esta materia no puede dejar de estimarse. Ella misma se encarga de confirmar que lo que

³⁹³ KEMELMAJER de Carlucci, Aida, *La medida autosatisfactiva: instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar*, En *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 433.

las mismas leyes provinciales y la nacional regula como medidas de protección no son en realidad medidas cautelares, y lo que en realidad regulan estas leyes de la República Argentina son una de las especies de la *Tutela Anticipada autónoma*, a saber: la medida autosatisfactiva que la Ley de la Provincia de Santa Fe regula expresamente como tal en el artículo 5³⁹⁴. Así la doctora **d^e CARLUCCI**:

Por estas razones, un importante grupo de autores ubica a estas entre las medias urgentes autosatisfactivas y no entre las cautelares típicas. En tal sentido explicó el prestigioso especialista en derecho de menores Atilio Álvarez, a los señores senadores nacionales, que el proceso de protección de persona puede configura un proceso cautelar autónomo que agote su finalidad en al medida tomada, “sin necesidad de estar vinculado con caducidad alguna respecto de un juicio de conocimiento posterior”³⁹⁵.

Con las transcripciones anteriores se ha demostrado que lo que en verdad se nombra como medida de protección, en el ámbito de la protección de la integridad física y moral de los miembros de la familia, en algunos casos no son más que medidas autosatisfactivas o tutela anticipada. El autor argentino **RICARDO J. DUTTO**, ejemplifica los casos en que pueden ser despachables este tipo de medidas en los procesos de familia: a) Acción para obtener el reintegro al hogar de los hijos sujetos a autoridad parental; b) Dispensa el deber de cohabitar; c) Violencia familiar y d) Protección de personas.

³⁹⁴ De acuerdo a esta ley argentina se pueden despachar como medidas autosatisfactivas: **Medidas autosatisfactivas**. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe al que se refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo—en su caso—la residencia en lugares adecuados a fines de su control. b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar. c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal. d) Decretar provisionalmente cuota alimentaria, tenencia y derecho de comunicación con los integrantes del grupo familiar, sin perjuicio de la aplicación de las normativas vigentes de similar naturaleza. e) Recabar todo tipo de informes que crea pertinente sobre la situación denunciada, y requerir el auxilio y colaboración de las instituciones que atendieron a la víctima de la violencia.

³⁹⁵ Ibidem. Pág. 443-444.

4.5.1.4 La medida autosatisfactiva

Llegado a este punto, solo queda demostrar que efectivamente, la jurisprudencia en el orden jurisdiccional familiar ha sido consecuente con la necesidad de una tutela urgente distinta a la cautelar clásica. Lo ha hecho en principio con una confusión, como es natural de las ideas nuevas, de una filosofía incierta, como toda filosofía, con la tutela anticipada. Pero no ha dudado en despachar una verdadera tutela anticipada o en exponer la posibilidad de la procedencia de las medidas autosatisfactivas, dentro del proceso de familia, con mayor énfasis en los procesos de violencia intrafamiliar.

Tan es así, que la misma Cámara de Familia de la Sección de Centro en un caso paradigmático (por haber el tribunal explorado la posibilidad de procedencia de la medida autosatisfactiva) así lo dispuso. Se trataba de una situación de urgencia, en la cual estaba en disputa el cuidado personal de una menor, producto de una unión de hecho entre una salvadoreña y un ciudadano nicaragüense. La madre de la menor, supuesta víctima de violencia intrafamiliar decide abandonar la convivencia que tenía con su compañero de vida en la República de Nicaragua, trayendo consigo a la menor.

La madre logra evadir los controles migratorios valiéndose de un permiso del padre que había sido obtenido fraudulentamente, pues se había falsificado su firma. Una vez ya estando en El Salvador, la madre pide y obtiene *medidas de protección* en contra del padre de la menor, medidas consistentes en: **a)** la prohibición que se le impusiera al padre de maltratar física, verbal, psicológica y sexualmente a la denunciante; **b)** abstenerse de visitar su lugar de residencia o cualquier lugar que ella frecuente; **c)** de asecharla, acosarla u hostigarla por cualquier medio de comunicación. Dichas medidas tuvieron una duración inicial de seis meses.

Una vez en el país, el padre, de origen nicaragüense, se personó al Tribunal que decretó las medidas e interpuso *recurso de Apelación*, mediante el cual pidió que se revocaran dichas medidas. El recurrente, argumentó, entre otros motivos, que las medidas decretadas, por ser una especie de las cautelares, debió indicarse el plazo de caducidad para iniciar el proceso correspondiente, así se expresó el recurrente: *“pero además no se requirió que se presentara la demanda respectiva dentro del plazo que señala la ley, es decir, que no se ha sustanciado un proceso judicial de Violencia Intrafamiliar, ni tampoco son medidas como acto previo a la demanda”*³⁹⁶.

Desde luego que lo que esperaba el padre denunciado era que la medida caducara si no se iniciaba el proceso correspondiente, pero desde luego que ello no era posible por la urgencia del caso y la índole del derecho debatido, pues la características de la caducidad solo es aplicable a la tutela cautelar dentro de nuestro sistema; pero además de eso, no tenía sentido continuar pues no había acción principal que incoar dentro de este procedimiento especial de cognición sumaria.

Otro motivo interesante es la queja que el recurrente le hace a la Cámara, en el sentido que la jueza *A-Quo* ha manifestado, siempre en relación a la caducidad, que *“no habrá proceso”*, (sic): *“por que la A quo afirma que no habrá juicio agotando con ello la jurisdicción, es decir, quedó agotado en el pronunciamiento realizado, por lo que el impetrante considera el decreto de las medidas de protección como un prejuzgamiento”*³⁹⁷. No asombra la confusión conceptual de la parte recurrente, pues hasta ese momento, se maneja que lo que se dictó son medidas de protección (objeto científico falso) que a la vez son una especie de medida cautelar, la cual no puede coincidir total ni parcialmente con la

³⁹⁶ Cámara de Familia de la Sección del Centro: Sentencia de apelación del día doce de diciembre de dos mil cinco. Ref.: **142-A-2004**

³⁹⁷ Ibidem.

pretensión. Hechas las citas del incidente de apelación, es útil y pertinente recordar la definición de la *medida autosatisfactiva*: “es un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota—de ahí lo de autosatisfactivas—con su despacho favorable”³⁹⁸.

De ahí porqué la jueza “A-Quo” haya manifestado que no habría proceso, pues el caso está agotado con la satisfacción de la pretensión de la madre, lo cual no significa que haya violación al debido proceso y mucho menos cosa juzgada; en principio por impedirlo el propio proceso de familia en la materia objeto del caso (art. 83 LPrF); pero además por que como dice la doctrina en estos casos la carga del proceso de conocimiento pleno de traslada al reo, quien puede iniciar otro proceso tendiente a tener algún especie de trato con el menor u otro que estime conveniente. Pero sin duda, algo mejor sucedió en la resolución del incidente de apelación pues la Cámara sentenciadora a parte de confirmar el criterio de urgencia que tuvo la “A-Quo” para decretar tales medidas dejó establecida la siguiente “*ratio iuris*”.

Así las cosas si bien es cierto no podía tramitarse el procedimiento de violencia intrafamiliar por no ser el denunciado de este domicilio; ello no impedía brindar la protección necesaria a la denunciante dictando las medidas de protección correspondientes puesto que ese requisito formal no debe anteponerse a salvaguardar la integridad de las personas, **siendo éste uno de los casos excepcionales en los que procederá el dictado de medidas auto satisfactivas (aisladamente o de forma autónoma)** es decir sin estar vinculado al trámite de un proceso en particular o de una pretensión principal³⁹⁹.

Efectivamente, la Cámara de Familia de la Sección Centro nos está diciendo que es posible el dictado de medidas autosatisfactivas en el proceso de familia. Ello es posible según, este magistral fallo, de forma aislada o en

³⁹⁸ PEYRANO, Jorge, W, *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. En Medida Autosatisfactiva*, Director Jorge, W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág. 27

³⁹⁹ Cámara de Familia de la Sección del Centro: Sentencia de apelación del día doce de diciembre de dos mil cinco. Ref.: 142-A-2004.

forma autónoma, es decir, que no es aplicable, en el caso de ser autónomo, la características que venía pregonando de *provisoriedad, discrecionalidad, mutabilidad e instrumentalidad* pues se agotan en su despacho favorable al decir de **P**EURANO y confirmado por el fallo en cometo.

Con todo lo expuesto, ha quedado demostrado que la realidad de los conflictos en materia de familia ha impuesto a los jueces de esta jurisdicción una adecuación de las normas y los conflictos que conocen en su función jurisdiccional, los cuales los convierten, no en activistas judiciales, sino en jueces con responsabilidad social. Por que la jurisdicción de familia posee un poder cautelar genérico que le posibilita dictar cualquier medida cautelar, dentro de las cuales se pueden dictar las de protección, la cuales pueden coincidir total o parcialmente con el fondo de la pretensión y cuando estas resoluciones judiciales coinciden con la pretensión no son medidas de protección sino especies de la *Tutela Anticipada*, Vr.g. *medidas autosatisfactivas*.

4.5.2 La jurisdicción administrativa

Como veníamos “anticipando” la SCA ya ha dictado tutelas anticipadas bajo la única denominación que su preconstitucional ley le permite. Algún sector de la doctrina resta importancia al hecho de la denominación que se le endose a este tipo de resoluciones judiciales; dicha posición se considera enrolada en un pragmatismo procesal, en donde importa solamente los efectos que esas resoluciones tienen y no la denominación de estas instituciones procesales. Lo cierto es que es criticable esa posición teórica, pues se coloca en la posición cómoda, significa estarse a lo resuelto por los tribunales. De esta posición es el doctor **R**AMIRO **S**IMÓN **P**ADRÓS, quien hace una comparación entre la tutela de urgencia y la cautelar negando, implícitamente, que exista diferencia entre la tutela cautelar y la tutela

anticipada. Hacemos tal afirmación desde el momento en que el doctor **PADRÓS** trae a cuenta el *leading case* de la materia que se presentó en la Argentina (caso Camacho Acosta). En donde establece que lo que se dictó ahí, fue una medida autosatisfactiva. Pero ello será tratado en el capítulo 5.2⁴⁰⁰.

A continuación se presentan dos casos que están en estrecha relación con la *Tutela Anticipada* pues lo dictado en ello ha sido precisamente tutela anticipada y no mera suspensiones de acto. Este material empírico nos permitirán sostener que la SCA ha dictado este *proceso urgente* desbordando legítimamente, aunque sin decirlo, el marco preconstitucional de la LJCA. El primero es conocido en el foro con el nombre de “*caso boliche*”. En él se generaron tres procesos: el administrativo, penal, y el de Amparo; aunque desde luego no nos referiremos al proceso penal que se llevó a cabo, sin perjuicio de citar algunos pasajes de los Autos del proceso penal en cuanto sean ilustrativos para el tema y para las correspondientes citas.

El segundo caso, paradigmático por ser el primero en aplicar la sanción máxima que regula la Ley de Competencia, a la transnacional petrolera *SHELL S.A.* Se encuentra actualmente en trámite en la SC y fue articulado en contra la Superintendencia de Competencia. Al final se verá a través de estos casos que la SCA dicta en algunos casos tutelas anticipadas pero bajo el manto mistificador y arcaizante de la suspensión del acto reclamado. A continuación se pondrá en evidencia la síntesis de los casos, así como los presupuestos que llevaron a atorgar la Tutela Anticipada, por eso el caso Acosta Espinoza contra la BESABOL y *SHELL S.A Limited* contra la Superintendencia de Competencia, en adelante SCP, son en la

⁴⁰⁰ Merece resaltar que otra “causa de justificación” que a menudo se esgrime esta basada en la táctica y estrategia de defensa o de ataque de los litigantes, que prefieren invocar lo aceptado por el Tribunal que llamar las cosas por su nombre.

justicia administrativa salvadoreña los *leading cases* de la materia, aunque no necesariamente los primeros.

4.5.2.1 El “leading case” de la Sala de lo Contencioso Administrativo y el apotegma del Tribunal Constitucional Español: “la suspensión de la suspensión otorga”

4.5.2.2 Análisis del caso Acosta Espinoza I contra la FESABOL

La asignación de *leading case*, al caso Acosta Espinoza I esta dada por una serie de características del caso, tales como: *naturaleza jurídica de la actividad impugnada*⁴⁰¹, y principalmente los efectos de la resolución de la SCA sobre la situación jurídica del demandante. El caso esta referido a una atleta de boliche miembro de la Federación Salvadoreña de Boliche—en adelante *FESABOL* —por más de 20 años, alcanzando una relevancia nacional por cuanto trascendió al ámbito penal; pues la autoridad demanda incumplió la resolución judicial, incurriendo, supuestamente, en el delito de desobediencia de particulares.

Pues bien, el caso inicia con la imposición a la demandante, de una sanción de cuatro meses de suspensión de su calidad de atleta, por supuestos actos de indisciplina ocurridos en ocasión de la participación de la demandante como parte integrante de delegación de atletas salvadoreños que participaron en la XX edición de los juegos Deportivos Centroamericanos y del Caribe celebrados en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, en el año 2006⁴⁰² hechos que fueron denunciados por un delegado técnico.

La sanción comenzaría a contar a partir del 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2006, e incluía el no poder participar en los torneos que organizaría la *FESABOL* con el consiguiente perjuicio de inactividad lo que

⁴⁰¹ La demanda de la parte actora una vez transcurrido el proceso fue inadmitida “*in persecuendi litis*”, por no ser acto administrativo la actividad impugnada.

⁴⁰² Aunque los supuestos actos de indisciplina ocurrieron en la ciudad de Barranquilla, siempre del mismo país.

imposibilitaría mejorar el puntaje individual de la atleta para futuras competencias, tanto nacionales como internacionales. La sanción impuesta literalmente establecía (sic):

1º. “Que usted se comportó en el evento arriba mencionado, con una conducta inadecuada que provocó la inestabilidad y quebranto la armonía de su entorno, circunstancia tipificada en el artículo 21 literal c del reglamento de disciplina del comité olímpico de El Salvador (COES) COMO “Falta Grave”.

2º Que por tal razón este comité en sesión celebrada con fecha 29 de agosto del presente año, ACORDO: suspenderla como miembro activo de la federación salvadoreña de boliche durante el periodo comprendido del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2006, situación que la inhibe en cualquier tipo de evento nacional o internacional, auspiciado/o avalado por esta federación⁴⁰³.

Ante la sanción, la agraviada acude a la SCA demandando a la *FESABOL*, solicitando y obteniendo la “*medida cautelar*” de “suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado” y algo más, como veremos abajo. Con medida cautelar en mano la cautelada con el propósito de inscribirse en un torneo nacional organizado con posterioridad a la sanción se apersona a las instalaciones de la *FESABOL*, inscripción que se le deniega, hecho que es denunciado por la demandante ante la SCA; el día 19 de octubre de 2006 la SCA emite nueva resolución por medio de la cual confirmaba la “medida cautelar” otorgada en el Auto de fecha nueve de octubre de ese mismo año. Con esta nueva resolución la atleta se apersona a las instalaciones de un bolegrama capitalino, para inscribirse en otro torneo, llevándose la sorpresa que le es manifestado por un directivo de la *FESABOL* que no se le iba a inscribir y que además su suspensión era *por tiempo indefinido*. La resolución a la que se refiere este directivo tiene fecha 14 de noviembre de 2006 y expresa en su parte resolutive lo siguiente, (sic):

Que la atleta*****se ha negado sistemáticamente a cumplir la resolución eminentemente deportiva, del comité ejecutivo de la *FESABOL*, de fecha 1 de septiembre de 2006, faltando con ello a los principios de disciplina deportiva a

⁴⁰³ folio 49 de la primera pieza del proceso penal. Ref. 182-2006

que esta obligada, creando con su actitud inestabilidad en la institucionalidad de la FESABOL

(...)

SE SUSPENDE A LA ATLETA _____, DE FORMA INDEFINIDA DE PARTICIPAR EN TODO TIPO DE EVENTO, TORNEO O CAMPEONATO ORGANIZADO, CONVOCADO O AVALADO POR LA FEDERACION SALVADOREÑA DE BOLICHE HATA QUE RECTIFIQUE O DESISTA DE SU ACTITUD DE INDISCIPLINA Y REBELDIA HACIA LOS ACUERDOS DE ESTE COMITÉ EJECUTIVO

Dicha sanción será efectiva a partir de la fecha de su notificación⁴⁰⁴.

Así todo se origina por la primera sanción impuesta a la bolichista la cual interpone la demanda con fecha 6 de Octubre, la cual es admitida el día 9 de octubre, de ese mismo año, por medio del cual se pronunció la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto impugnado; que no esta tal, como se demostrará. Antes de entrar en el estudio del mismo es necesario establecer la metodología del análisis para poder demostrar que lo que dictó como suspensión de los efectos de acto (tutela cautelar) en realidad fue una especie de tutela anticipada, a saber, la medida innovativa, pues no se puede abordar dicho análisis con la definición legal de la suspensión del acto que regula la LJCA (sin perjuicio de ver la no adecuación a los mismos). Para ello nos serviremos del análisis conceptual que el doctor **CARBONE** realiza de la definición de lo que él denomina Despachos Interinos de Fondo (otra denominación de la tutela anticipada).

En efecto, el autor argentino menciona que la tutela anticipada posee las siguientes notas conceptuales: **a)** es una providencia y no una sentencia; **b)** no esta contemplado en disposiciones especificas, es decir es atípica; **c)** anticipa total o parcialmente el objeto de la pretensión antes del dictado de la sentencia de merito; **d)** el carácter del peligro que lo amenaza; **f)** según la particular circunstancia que surge de la situación jurídica; **g)** surge ante la inminencia o efectiva producción de un daño irreparable o de difícil

⁴⁰⁴ Folios 72 y 73 frente de la primera pieza del proceso penal. Ref. 182-2006. Mayúsculas y negritas del original

reparación; **h)** grado especial de cognición exigida; **i)** criterio discrecional del juez; **j)** obviar las consecuencias disvaliosas de un evento para producir los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el merito; **k)** razón de ser del despacho interino⁴⁰⁵.

4.5.2.2.1 Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 9/10/2006. Es una resolución interlocutoria

La primera nota conceptual es obvia; pues según el sistema de protección urgente de la LJCA no es posible articular una “medida cautelar autónoma” y por tanto la establecida en el artículo 16 de la misma ley es una interlocutoria. En este Auto la SCA resolvió “*inaudita part*” lo siguiente: “suspéndase provisionalmente la ejecución de los efectos del acto administrativo cuestionado, en el sentido que el Comité Ejecutivo de la Federación Salvadoreña de Boliche no podrá hacer efectiva la sanción de suspensión impuesta a la demandante y *deberá abstenerse de impedir a la licenciada ***** , hacer uso de los derechos que le asiste el ser miembro de la Federación Salvadoreña de boliche, entre los cuales figura su derecho de participar en los campeonatos nacionales organizados pro la referida federación salvadoreña de boliche, mientras dure la tramitación de este proceso.*

He aquí algo con escasos precedentes en la historia procesal administrativa⁴⁰⁶. Un hecho que no se le ha dado la importancia que tiene y que sin duda revoluciona el derecho de acceso a la jurisdicción en nuestro sistema jurídico; que reafirma el sentido personalista que el padre

⁴⁰⁵ CARBONE, Carlos Alberto, *La duración del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón, (hacia un nuevo principio general del derecho de base procesal). Los Despachos Interinos de Fondo... En Sentencia Anticipada. Ob. Cit. Págs. 93 y 102.*

⁴⁰⁶ Es cierto que la SCA con anterioridad al caso Acosta Espinosa Iya había resuelto sobre la procedencia de tutela anticipada bajo el ropaje de la suspensión de acto. Vid Auto de fecha ocho de julio de dos mil cinco. Ref. 361-C-2004, entre otros. Pero lo que hace relevante a este caso es la naturaleza la actuación impugnada y los efectos sobre la situación individual.

constituyente estableció (*vid* el capítulo 1). El Auto de la SCA de fecha 9/10/2006 no es meritorio por su construcción técnica, pero en cuanto a su contenido es verdaderamente lo que la procesalística sudamericana y europea conoce como tutela anticipatorio o tutela satisfactiva interinal. Pero escribo, leo y machaco: “*y deberá abstenerse de impedir a la licenciada ***** , hacer uso de los derechos que le asiste el ser miembro de la Federación Salvadoreña de boliche, entre los cuales figura su derecho de participar en los campeonatos nacionales organizados pro la referida federación salvadoreña de boliche, mientras dure la tramitación de este proceso.*”

Ante este hecho, que causa un gran asombro, es gráfica la reacción por parte de los abogados de la defensa de la autoridad demanda, en el proceso penal⁴⁰⁷, (Caso Acosta Espinoza II) los cuales ponen en duda los poderes jurisdiccionales de la SCA para ordenar la inscripción de torneos venideros para la bolichista sancionada, pues esta, según, los defensores de la FESABOL, únicamente prevé la suspensión del acto reclamado. Pero como expresa **ALTHUSSER**: “*debemos modificar totalmente la idea que nos hacemos del conocimiento, abandonar el mito espectacular de la visión y de la lectura inmediata, y concebir el conocimiento como producción*”⁴⁰⁸.

En primer término debe mencionarse la *naturaliza jurídica de la actividad impugnada*, salta a la vista, por su obviedad, que se trata de típico acto sancionatorio, el cual estaba en vías de consumación total, pues de aquellos actos que la doctrina denomina como efecto conculcatorio

⁴⁰⁷ La defensa de la autoridad demanda en el proceso penal (que este caso ya es parte imputada) expreso: “*se tiene que el acta notarial se mencionad dos eventos, pero el requerimiento se menciona un solo evento, al igual que el Requerimiento, la intervención de la Fiscalía y el Querellante y aún la denuncia de la señorita***** , y se ha omitido mencionar las razones, por lo que en este momento pone a la orden de la suscrita jueza fotocopia certificada por la Secretarí a de la FESABOL de la primera sanción impuesta por la FESABOL a la señorita***** , y la cual se le notifico el día dos de septiembre del año en curso, siendo este el origen de todo y la Sala conoció de la sanción impuesta, PERO LA SALA NO TIENE PODER PARA QUE FORMA INDISCRIMINADA ORDENE LA INSCRIPCIÓN A TODOS LOS TORNEOS DE LA FEDERACIÓN y pone también de la suscrita..... (mayúsculas mías). Caso Acosta Espinoza II*”

⁴⁰⁸ ALTHUSSER, Louis.: *Para leer el capital*, siglo XXI editores, no hay año de edición, Pág. 29

continuado; la regla general este tipo de procesos es que la suspensión del acto no se dicta cuando este acto ha sido consumado o a empezado a tener efectos jurídicos; esto se demostrará en el ítem 4.5.5.2

4.5.2.2.2 Despacho que no esta contemplado en previsiones específicas

No cabe la menor duda que el Auto de fecha 9/10/2006 establece una conducta negativa o de no hacer para la autoridad demanda (o como lo estableció la SCA agente colaborador de la administración pública). En cuanto le esta determinando a la autoridad demandada para que no obstaculice los derechos que como miembro de la *FESABOL* tienen la demandante⁴⁰⁹. Pero la pregunta que se debe formular en esta nota conceptual es: ¿existía la previsión legal de ordenar que la sanción ya empezada a ejecutar se levantará en el sentido de retrotraer la situación para que la atleta recobra el derecho de participar en los torneos de la *FESABOL*?; O mejor aún, ¿estaba la *SCA* habilitada para suspender la suspensión?

Desde luego que no, si nos situamos desde la perspectiva de la suspensión de acto administrativo, pues aunque la sanción impuesta por la *FESABOL* no repercute al interés general o de terceros, lo que podría llevar “*prima facie*” a otorgar la suspensión, provocaba que la demora de la sentencia un daño irreparable (la atleta necesitaba participar en los torneos nacionales para efectos del ranking). Además de producir efectos positivos la actuación impugnada. En este caso lo pretendido por la parte actora coincidía con la medida cautelar, es decir pedía la suspensión de la suspensión de tal forma que satisfacía la pretensión, recordemos que la diferencia básica entre la tutela cautelar y la anticipada es que la primera

⁴⁰⁹ Los estatutos de la *FESABOL* establecen cuales son los derechos de los miembros de esta federación, entre los cuales están: “participar en los campeonatos nacionales y eventos deportivos que organice la *FESABOL*.” Artículo 8 letra “f”.

cautela o asegura el derecho sin satisfacerlo y aquí sucedió todo lo contrario pues al suspender la suspensión la SCA otorgó a la actora un anticipo de jurisdicción pero en forma negativa. *¿Qué es lo que hace parecer a esta providencia como tutela cautelar a la luz del Derecho Procesal Administrativo clásico?*, sencillo; la doctrina y la jurisprudencia en este ámbito procesal finca toda la tutela cautelar en la suspensión del acto, (tutela cautelar negativa) y por tanto si el mandato judicial es negativo sigue siendo tutela cautelar. *Pero nada mas falso, como aclaró el profesor Marinoni tanto la tutela cautelar como la anticipada pueden ser negativas o positivas*, por tanto, nada tiene que ver que la SCA dicte una resolución en la que ordene el mantenimiento del “*status quo*” de la parte actora o de la situación litigiosa; lo que si tiene relevancia para la tutela cautelar es que no se satisfaga el derecho, pues entonces el proceso principal del cual es sirviente según las características de la tutela cautelar, deviene sin objeto.

Ahora bien para demostrar este hecho aún mas, conviene traer a cuenta nuevamente el caso de los diputados Vascos de Herri Batasuna que acudieron al Tribunal Constitucional Español en vista que, por no haber tomado protesta de ley, jurando lealtad al Rey y a la Constitución española, el presidente del Parlamento autónomo, no les dió pleno ejercicio de sus investiduras. En ese caso, los actores solicitaron al máximo Tribunal español que otorgara la suspensión del acto reclamado, para que pudieran gozar, como tutela cautelar, y usar su investidura de diputados. Así el Tribunal Constitucional Español razono sobre tal medida:

1. El acto contra el que el presente recurso de Amparo se dirige y cuya suspensión se nos pide es la Resolución del Presidente del Congreso de los Diputados por la que se declaró que los recurrentes no habían adquirido la condición plena de Diputados. Como tal Resolución, que naturalmente no priva ni podría privar a los actores de su condición de Diputados electos, no impediría que éstos readquiriesen la plenitud de sus derechos y prerrogativas como miembros del Congreso de los Diputados a partir del momento en que decidiesen cumplir el requisito que rechazan, puede ser entendida, y frecuentemente así lo es, como una suspensión de su

derecho, de tal modo que lo que de nosotros se solicita es, en cierto sentido, la suspensión de una suspensión⁴¹⁰.

Como claramente está expuesto, el Tribunal Constitucional distingue la función no satisfactiva de la tutela cautelar, pues naturalmente es lo que pasa cuando se suspende una sanción, pues desde luego lo que busca la parte actora es que se declare ilegal un pronunciamiento que le perjudica y que no es cautelar sino anticipada. Mas adelante, en el mismo fundamento, se dice por parte del mismo Tribunal algo contundente: *“con lo que la medida cautelar se transformaría, como ya dijimos en nuestro ATC 811/1985, en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo.”* Por ello el apotegma de la suspensión de la suspensión otorga se refiere al contenido satisfactivo de la resolución judicial que decide interinamente el objeto mediato de la pretensión, en los procesos en que se ejercite una actividad típicamente sancionadora, o mejor dicho, las suspensiones en el derecho administrativo sancionador cuando se dan por parte de la administración, en el procedimiento administrativo, no son tutela cautelar (lo cual no significa que haya preguzgamiento) y cuando se suspenden las suspensiones en sede judicial tampoco, sino todo el fenómeno contrario que venimos pregonando: *otorgar efectividad al justiciable para actor que probablemente tenga la razón*⁴¹¹.

4.5.2.2.3 Anticipa total o parcialmente el objeto de la pretensión antes del dictado de la sentencia de merito

Que es lo que solicitaba la parte actora contra la FESABOL, tal y como se desprende del petitorio de la demanda (número 2) que se le permitiera

⁴¹⁰ Auto del Tribunal Constitucional Español. Fundamento jurídico 1Ref. 144/1990 (Auto)

⁴¹¹ GAMERO Casado, Eduardo, *La jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 99.

participar en todas los torneos que organizara la FESABOL. Es decir que el contenido de la *Tutela Anticipada* ha de ser *pertinente* en cuanto al derecho sustancial de fondo. Y en tal caso la SCA anticipo totalmente la pretensión de la demandante. Pues al decir que “*y deberá abstenerse de impedir a la licenciada ***** , hacer uso de los derechos que le asiste el ser miembro de la Federación Salvadoreña de boliche...*” no hizo más que adelantar en una fase procesal distinta de la sentencia el resultado o mejor dicho los efectos de la sentencia condenatoria.

4.5.2.2.4 Según la naturaleza del interés

Con esta nota conceptual se busca evidenciar que los efectos de la resolución anticipatoria no sean de carácter irreversible; lo cual se cumple plenamente pues era fácilmente previsible que si la acción no prosperaba el efecto lógico era la firmeza de la sanción, entre otras cosas serían la de invalidar los puntos obtenidos por la atleta en los torneos en que participo bajo la vigencia de la medida anticipada.

4.5.2.2.5 El carácter del peligro que lo amenaza

Este era irreparable, “*por la posición sustancial del solicitante*” y así lo juzgó acertadamente la SCA pues de lo contrario significaba dejar que el acto impugnado pudiera colocar a la atleta en una situación de total indefensión como efectivamente lo fue cuando ella intentó inscribirse en un torneo local.

Es que la irreparabilidad en la tutela anticipada mira a la relación material y como la no satisfacción de esta afecta a su titular, pues era evidente, como después la SC confirmo, que la parte actora poseía la razón. Es claro que el peligro era de infructuosidad de la “*listis*” pues la atleta necesitaba seguir gozando de su status de miembro de la FESABOL, como

la propia parte actora nos dice: *“es de carácter urgente Honorable Sala que dictéis las providencias necesarias a efecto de que se suspenda inmediatamente la orden de suspensión ordenada por el Comité Ejecutivo de la FESABOL ya que sus efectos continuados-acto de trato sucesivo- me ocasionan perjuicio puesto que me inhibe de participar en los subsiguientes torneos organizados por la FESABOL, con efectos que serán luego irreparables”*⁴¹². Esta irreparabilidad es la misma cuando se trata de servicios públicos en los cuales la administración pública o los concesionarios tienen que garantizar la prestación, en condiciones de acceso y mantenimiento dignos de los servicios que prestan. Como por ejemplo en el servicio público de educación o salud; pues de que servirá la tutela jurisdiccional en un año o dos, cuando ese derecho no resiste el paso del tiempo que se decide en ciclos académicos de semanas o en días cuando la persona haya desmejorado su salud.

4.5.2.2.6 Según la particular circunstancia que surge de la situación jurídica

Ante la inminencia de la concurrencia de otros eventos deportivos, de los cuales estaba suspendida la actora, se justifica que la SCA adopte la resolución de marras, pues la parte actora acompañó pruebas sobre la programación de otros eventos deportivos que eran necesarios para su puntaje como atleta Ranking Nacional⁴¹³.

⁴¹² Folios 123 vuelto de la primera pieza del proceso penal. Ref. 182-2006.

⁴¹³ El caso guarda una similitud increíble con el caso Bartulé, Néstor contra Jockey Club de Rosario en la provincia de Santa Fe en la república Argentina. Este caso ha sido comentado por la doctrina argentina, de cual extraemos esta alusión, con respecto a la idoneidad técnica empleada para la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción y la indemnidad del bien jurídico en la pluma del doctor PEYRANO, así

“El Jockey Club de Rosario inhabilitó —por cuatro años— al jinete Néstor Bartulé para desarrollar su actividad profesional específica. La sanción fue impuesta como corolario de un sumario preñado de irregularidades (así, por ej., el sancionado no goza del derecho de defensa). El tribunal interviniente entendió que la entidad de la sanción aplicada, sumada al hecho de que una inactividad tan prologada acarearía la pérdida de la aptitud profesional del sancionado, configuraba un atentado contra el derecho constitucional de trabajar. Máxime cuando—de prosperar en definitiva la demanda por nulidad de la medida que se había impuesto—la eventual revocación (luego de largos años de trámite) de la corrección disciplinaria impugnada no

4.5.2.2.7 Ante la inminencia o efectiva producción de un daño irreparable o de difícil reparación;

El daño irreparable estaba presente en el caso boliche desde el momento en que según el las reglas de competencia de este deporte para clasificar a torneos se necesita una determinada posición dentro del Ranking, lo que posibilita, entre otras cosas, las convocatorias de preselección o selecciona nacional; lo que volvía mas urgente la tutela anticipada pues, la sentencia definitiva no podía retrotraer las cosas hasta el punto de garantizar una medida de reestablecimiento del derecho violado, pues sencillamente el tiempo en que si debió ocurrir estaba fenecido para siempre.

4.5.2.2.8 Grado de cognición exigida

Lo que se realizo la SCA fue un juicio de *verosimilitud preponderante*, o *fuerte probabilidad* que lo planteado por la parte actora era atendible, pues la parte aportó prueba inequívoca que su planteo era atendible (la sanción ni siquiera estaba prevista previamente en los estatutos de la FESABOL); pues era obvio que existía un abuso de una potestad administrativa como es propuesto como caso de procedencia de esta tutela en el Derecho Administrativo del ítem 4.6.1. Este requisito se cumple por algo simple pero no simplista. En efecto, la doctrina y reiterada jurisprudencia de la SCA han establecido que en el Derecho Administrativo sancionador son aplicables, en cuanto esto fuere posible, los principios del Derecho Penal; entonces, aquí el

borraría el "daño irreparable" ya consumado. En merito de lo dicho, se levanto provisionalmente la sanción aplicada y a las resultas del juicio de nulidad en tramite, previa prestación de contracautela. "Llama la atención que Néstor Bartule tenía veinticinco años de pertenecer a dicho club. PEYRANO, Jorge W, *La medida cautelar innovativa: una realidad una esperanza*, en *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág. 221

juicio de certeza suficiente que realizó la SCA recayó sobre el requisito de tipicidad de la supuesta infracción cometida por la atleta⁴¹⁴.

Al hacer esto la SCA seguramente valoró el carácter estatutario de los, valga la redundancia, estatutos de la FESABOL, en donde se encuentran tipificadas las infracciones que los atletas no deberían cometer. Para verificar lo anterior solo falta realizar el correspondiente “examen” de tipicidad y evidenciar, a la luz de los estatutos de la FESABOL, que la sanción impuesta no aparece descrito de forma previa, precisa e inequívoca una conducta que pueda ser tipificada como “...*inadecuada que provoco la inestabilidad y quebranto la armonía de su entorno*” como se expresa en la notificación de la demanda.

Aunque si es de mencionar que si aparece tipificada en el artículo 21 letra “c” que expresa (sic) *Constituyen infracciones graves de los atletas: c) la conducta social inadecuada que provoque la inestabilidad y quebrante la armonía de su entorno deportivo*” pero como el vínculo jurídico de la atleta es de carácter estatutario con la FESABOL y no con el Comité Olímpico de El Salvador entonces se impone el hecho que la únicas normas donde se deben buscar para la adecuación de “*una conducta inadecuada que provocó la inestabilidad y quebranto la armonía de su entorno*” estuvieran previstas en los estatutos de la FESABOL. Por lo que resulta plenamente cumplido el requisito de la *certeza sufriente* para acreditar la razón de la demandante.

Pues no existe la probabilidad positiva de que la presunta infractora sea autora o participe de la infracción administrativa. En este caso, la falta de título previo de la administración para imponer una sanción era evidente, lo cual incluso rayaba con una nulidad de pleno derecho, por lo que solo basta acudir a los presupuestos previamente sentados por la propia SCA para justificar y por tanto legitimar, la tutela anticipada del caso.

⁴¹⁴ Además, se tendría que realizar el juicio sobre la extraterritorialidad de la norma, pues recordemos que estos hechos sucedieron en Colombia.

4.5.2.2.9 Criterio discrecional del juez

Este no está referido a otorgar o no la tutela anticipada, sino el criterio de la intensidad, durabilidad y proporcionalidad; e incluso juzgar si el despacho se concede o no sin audiencia previa a la otra parte. Esta última circunstancia sucedió en este caso, la cual estaba plenamente justificada, pues la inminencia de la realización de torneos de boliche precisaban que el efecto de la tutela anticipada recayera en el grado de rapidez con que fue concedida y notificada el auto interlocutorio. Menos de una semana.

4.5.2.2.10 Obviar las consecuencias disvaliosas de un evento para producir los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito

¿Cuál hubiera sido el efecto norma si la parte actora no hubiera obtenido este anticipo de jurisdicción?. La imposibilidad de poder participar en las actividades nacionales e internacionales de su disciplina; con el efecto de no poder ser parte de la selección nacional de boliche.

4.5.2.2.11 Obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito

El haber la SCA dispuesto que la atleta demandante pudiera seguir gozando de sus derechos como miembro de la *FESABOL* no fue hecho bajo un imperativo de orden reglado o legal. Ya que incluso este es no es el primer precedente jurisprudencial en el país.

4.5.2.3 Superintendencia de competencia contra *Shell* de El Salvador, S. A.

El día 21 de abril de 2006, la Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo interpuso denuncia contra la sociedad “*Shell* El Salvador, S.A.”. por practicas anticompetitivas, iniciándose la instrucción del procedimiento administrativo sancionador correspondiente con fecha 9 de marzo de 2007, la Superintendencia de Competencia, en adelante SCP, ordenó acumular otras denuncias contra otros agentes económicos denunciados, *ESSO Standard Oil, S.A. Limited (ESSO)* y *Texaco Caribbean Inc. (TEXACO)*, todos por la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas establecidas en los artículos 25 letra a) y 30 letra d) de la Ley de Competencia.

Con fecha 30 de julio de 2007, la SCP resolvió entre otras cosas, declarar concluida la investigación integrado el expediente y elevar al conocimiento del Consejo Directivo de la SCP, para que emitiera la resolución final la cual se produce con fecha 1 de octubre de 2007, en la cual estableció la responsabilidad de las trasnacionales denunciadas en los siguientes términos: **a)** Declarar la existencia de las prácticas anticompetitivas contenidas en las letras b) y d) del artículo 30 de la Ley de Competencia cometidas por parte de la sociedad “*Shell* de El Salvador, S. A.” (SHELL) por haberse comprobado las conductas descritas en la presente resolución. **b)** Declarar la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en la letra **d)** del artículo 30 de la Ley de Competencia cometida por parte de la sociedad “*Esso Standard Oil, S. A. Limited*” (ESSO), por haberse comprobado la conducta descrita en la presente resolución. **c)** Declarar la inexistencia de la práctica anticompetitiva contenida en la letra **d)** del artículo 30 de la Ley de Competencia por parte de *Chevron Caribbean Inc.* (CHEVRON). **d)** Declarar la inexistencia de la práctica anticompetitiva

descrita en la letra a) del artículo 25 de la Ley de Competencia, por parte de las sociedades *Shell* de El Salvador, S. A. (*SHELL*), *Esso Standard Oil*, S. A. Limited (*ESSO*) y *Chevron Caribbean Inc.* (*CHEVRON*), en virtud de no haberse comprobado en la presente investigación la comisión de hechos tipificados como tales. f) Imponer a cada una de las sociedades “Shell de El Salvador, S.A.” (*SHELL*) y “Esso Standard Oil, S.A. Limited” (*ESSO*) la multa máxima de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL dólares de los Estados Unidos de América, equivalentes a CINCO MIL salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. g) Ordenar el cese de las conductas comprobadas y declaradas como anticompetitivas en los términos establecidos en la presente resolución.

Las adecuaciones legales y comerciales que deban hacer los agentes económicos sancionados para dar cumplimiento a este aspecto, tendrán que verificarse en el plazo máximo de cuarenta y cinco días calendario contados a partir del siguiente la de la fecha en la que se notifique la ejecutoria. h) Conceder a los agentes económicos sancionados, el plazo de ocho días calendario para efectuar el pago correspondiente, contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución a través de la cual se declara ejecutoriada la presente resolución. g) Comisionar a la Superintendente de Competencia para que verifique e informe a este Consejo Directivo el cumplimiento de la presente resolución por parte de los agentes económicos sancionados⁴¹⁵.

De esta resolución las trasnacionales interponen recurso de revisión para efectos de agotar la vía administrativa y acceder al control judicial por la SCA; desestimado que fue el recurso de revisión, la sociedad *SHELL* interpone demanda administrativa solicitando la suspensión del acto administrativo impugnado de la disposición que ordenaba el cese de las

⁴¹⁵ Superintendencia de Competencia de la Republica de El Salvador, resolución de fecha uno de octubre de dos mil siete. Pág. 150 y 151.

supuestas conductas anticompetitivas descritas en la letra “g” del anterior párrafo no así la multa, pues se entendió que la misma no ocasionaba un daño irreparable a la esfera jurídica de las partes actora.

De esta resolución se hará el correspondiente análisis⁴¹⁶ para determinar la naturaleza jurídica de la petición que resolvió al petición de suspensión del acto administrativo impugnado, haciendo la aclaración, que no se pretende entrar en el debate sobre la razón o la sin razón de alguna de las partes, nada mas *levantar el velo* sobre la naturaleza anticipada del Auto de la SCA de fecha 27/11/2007 y no cautelar, como las partes intervinientes nominan; pues de ello parte el correcto empleo de estas técnicas que redundan en un mejor servicio de justicia.

4.5.2.3.1 Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 27/11/2007. Es una resolución interlocutoria

En efecto, una vez admitida se decreta inaudita “*et altera parts*” la resolución por medio de la cual la SCA estableció suspender la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado respecto de la orden de cese en la implementación de la política de ajustes competitivos ordenada a SHELL⁴¹⁷.

No tenemos a nuestra disposición la resolución en la que se ordenó dicha medida, pero del traslado de la parte actora que representa los interés de la SCP se puede concluir que la SCA no aplicó el presupuesto regulado en el artículo 18 de la LJCA. En la contestación de la demanda básicamente se expuso, el carácter excepcional de la medida cautelar de la suspensión del acto impugnado, reforzando la SCP esta posición con abundantes citas doctrinales sobre la naturaleza de esta medida cautelar, que sin duda puede

⁴¹⁶ Este somero análisis se realizó sobre la base de los documentos públicos del caso, especialmente del escrito de contestación de la demanda.

⁴¹⁷ Escrito de contestación de la demanda de fecha diecisiete de diciembre de dos mil siete. Pág. 2

ser catalogada como un pequeño manual sobre los presupuestos procesales de la suspensión del acto en el sistema normativo salvadoreño.

Los alegatos tenían como objetivo obtener la revocatoria de la medida cautelar otorgada pues la resolución que la otorgaba no había respetado el presupuesto de la no afectación del interés público, con lo cual se otorgaba, al decir la SCP, una victoria velada a la parte demanda al preemitirle seguir con las supuestas prácticas anticompetitivas en el mercado salvadoreño de hidrocarburos; que en definitiva venía a perjudicar a los consumidores finales que son los que tienen que pagar el alto costo que los derivados del petróleo tienen en el mercado mundial, costo que se ve incrementado por la zonificación de precios y las sugerencias de precios para el consumidor final que supuestamente realizaban las empresas sancionadas.

Los alegatos de la contestación de la demanda están encaminados, como se dijo, ha demostrar que con la resolución de la SCA de fecha 27/11/2007 se obvió el requisito legal de la prevalencia de interés público que esta a favor de la SCP, pues como administración pública actual en interés general.

4.5.2.3.2 Despacho que no esta contemplado en previsiones específicas

Nuevamente salta el hecho por demás simple que según los dispuesto por la LJCA al justificar la no aplicación del artículo 18 de la LJCA se aplicó el carácter atípico de la tutela anticipada, pues el fundamento de la tutela anticipada no se ha ya en norma infraconstitucional alguna sino en la tutela judicial efectiva o derecho de acceso a la jurisdicción según la terminología vernácula.

4.5.2.3.3 Anticipa total o parcialmente el objeto de la pretensión antes del dictado de la sentencia de merito

La naturaleza negativa del acto salta a la vista, por cuanto ha mandado a que no se ejecute la disposición por medio de la cual la SCP prohibió la supuesta falta por la que fue sancionada en sede administrativa, recordemos que la naturaleza del acto jurisdiccional, puede ser negativo o positivo, y que nada tiene que ver con la naturaleza de la tutela anticipada; sino que la diferencia básica es que la resolución judicial tenga carácter satisfactivo, en el sentido que la parte pueda disfrutar de la pretensión. Y es claro que la suspensión de la suspensión que dicto la SCA, *SHELL* pudo seguir con la práctica de precios por zonas diferencias en la distribución de los derivados del petróleo en el mercado salvadoreño, pretensión que es la misma que en sede administrativa fue sancionada, por lo que el requisito de la coincidencia total parcial de la pretensión se cumple con esta resolución de contenido anticipatorio.

4.5.2.3.4 Según la naturaleza del interés

La referencia a este requisito en este caso es complicada por la naturaleza difusa del derecho involucrado. En efecto, según sean derechos de naturaleza patrimonial o no, o con función no patrimonial se tiene que evidenciar. En efecto, la medida que anticipa tiene que ser de aquellas que no poseen un carácter irreversible; pero dado el carácter del derecho que se estima violentado que es la libre competencia de todos los agentes económicos de un mercado local determinado, Art. 1 de la Ley de Competencia; sin embargo este derecho no puede desatenderse de la realidad social en la que esta inserto, pues es un derecho que tiene conexidad o incidencia con otros, específicamente con el derecho

fundamental de los consumidores de ser protegidos de practicas abusivas, regulado en el articulo 101 inciso segundo, de la Constitución de la Republica⁴¹⁸, en relación con el articulo 4 letra j de la Ley de Protección al Consumidor; pues bien es natural que el cuanto al derecho subjetivo de la parte, (que también pudo haber solicitado una indemnización de daños y perjuicios por la supuesta práctica anticompetitiva, pues es claro que aquí si cabía una tutela resarcitoria en pecunia); pero que pasa con el interés de los consumidores.

Quien los represento en este litigio⁴¹⁹, hasta el momento de elaborar este apartado no se había mostrado parte ninguna asociación ni mucho menos la Defensoría del Consumidor. Esto lo decimos por que en virtud del presente caso se pudieron haber articulado diversas tutelas jurisdiccionales que no necesariamente esta representadas por todas las partes en el conflicto entre la SCP y la trasnacional; pues aunque la SCA articulo una tutela anticipada a favor de la segunda, la carga de la fundamentación y la carga de la prueba aportada para despacho seguramente fueron tales que pudieran crear la convicción necesaria y por el lado de los afectados (en primer lugar la Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo que representado un derecho colectivo y el de los consumidores) no se articulo pretensión alguna de defensa de los interés de los consumidores. Con mejor claridad esta situación la expone Marinoni así:

No basta simplemente pensar que el juez puede imponer un hacer o un no hacer. Es necesario verificar si esta actividad es bastante para dar respuesta a las variadas situaciones de derecho sustancial y, además de esto, a cual de ellas efectivamente puede responder. Esas diferentes respuestas solamente pueden ser dadas a partir de la investigación judicial de sus presupuestos, de modo que no es posible no percibir, de una vez por todas, que la “acción para el cumplimiento de hacer o no

⁴¹⁸ De hecho esta es la razón fundamental para argumentar la improcedencia de la tutela anticipada en este caso; pues la SCP encarna el interés publico; no solo el interés publico en el sentido tradicional que ha establecido la SCA, sino el interés publico que representa el derecho fundamental de los consumidores. Estos son los casos que la doctrina procesal administrativa establece para determinar el otorgamiento de la tutela cautelar.

⁴¹⁹ Al escribir el presente apartado nadie lo había hecho.

hacer” es un vehículo procesal que puede conducir a diversas tutelas, y que así mismo exigirá, conforme al caso, diferentes presupuestos⁴²⁰.

Tratando de hacer una aplicación práctica de la lección anterior se puede decir que en este caso estaban en juego tres tipos de tutela: la tutela inhibitoria, representada por la idea de la no continuación de acción supuestamente contraria a las normas jurídicas que regulan la libre competencia en el mercado de los hidrocarburos representado por la SCP; la tutela resarcitoria que le era posible articular a la Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo en defensa de los daños y perjuicios causados por la supuesta actividad monopólica de las transnacionales, y que no se debe olvidar que es un derecho colectivo y no difuso; y la tutela inhibitoria para impedir la continuación de la misma supuesta actividad abusiva por parte de la Defensoría de los Consumidores o asociaciones que se dediquen a tal fin; y también la tutela de judicial efectiva de parte de las transnacionales que a título de tutela cautelar obtuvieron una tutela anticipada, bajo la denominación de suspensión del acto.

Es claro que aquí, la nota conceptual de la naturaleza del interés se cumple por el hecho de la composición de la *litis*, pues solo estando personadas los intereses de la SCP y SHELL, la reversibilidad de la resolución estaba garantizada desde el momento en que el pago de la multa, ya se había hecho efectivo.

4.5.2.3.5 El carácter del peligro que lo amenaza

Este recaudo se cumple desde el momento de la demostración que la actividad sancionadora violenta un derecho, para el caso, el de ejercer una actividad económica lícita; pero que también podía ser contra argumentada con las posiciones de las otras partes legitimadas.

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Inibitória, Ob. Cit. Pág. 75 (ítem. 3.15.4)

4.5.2.3.6 Según la particular circunstancia que surge de la situación jurídica

Este esta representado por la naturaleza del acto que priva un derecho o retraso su efectividad; es decir al tener carácter continuado la prohibición de la prácticamente supuestamente anticompetitiva, la reiteración de la conducta agrava más el lucro cesante y el daño emergente.

4.5.2.3.7 Ante la inminencia o efectiva producción de un daño irreparable o de difícil reparación;

La zonificación de precios que realizan las trasnacionales aumentan naturalmente sus utilidades en conceptos de ventas de los derivados del petróleo; determinar cuanto se dejar de percibir por la prohibición de esta practica no es fácil sobre todo por lo volátil del comportamiento del mercado mundial; parece que el único criterio valido es el promedio de ventas que de haber seguido vigente con la anterior practicas se hubieran dejado de percibir si no se hubiera ordenado tal medida.

4.5.2.3.8 Grado de cognición exigida

Al no tener los alegatos de ilegalidad de la parte actora no es posible hacer la incursión de este presupuesto; solo se dirá que se tuvo que haber alegado el abuso de la potestad sancionadora de la administración publica; para poder articular la técnica anticipatoria.

4.5.2.3.9 Criterio discrecional del juez

Al no creer necesaria el contradictorio antes del dictado, la SCA aplicado la discrecionalidad de tal medida en el sentido de valorar despachar la tutela anticipada bajo una orden negativa antes de escuchar a la SC

4.5.2.2.10 Obviar las consecuencias disvaliosas de un evento para producir los efectos

La consecuencia que se pretendía prescindir era la de poder seguir aplicando la zonas artificiales de precios; que hacia incrementar las ventas de los productos derivados del petróleo que se distribuyen en el mercado salvadoreño, las cuales de haber esperado todo el tiempo que conlleva el proceso de conocimiento serian muy difíciles de calcular en conceptos de daño patrimonial.

4.5.3 La jurisdicción constitucional

La justicia constitucional en el sistema normativo salvadoreño conoce de cuatro procesos constitucionales, a saber: el “*habeas corpus*”, el Amparo, inconstitucionalidad, y la controversia entre Órganos de Gobierno. Estos procesos se desarrollan al desamparo de la preconstitucional Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960, —en adelante LPr.Cn. Por tanto, le afecta todo lo dicho con respecto a la LJCA en cuanto a la disposición derogatoria del artículo 249 de la Constitución de la Republica.⁴²¹

Estos procesos ha sufrido el impacto del tiempo y la SC ha debido adecuar la situación en concreto a su actividad. Para el caso del clásico proceso de *habeas corpus* por detenciones ilegales, se han desarrollado otras

⁴²¹ Cfr. Lo manifestado en el Capítulo 1, apartado 1.11. *Justificación constitucional de la tutela jurisdiccional diferenciada.*

aplicaciones tales como: el *habeas corpus* restringido⁴²², *habeas corpus* contra desapariciones forzadas;⁴²³ *habeas corpus* contra ley;⁴²⁴ *habeas corpus* contra particulares;⁴²⁵ contra sentencia definitiva;⁴²⁶ *habeas corpus* correctivo;⁴²⁷ *habeas corpus* de pronto despacho;⁴²⁸ *habeas corpus* preventivo;⁴²⁹ *habeas corpus* reparador,⁴³⁰ se ha notado la capacidad de adaptación a la necesidad en la respuesta del poder judicial en la efectividad de la tutela hacia los justiciables. Abordaremos en este apartado la tutela urgente no cautelar a la luz de los objetos procesales del proceso de Amparo y de inconstitucionalidad en los cuales se puede apreciar una constante en las resoluciones de la SC. Para llegar a la misma conclusión cuando se estudio la jurisprudencia en materia de administrativa, es decir: la SC ya proveído respuesta urgente a los justiciables cuando el caso lo ha ameritado.

Cuando esto ha sucedido la SC lamentablemente lo ha hecho bajo el ropaje de su única medida cautelar, *la suspensión de acto reclamado*, la cual tiene unas características y presupuestos procesales propios *que hacen imposible, por definición, encuadrar en la figura de la suspensión de acto reclamado*. Por ello, se demostrará en los siguientes apartados que los *leading cases*, del cual se toma el caso Acosta Espinoza III para comprobar la hipótesis de trabajo de la presente investigación.

4.5.4 Medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad

No es el objeto del presente apartado demostrar la existencia de la tutela anticipada en el procesos de inconstitucionalidad pues al igual que el

⁴²² Sentencia de la SC de fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho. Ref. 327-98;

⁴²³ Sentencia de la SC de fecha veinte de marzo de dos mil dos. Ref. 379-2000

⁴²⁴ Sentencia de la SC de fecha veintiséis de agosto de dos mil dos. Ref. 112-2002

⁴²⁵ Sentencia de la SC de fecha doce de junio de mil novecientos noventa y ocho. Ref. 11-98.

⁴²⁶ Sentencia de la SC de fecha veintiocho de enero de dos mil dos. Ref. 296-2000

⁴²⁷ Sentencia de la SC de fecha dieciséis de enero de dos mil cuatro. Ref. 3-2003

⁴²⁸ Sentencia de la SC de fecha dieciocho de mayo del año dos mil. Ref. 131-2000

⁴²⁹ Sentencia de la SC de fecha veinticinco de abril de dos mil. Ref. 108-2000

⁴³⁰ Sentencia de la SC de fecha diez de diciembre de dos mil tres. Ref. 111-2003R

proceso de *habeas corpus*, el de inconstitucionalidad no encuentra, en la sistemática de la LPr.Cn, regulación de medida cautelar alguna. Y es que siendo un caso de jurisdicción abstracta, el objeto del proceso versa sobre si una disposición de carácter general es o no contraria a la Constitución de la Republica al tenor del artículo 183 de la misma. *¿Cual ha sido la respuesta de la SC ante el pedido de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad?* Ha dicho simplemente, en un principio que estas no están reguladas⁴³¹ y ha desestimado la pretensión de suspensión de una ley nacional; posteriormente este criterio jurisprudencia fue matizado y se dijo que aunque no estaban reguladas sería en los casos en concreto donde la SC podría aplicarlas.

Supongamos un caso cuyo objeto procesal verse sobre una inconstitucionalidad por omisión; no es que la SC va a dictar una ley con todo y su exposición de motivos, ello sería absurdo, simplemente se trata de conocer la índole del derecho material omitido; mas exactamente *el deber positivo del Estado para implementar las medidas legislativas necesarias para dar efectividad a un tipo de derecho que se considera no ha sido contemplado por el acto normativo.*

Es ese sentido se afirma que los derechos fundamentales pueden ser clasificados en derechos fundamentales de defensa y derechos prestacionales; los primeros están relacionados con al no interferencia del Estado en la libertad de los ciudadanos y los segundos aquellos que el

⁴³¹ B. Por resolución de fecha 9-II-2001, este tribunal resolvió a la mencionada petición en los siguientes términos: "I. A partir del examen del ordenamiento jurídico salvadoreño, este tribunal advierte que la potestad de decretar medidas cautelares en la substanciación del proceso de inconstitucionalidad no se encuentra actualmente prevista. II. En cuanto a la apariencia fundada del derecho, indispensable para decretar medidas cautelares, no aparece debidamente configurada. Los argumentos vertidos por la parte demandante no resultan convincentes para instituir un juicio de probabilidad efectiva sobre la transgresión de los principios constitucionales a que hacen referencia, durante la discusión y aprobación del proyecto de la LIM, circunstancia adicional que inhibe evidentemente a este tribunal para establecer o adoptar la referida medida cautelar Sentencia definitiva de la SC de fecha trece de noviembre de dos mil uno. Ref. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001. Inc.

Estado se encuentra obligado ha efectivizar a los mismos⁴³² dentro de estos últimos el autor citado clasifica los derechos prestacionales en originarios y derivados, los primeros son aquellos que la propia garantía constitucional reconoce claramente los presupuestos materiales para su satisfacción y la facultad de ciudadano para pedir su respecto, ejemplo de esto en nuestro sistema jurídico es la norma que establece la jornada diaria de ocho horas y la semana de cuarenta y ocho; además los derechos prestacionales cuando son clasificados como derivados *“en la medida que el estado va concretizando sus responsabilidades en el sentido de asegurar prestaciones existenciales a los ciudadanos”*⁴³³.

Ejemplo de esto es el artículo 56 de la Constitución de la República que garantiza la gratuidad de la educación básica y parvularia; pero nada dice sobre la educación media ni mucho menos universitaria; ahora bien como se sabe sería absurdo pretender que la no previsión de las restantes niveles educativos es prohibitivo al Estado-legislador establecer las medidas necesarias para asegurar que también la educación media y universitaria sean gratuitas, pero también no es posible que las personas reclamen como un derecho fundamental la gratuidad, pues no están las condiciones materiales para su prestación por parte del Estado; ahora bien, Gomes Canotilho manifiesta que una vez un poder público ha desarrollado una legislación (la cual presupone los presupuestos materiales para su efectividad,) desarrollando un derecho originario esta ley no puede ser retirada del mundo jurídico, pues ya se convierte en una obligación negativa del Estado de conservar esas condiciones que posibilitaron la emisión de esa normativa⁴³⁴.

⁴³² GOMEZ Canotilho, José Joaquim, Derecho constitucional, Coimbra, Almedida, 1993, Pág. 590 y ss. Citado por MARINONI, Luiz Guilherme, *La jurisdicción en el Estado Constitucional*, Pág. 44.

⁴³³ Ibidem. Pág. 45.

⁴³⁴ El dice: “A partir del momento en que el estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas para realizar un derecho social, el respecto constitucional deja de consistir (o deja de consistir apenas) en una obligación

Ahora bien, supongamos que se emite una legislación, reglamentaria o no, sobre la ampliación de la gratuidad del derecho de educación al nivel de educación media y esta una vez transcurrido cierto tiempo, pierde vigencia. Que pasa entonces si se dicta una nueva legislación que no contempla esta extensión del derecho social de gratuidad del derecho de educación. ¿Sería posible solicitar la inconstitucionalidad por omisión y proponer una especie de tutela anticipada en el sentido que la autoridad demanda emita una ley en el que prevea y haga posible ese derecho anteriormente desarrollado?. Habida cuenta la obligación que el estado salvadoreño ha contraído con la comunidad internacional de la prohibición de no regresividad de los derechos sociales, económicos y culturales esto es probable.

4.5.5 Medidas cautelares en el proceso de Amparo

El proceso de Amparo es el único que dentro de su regulación prevé una especie de tutela cautelar, es la ya citada suspensión de acto reclamado que se establece en los artículos 19 al 25 de LPr.Cn. El estudio de la garantía de Amparo no puede dejar de realizarse sin el debido conocimiento de la doctrina mejicana que la ha estudiado en demasía, pues siendo una institución surgida en ese sistema jurídico, es natural que lo que se exprese del Amparo mejicano puede ser aplicable al nuestro.

Desde luego que el desarrollo propio que ha tenido el Amparo no puede desestimarse, pues ello nos dará el material empírico para comprobar que ha sido desde la óptica de este proceso constitucional en donde se ha dictado una tutela anticipada, nada más que en un sentido totalmente inverso al que se viene pregonando en esta investigación por regla general. Como se verá mas abajo. En efecto, ha sido el profesor *IGNACIO BURGOA* quien en la obra

positiva, para transformarse o pasar también a ser una obligación negativa. El estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social. GOMEZ Canotilho, José Joaquim, Derecho constitucional, Coimbra, Almedida, 1993, Pág. 542. ibidem.

el *juicio de Amparo* ha estudiando notablemente esta institución y del cual nos aprovecharemos para dejar plasmadas las características y supuestos de procedencia de la suspensión de acto como única medida cautelar nominada que regula la preconstitucional LPr.Cn.

4.5.5.1 Definición de acto reclamado

BURGOA lo define de la siguiente manera:

La suspensión en el juicio de Amparo es aquel acontecimiento judicial procesal (auto o resolución que concede la suspensión provisional o definitiva) creador de una situación de paralización o cesación temporalmente limitada de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencia de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, ***sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a estas***⁴³⁵. (Negritas fuera del texto)

De esta definición las consecuencias que nos pertinentes son:

- a) **La imposibilidad de la retroactividad** de la suspensión de acto reclamado: “consiguientemente, el acto o la situación suspensivo *nunca invalidan, nunca tienen efectos retroactivos de sobre aquellos en que opera, sino siempre consecuencias futuras, consistentes en impedir un desenvolvimiento posterior*”⁴³⁶.
- b) **El carácter positivo del acto reclamado.** Esto debe entenderse como la capacidad o aptitud de modificación de una situación preexistente en la esfera jurídica del quejoso. Nos aclara de una mejor forma **BURGOA**: “... *debe ser de índole positiva, esto es que implique, pronunciación, orden o ejecución (...) que no se traduzca en una mera y pura abstención o en un simple no hacer pro parte de la autoridad responsable*”⁴³⁷.

⁴³⁵ IGNACIO, Burgoa, *El juicio de amparo*, 3ª edición, Porrúa, México, 1950, Pág. 678.

⁴³⁶ Ibidem. Pág. 676.

⁴³⁷ Ibidem. Pág. 677.

c) No reconoce derechos. Es decir que imposibilita que el quejoso pueda exigir que el reconocimiento de una situación persistente en donde gozaba del ejercicio de derechos subjetivos o intereses legítimos, continua el autor de cita: *“además. La suspensión del acto reclamado nunca tiene efectos restitutorios del goce o disfrute de los derechos violados, pues estos son privativos de la sentencia constitucional”*⁴³⁸.*(cursivas fuera del texto)*

Resaltadas las anteriores características de la institución de la suspensión de acto reclamado en el proceso constitucional de Amparo, es pertinente hacer una comparación de las especies de tutela jurisdiccional objeto de la presente investigación. La primera comparación será con la medida innovativa. En efecto, citando al paladín de este tipo de procesos urgentes, dice:

Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho que existente antes de la petición de su dictado, o se disponga la generación de una nueva situación distinta a cualquier otra preexistente; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor⁴³⁹.

De la exposición anterior podemos concluir que por definición la institución la suspensión de acto reclamado y la medida innovativa son distintas y totalmente incompatibles por los efectos jurídicos que tienen dentro de la protección jurisdiccional. Pues la medida innovativa si tiene efectos retroactivos y además la medida innovativa, puede operar reconociendo un derecho subjetivo que ha sido denegado contrario a derecho.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ PEYRANO, W, Jorge, *Medida cautelar innovativa. Ob. Cit*, Pág.45-46.

Característica que le esta vedada a la suspensión del acto reclamado pues esta situación es propia de los efectos restitutorios de la sentencia de Amparo. Además de esto es necesario comparar la tutela cautelar de la LPr.Cn y la que regula la LJCA, en efecto, como la propia exposición de motivos de la LJCA expresa en la elaboración de esta, se aprovecho la experiencia acaecida con los juicios de constitucionales de la LPr.Cn la cual sirvió de modelo hasta del presupuesto procesal la acusación de los efectos positivos para el artículo 16 de la LJCA, hecho es de suma importancia para aplicar todo lo dicho en cuanto a al presupuestos procesal del efecto positivo en el ítem. 3.4.1.1

4.5.5.2 La suspensión de acto reclamado y la tutela anticipada

Es claro que si la suspensión del acto reclamado es una especie de tutela cautelar la diferencia entre esta y la tutela anticipada es la misma que **BURGOA** esgrime para decir que la suspensión del acto reclamado no es satisfactivo de la pretensión de amparo. Lo que pasa en la tutela anticipada es que conserva *el dictado de una resolución anticipatoria no engendra un proceso accesorio o instrumental de otro, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obstine la resolución anticipatoria*⁴⁴⁰.

El mismo Autor establece que las dos modalidades de la suspensión de acto reclamado las cuales son: **a)** impide la iniciación o nacimiento del acto reclamado y **b)** o impide el que se desarrollen las consecuencias del acto mismo⁴⁴¹; sobre la base de estos argumentos desarrollaremos en el ítem 4.5.5.3 el *leading case* en la jurisdicción constitucional, en la cual precisamente se dictó una tutela anticipada bajo el ropaje de la suspensión del acto reclamado; precisamente sobre la base fáctica del caso Acosta

⁴⁴⁰ PEYRANO, W, Jorge, *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil*. Ob. Cit. Pág. 20.

⁴⁴¹ Ibidem. Pág. 677.

Espinoza I en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues una vez que la actora vio desestimada *“in persecuendi litis”* su pretensión en aquella jurisdicción solicitó y obtuvo Amparo ante la SC. Ahora bien, no es que la SC no haya dictado con anterioridad tutela anticipadas, lo cual hace de una forma recurrente en materia sancionatoria, pero a favor de la administración pública en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Ello lo abordaremos en el siguiente apartado donde, ya se manifiesta que lo se pretende demostrar es que la tutela anticipada es una practica de la SC; lo hace eso sí, en confusión total de la tutela cautelar, la cual desde el punto de vista unilateral de la LPr.Cn solo es posible la suspensión del acto reclamado.

En efecto, recuerdes que no es posible confundir mandato positivo o negativo con tutela anticipada, ni mucho menos con tutela cautelar; pues ambas pueden disponer en los mandatos judiciales de conductas positivas o negativas; y lo que distingue a la primera de la tutela anticipada es que esta ultima satisface temporalmente el derecho material; además de esto es de tener en cuenta el apotegma la suspensión de la suspensión otorga, pues cuando esto sucede, en términos de Tribunal Constitucional Español: *“...el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una simple suspensión de la ejecución, pues no hay ejecución alguna que suspender, e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional, del Amparo que se pretende, con lo que la medida cautelar se transformaría, como ya dijimos en nuestro ATC 811/ 1985, en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo”*⁴⁴². Hemos dicho que para demostrar esto, hemos delimitado los antecedentes jurisprudenciales de la SC en materia sancionatoria.

⁴⁴² Auto del Tribunal Constitucional Español numero 144. 1990. fundamento jurídico 1.

En ese sentido es ilógico sostener que las *suspensiones laborales* cuando están coincidentes con la pretensión punitiva de la administración pública son medidas cautelares, pues entonces el proceso correspondiente se quedaría sin objeto. Ahora bien no se pretende decir que cuando se da este fenómeno la administración pública violenta el derecho de presunción de inocencia de administrado sujeto al procedimiento; esto sería exagerado, lo que se deja expuesto, es que aún y cuando sean válidas estas técnicas para efectivizar el derecho de castigar de la administración pública, se debe tener en cuenta cada caso en concreto, pues no en todos la medida de suspensión será proporcional y se puede prestar a abusos de parte de la administración, piénsese en un caso, en que la destinatario de esta medida se vea afectada en su esfera jurídica.

Por ejemplo, el Sr. A recibe hoy una notificación por la que se le comunica la suspensión laboral mientras se tramita el procedimiento administrativo sancionador de conformidad al artículo 58 de Ley del Servicio Civil ante la supuesta comisión de una infracción grave: *“Desempeñar empleos de carácter privado que fueren incompatibles con el cargo o empleo público o municipal, ya sea por coincidir las horas de trabajo”*. Al recibir la notificación, de la suspensión el Sr. A sufre de estrés crónico, situación que se agrava con la noticia de la suspensión, llevándole a presentar un cuadro de ansiedad con síntomas depresivos; el trabajo que el señor A desempeñaba era el único sustento de la familia. Los apoderados del Señor. A presenta a la SC o a la SCA *prueba inequívoca* que acreditaban que de ningún modo se ha ausentado de su lugar de trabajo en las horas y días que se le imputan y que por el contrario todo se debe a problemas personales con su jefe inmediato superior, que vienen desde que ambos era compañeros en la universidad y este había manipulado el control electrónico de asistencia para perjudicarlo.

La esposa de A solicita el levantamiento de la suspensión, alegando la carencia de toda otra fuente de ingresos, pues poseen dos menores hijos los cuales asisten a clases, lo cual demuestra con las respectivas certificaciones de partida de nacimiento y matriculas de escolaridad correspondientes. En este supuesto la suspensión laboral, *supuesta medida cautelar*, atenta no solo con el derecho a la estabilidad laboral sino con derechos conexos con este, como la salud del perjudicado y la educación de sus menores hijos. Supuestos como estos o con menores dramatismos es frecuente encontrar en la práctica. En los cuales es valido articular un proceso urgente distinto a la suspensión del acto reclamado. Como se dejará expuesto en el próximo apartado.

4.5.5.2.1 La tutela anticipada en la jurisprudencia de la SC y el derecho sancionatorio

Muy a menudo los justiciables que se sienten agraviados por la violación de los derechos constitucionales de defensa en los procedimientos administrativos sancionadores acuden a la SC por entender que han sido violentados los derechos constitucionales del debido proceso, específicamente la garantía de audiencia. Este es un hecho recurrente en los procedimientos administrativos sancionadores y la SC ha elaborado una doctrina, que haciendo referencia a sus propias palabras hacemos referencia: *las suspensiones laborales como medidas cautelares*. Para ello, la SC entra a la consideración de hacer un distinto entre la tutela cautelar y el proceso de conocimiento pleno y exhaustivo; y expresa que cuando se dicta la suspensión laboral temporal este no contiene ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto (lo cual es correcto) y a renglón seguido hace las citas correspondiente de las características de la tutela cautelar de Calamandrei. Las disposiciones que regulan esta potestad la “suspensión

previa” de la administración pública están redactadas de la siguiente forma y se encuentran como en todo el derecho administrativo sancionador salvadoreño:

Cuando la permanencia del funcionario o empleado constituya grave peligro para la administración o fuere sorprendido infraganti cometiendo cualquiera de las faltas enumeradas en los artículos 32, 53 y 54, la autoridad o jefe podrá acordar, sin ningún trámite la suspensión previa del servidor y al hacerlo así lo comunicará, dentro de los 3 días hábiles después de ser emitido el acuerdo, a la Comisión respectiva en la misma nota que manifieste su decisión de destituirlo o despedirlo⁴⁴³.

¿Cual ha sido la interpretación que la SC ha dado a estas disposiciones?

La suspensión como medida cautelar es distinta a la suspensión que resulte de una resolución de carácter definitivo, pues esta última tiene por objeto pronunciarse sobre los hechos controvertidos en un procedimiento sancionatorio, es decir, cuando la imposición de la suspensión suponga una sanción, caso en el cual debe ser precedida por un proceso o procedimiento en el que el afectado, ejerciendo su derecho de audiencia, pueda defenderse de una forma real y completa de los argumentos esgrimidos como justificativos de la sanción⁴⁴⁴.

Pero en realidad sabemos ya que cuando una disposición judicial que a titulo de tutela cautelar satisfaga el derecho (en este caso *ius puniendi*) en realidad estamos en presencia de tutela anticipada. Ahora bien, cual es la posición de la racionalidad de estas medidas por la doctrina “*Estas medidas solo serán compatibles con la CE en la medida en que respondan a la seguridad razonable de que la continuación de la actividad impedida va a dar*

⁴⁴³ Artículo 58 de la ley de servicio civil. Igual poder de suspensión previa se encuentran en los artículos 61 de la ley de la carrera policía; 73 de la ley de la carrera administrativa municipal; 4 letra “c” de la Ley Reguladora de la Garantía de audiencia de los empleados públicos no comprendidos en la carrera administrativa; artículo 29 de la ley de ética gubernamental.; 61 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Republica, entre otras disposiciones sancionatorias. Nótese que aquí la razon de función prevención general es palpable.

⁴⁴⁴ SC sentencia de fecha veintidós de febrero de dos mil cinco. Ref. 282-2004; en igual sentido las sentencias de Amparo de fechas: veintidós de junio de dos mil cinco. Ref. 523-2004; uno de junio de dos mil cinco. Ref. 204-2004; catorce de abril de dos mil cinco. Ref. 140-2004; veintidós de marzo de dos mil dos. Ref. 58-2001; día dos de julio de mil novecientos noventa y ocho. Ref. 46-97; veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete. Ref. 42-M-95; del día veintidós de agosto de dos mil. Ref. 868-99.

*lugar a la comisión de nuevas sanciones*⁴⁴⁵. Esta descripción de la racionalidad hecha por la doctrina evidencia que aun y cuando las sanciones administrativas persigan un fin, (prevención o expiación) estas tendrán que tener racionalidad en el caso concreto; esto se traduce en el juicio de ponderación entre el derecho fundamental que representan la administración pública y el sancionado o terceros. Para el caso, el procedimiento sancionador al que están sujetos los miembros de la policía nacional civil de nuestro país, prevé también la técnica de la “medida cautelar de la suspensión laboral”, esta técnica puede ser razonable en aquellos casos en que la permanencia del miembro de la corporación policial sea necesaria para no obstaculizar el norma y efectivo funcionamiento del *area de trabajo* donde se desempeña, pero no es fácil demostrar la racionalidad de una suspensión cuando el investigado es un policía de tránsito, el cual bien puede ser sujeto a otras medidas proporcionales al caso, como por ejemplo, un traslado a un puesto administrativo, pero no llevar hasta las últimas consecuencias una suspensión laboral sin goce de sueldo mientras se tramita todo el procedimiento. Solo piénsese en los casos en que la lesión al derecho de estabilidad laboral esta ligado o conexo con otros como el ejemplo de párrafo pasado.

4.5.5.3 Caso Acosta Espinoza III

La pretensión proceso administrativo fue desestimada “*in persecuendi litis*” por la SCA, ante esto inicia proceso de Amparo en contra de la FESABOL. La actora solicita la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado en los mismos términos en que le fue otorgada por la SCA. La SC por medio de resolución de fecha cuatro de enero de dos mil siete se ordenó: “*Asimismo, se suspendieron los efectos del acto reclamado, en el sentido*

⁴⁴⁵ SANTAMARÍA Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo. Ob. Cit. V. II. Pág. 398

*que la autoridad demandada debía abstenerse de ejecutar la sanción impuesta mediante el acuerdo antes mencionado y, por tanto, permitir la participación de la peticionaria en los eventos programados o a programarse por la FESABOL, ya fueran de carácter nacional e internacional*⁴⁴⁶.

Para lo efectos que persigue la presente investigación no tiene relevancia hacer un estudio pormenorizado sobre el caso, solo interesa hacer la comparación del dictado de la tutela cautelar de la SC con los presupuestos que regula la LPr.Cn para la emisión de la suspensión del acto reclamado. Por ello expusimos previamente cual son, a la luz de la doctrina mejicana. Interesa resaltar que según Burgoa la suspensión del acto reclamado jamás puede tener efectos satisfactivos, (como toda tutela cautelar) pues estos son propios del efecto restitutorio de la sentencia de Amparo, recordemos lo que él dice sobre este aspecto para evitar cavilaciones fuera de todo sustento legal y doctrinal: *La suspensión del acto reclamado nunca tiene efectos restitutorios del goce o disfrute de los derechos violados, pues estos son privativos de la sentencia constitucional*⁴⁴⁷.

Pero además, según los presupuestos propios de la suspensión del acto que regula la preconstitucional LPr.Cn no era posible, bajo la cobertura tutela de la suspensión del acto reclamado satisfacer el derecho de la parte actora, esto por existir consumación del acto reclamado; es cierto que la sanción por la cual inicialmente fue demandada la FESABOL fue de carácter indefinido y que después, al enterarse la autoridad demandada que habían sido demandados ante la SC esta fue “conmutada” por una sanción de tres años. Esta situación pueden llevar al equivoco de pensar en la procedencia de la suspensión del acto, por ser un acto de efecto continuado o *tracto sucesivo* que lesionada el derecho, como en el presente caso y por tanto, la

⁴⁴⁶ Auto de la SC de fecha cuatro de enero de dos mil siete. Ref. 754.2006

⁴⁴⁷ Burgoa, Ignacio. El juicio de amparo, Ob. Cit. Pág. 677.

tutela cautelar bajo este presupuesto era inviable; pero nuevamente **BURGOA** nos alecciona:

“Otra cuestión que se suscita a propósito de la procedencia de la suspensión en el juicio de Amparo se enfoca en relación con los llamados actos de tracto sucesivo. ¿es procedente respecto de ellos la suspensión?”⁴⁴⁸

Y menciona como ejemplos de estos en materia civil el arrendamiento y material penal la pena privativa de libertad, respecto de esta última no dice:

Pues bien, constando los actos de tracto sucesivo de una serie de actos o hechos a un solo fin, para saber si procede o no la suspensión respecto de ellos hay un distinguo: si la suspensión se solicita después de que se han verificado algunos de dichos actos teleológicamente unitarios, es a todas luces improcedentes por estarse en presencia de actos consumados; por el contrario, si la suspensión se pide antes de que se verifiquen ciertos actos o hechos que deban realizarse para obtener el fin común, no obstante que hayan tenido lugar otros anteriores, la suspensión de los primeros es perfectamente procedente, cuyos efectos consisten en evitar o impedir la continuación de la serie o sucesión⁴⁴⁹.

Como claramente se comprende aquí Burgoa hace la diferencia entre actos de instrucción y la consumación del acto por efecto de haberse impuesto una sanción que es privativa de un derecho con relevancia constitucional. Esto nos dice que no es posible otorgar la suspensión del acto reclamado pues la sanción siendo de tracto sucesivo esta teleológicamente unida al resto de la sanción o pena; en cambio en los actos procesales o procedimentales de instrucción si es posible, para evitar que se produzca una indefensión en los posteriores actos como producto de la violación a la garantía de audiencia, por ejemplo; y en el caso que se comenta, la sanción ya había empezado a ejecutarse, pues se le había impuesto una sanción de tres años a la bolichista profesional; ahora bien la inercia de pensamiento nos puede hacer pensar que no obstante esta teoría ser válida para el Amparo mejicano, en El Salvador esta institución ha evolucionado de forma distinta

⁴⁴⁸ Ibidem. Pág. 680.

⁴⁴⁹ Ibidem. Pág. 681.

de tal forma que se puede hablar de una suspensión del acto reclamado a los salvadoreño. Nada más absurdo.

La jurisprudencia de la SC se encarga de descartar cualquier idea en ese sentido; esta jurisprudencia ha sido contundente con respecto a la consumación del acto reclamado en los actos sancionatorios en donde incluso la sanción a revestido una naturaleza mas grave que la estudiada en el caso Acosta Espinoza III, a saber: *despidos de puestos de trabajo de instituciones gubernamentales*. Estos precedentes son los necesarios para demostrar la hipótesis aquí planteada. Valga la cita del expediente con referencia Ref. 1180-2002 en la que se dijo: “*En la misma resolución se declaró la inoperancia de la medida cautelar de suspensión del acto reclamado, por haberse consumado plenamente los efectos del acto reclamado*”. En este caso se trataba de una remoción ilegal por parte del Director General de la Policía Nacional Civil y del Tribunal Especial de Apelaciones del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia en donde se habían violentado los derechos constitucionales de audiencia, estabilidad laboral y seguridad jurídica.

La SC así lo declaró finalmente; pero ante la irreversibilidad de la acción ilegal solamente reconoció una tutela resarcitoria a través de los daños y perjuicios; en la mayoría de estos fallos hubo una conversión de derecho subjetivo en derecho indemnizatorio. Con lo cual esta plenamente demostrado que la suspensión del acto no tiene efectos retroactivos a la luz de la jurisprudencia de Amparo; lo que paso es que el caso que comentamos, lo que se dicto fue otra tutela.

4.5.5.4.1 El reconocimiento de la medida innovativa en los votos razonados de la Sala de lo Constitucional

Describe Carlos Cossio que Oliver Wendell Holmes fue durante tres lustros el voto aislado disidente la Suprema Corte de Estados Unidos hasta la llegada de Louis D. Brandeis en 1916. El cambio de correlación de fuerzas dentro de la Corte “...habrían de ser pronto el hontanar de la nueva doctrina constitucional de la Corte y la fuente de una teoría general del Derecho que habría de dar al país una posición dentro del campo científico mundial”⁴⁵⁰. Esto es lo que sucede en los órganos colegiados, simplemente es una cuestión de números, aunque a veces se tenga la razón, y veces esa “sin razón” es simplemente tener la razón de forma demasiado temprano.

En puridad, solamente existe un fallo en que se manifiesta en un voto explicado la necesidad de implementar la medida innovativa en el sistema normativo salvadoreño de forma expresa. Se trataba de un caso de inconstitucionalidad del artículo 215 del Código Electoral, que establecía la forma en que debían ser demostrados los requisitos para ser candidato a diputado por la Asamblea Legislativa. La CN establece, en el artículo 127 inciso 2, el requisito del finiquito por parte de la Corte de Cuentas para aquellas personas que, habiendo manejado fondos públicos, se presentará como candidato o candidata para la diputación, requisito que al tenor obvio de la disposición, se necesitaba presentar al momento de la inscripción en el organismo electoral correspondiente. Pero sucediendo que esta forma de cumplir ese requisito fue reformada y se estableció que para el cumplimiento de la presentación del finiquito se darían un plazo de sesenta días para su presentación; es decir un requisito de cumpliendo *ex post*.

⁴⁵⁰ COSSIO, Carlos, prefacio a *La naturaleza de la función judicial*, Benjamín N. Cardozo, 1955, Buenos Aires, Págs. XV y XVI. Citado por RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría general del derecho*. Ob. Cit. Pág. 137.

La autoridad demanda por la emisión del acto normativo, la Asamblea Legislativa, argumento en defensa de la constitucionalidad de dicha reforma, el carácter netamente partidista del organismo electoral, lo cual colocaba en desventaja a los demás partidos políticos de oposición, que no contaban con la correlación de fuerzas para impedir una decisión de no inscripción de un candidato de su partido, así se justificó la Asamblea Legislativa: "*dada la volubilidad y el alto grado de politización de los organismos electorales encargados de la inscripción de candidatos, producían interpretaciones antojadizas y hasta arbitrarias, que ocultaban un interés político partidario*"⁴⁵¹. Esta situación llevaba en la práctica a retrasar la inscripción de candidatos, (no dicho así), de candidatos opositores. La disposición fue declarada, naturalmente inconstitucional, pues este requisito está tal, por ser requerido ex ante.

Pero lo que llama la atención del caso, son dos cosas: primero que existe una razón material que llevó a la Asamblea Legislativa a emitir la reforma del artículo 215 del Código Electoral, la cual no queda invalidada por el hecho que se haya hecho uso de una técnica incorrecta; y segundo plasma con mayor evidencia, la disociación existente en el sub sistema jurídico constitucional (y también nacional con excepción del de familia y penal), entre derecho procesal y derecho material, situación que empíricamente se traduce en la inexistencia de la L.Pr.c de una tutela cautelar amplia que regule estos supuestos ante derechos de índole material, que por su naturaleza de derecho de contenido no patrimonial no pueden esperar el largo *iter* procedimental administrativo, y mucho menos, el proceso de conocimiento pleno y exhaustivo que regula la preconstitucional L.Pr.c.

Pues bien, este segundo hecho notorio es hecho valer por el voto explicativo de la doctora **MARINA de AVILÉS** quien no obstante adherirse al resto

⁴⁵¹ Informe justificativo de la Asamblea Legislativa en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 5. 2003

de los magistrados explica que en estos supuestos es necesario reconocer un poder cautelar amplio, dice, por tratarse de casos de omisiones, las cuales no pueden ser garantizadas por la mitológica suspensión del acto impugnado. Ella dice:

Estos casos, evidentemente, contienen características que requerirían de urgencia o prontitud en las providencias jurisdiccionales que aseguren la eficacia de un pronunciamiento definitivo; es decir, no podrá obviarse la necesidad de adoptar medidas cautelares innovativas pues, ante la negativa de extender el correspondiente finiquito para registrarse como candidato en un evento de elección popular, no tendría sentido la aplicación de la tradicional suspensión del acto reclamado, siendo que el acto no constituye un actuar, sino una omisión⁴⁵².

Pero estas razones de urgencia que la magistrada identifica, por primera vez (decimos con su *nomen iuris*⁴⁵³) en la justicia constitucional de nuestro país no se reducen al caso resuelto, pues la necesidad de urgencia o prontitud en las providencias jurisdiccionales que aseguren la eficacia de un pronunciamiento definitivo no es exclusivo de los derechos fundamentales, sino del todo el sistema normativo, que reconoce una situación activa al ciudadano, recordemos, además que el motivo principal por el cual la Corte Constitucional Italiana, por medio de la sentencia número 190 del año 1985, declaró contrario al principio de igualdad en la aplicación de la ley, fue precisamente que no se podía limitar los proveimientos urgentes que regula el artículo 700 del Código Procesal Civil Italiano, al juez administrativo, solo por el hecho que la ley, objeto del proceso de inconstitucionalidad, solo preveía la suspensión del acto administrativo impugnado.

En esta misma forma, la necesidad de otorgar rapidez en estos casos no hacen posible hacer un trato diferenciado en *razón de la diferencia del derecho sustancia de fondo*, pues aún los típicos derechos patrimoniales,

⁴⁵² Voto razonado de la magistrada Victoria Marina de Avilés en el proceso de inconstitucionalidad. **Ref. Ref. 5. 2003**

⁴⁵³ También existe un precedente interesante donde aparecen unas características innovativas. Nos referimos al proceso de amparo Ref. 421-2002, suscitado entre el consejo municipal de la ciudad de Antiguo Cuscatlan y la sociedad Jackston, Sociedad Anónima de Capital Variable. Cuyos autos se nos fue imposible conseguir, razón por la cual no podríamos hacer una valoración sobre el contenido de la misma de forma "plena y exhaustiva".

como los derechos de autor, necesitan una protección inmediata. La importancia de este reconocimiento de la SC a través de un voto razonado entonces es doble, pues aclara lo que ya en otros ámbitos jurisdiccionales de nuestro país es una practica común: *la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño, para quien tiene la razón, o pretenderá justificar alguien la diferencia de tratamiento del derecho de los alimentos provisionales del artículo 255 con el derecho reconocido en el artículo 72 ordinal 3, basado en la no previsión legal de un instrumento procesal para dar efectividad a este ultimo. Nótese que no hemos argumentado el carácter de orden o interés público para hacer inclinar la balanza sobre el artículo 72 ordinal 3, pues aún claro su carácter de derecho fundamental, lo que uniformiza a los dos derechos materiales es la obligación de los jueces de una igualdad en su aplicación.*

Pero este voto razonado no esta solo. Existe un curioso voto, esta vez en disidencia total con el resto de los magistrados de la SC, este se presentó en proceso de “*habeas corpus*” ref. 183-2005R, en el cual habiendo articulado esta garantía ante una Cámara, la SC conoció en revisión. Es cierto que el caso es totalmente distinto en su elementos fácticos con el anteriormente estudiando, pero la similitud se presenta en la necesidad de articular una respuesta jurisdiccional de forma oportuna para no frustrar el derecho material protegido por la norma jurídica.

En el caso, los magistrados en forma mayoritaria, dijeron que no se había motivado suficientemente la concurrencia del “*periculum in mora*” necesario para toda medida cautelar y en especial para la detención provisional y, por tanto, devenía en inconstitucional la detención del imputado en un delito de naturaleza grave⁴⁵⁴. El voto en disidencia del doctor **MAURICIO ALFREDO CLARÁ**, esta fundamentado en que costaba en Autos la presencia del

⁴⁵⁴ Libertad que no fue posible efectivizar en razon de haberse encontrado responsable con posterioridad al imputado.

“*periculum in mora*” y por tanto no era posible declarar inconstitucional la resolución que ordenaba la detención provisional

Si se entiende -como la doctrina originaria afirma- que toda medida cautelar es "una anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva -esperada, agregamos- dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma", es obvio que el *periculum in mora* puede, en cierta medida, remediarse con la aplicación anticipada de ciertos efectos, en este caso: el de la detención provisional del imputado, evitando así la evasión de la sentencia que, en su día, fuera condenatoria, tal como aconteció⁴⁵⁵.

Ahora bien podría creerse que lo este voto disidente esta planteando es la posibilidad de la sola concurrencia del “*fomus boni iuris*” para decretar las medidas cautelar (doctrina del “*fomus boni iuris*”) pero esto no es así; el mismo magistrado al inicio de su razonamiento desvanece cualquier inclinación hacia este pensamiento. Lo que en realidad es de la esencia de este voto razonado no es que haya existiendo motivación suficiente en el caso en concreto, sino, mas bien habían que en autos existían suficientes elementos que permitían considerar suficientemente mas fuerte el “*fomus boni iuris*” en contraposición al poco o escaso “*periculum in mora*” motivado por el juez; pero sobre todo, este voto esta en línea en el voto explicado de la doctora Marina de Avilés en cuanto a la necesidad de adoptar las medidas jurisdiccionales necesarias para no frustrar el derecho de fondo. En este caso de índole penal. Nos convence más de ello dos cosas: primero el tipo de convencimiento para la adopción de la medida cautelar (grado de cognición) de la cual extrae la aplicación del juicio indicio, o probabilidad positiva, para decretar la detención provisional;

Y lo segundo, de inminente valor teórico, la cita que el doctor Clará hace de doctrinante Carmen Chinchilla Marín cuando dice: “*si hay un derecho que necesita una protección provisional urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que*

⁴⁵⁵ Voto en disidencia en el proceso de Habeas Corpus Ref. 183-2005R.

*se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza*⁴⁵⁶. Por ello sumo mi voto, para que dada la oportunidad se tutela efectivamente los derechos de los justiciable, cumplimientos los presupuestos procesales para ello se dicte con su nombre correcto para dar seguridad jurídica a los justiciables.

4.6 Casos de procedencia de la tutela anticipada en el derecho procesal administrativo

Una vez expuesto el marco teórico que dado sustento en la doctrina y jurisprudencia comparada para pronunciar la tutela anticipada y las medidas innovativas; así como la demostración que en el sistema normativo salvadoreño aún y cuando no se haya hecho como la denominación científica correcta, ya se le ha dado carta de ciudadanía bajo el ropaje de la medidas cautelares a la tutela anticipada, es preciso exponer los posibles supuestos teóricos de procedencia de la Tutela Anticipada en el derecho procesal administrativo, con especial referencia a las características vernáculas de la materia. En efecto, lo primero que salta como evidente es el hecho que siendo la base teoría de la *tutela anticipada* aplicable a todas las parcelas del Derecho Procesal, no podemos dejar de advertir ciertas particularidades con respecto a nuestra disciplina. Por ello se plantea como condiciones objetivas de procesabilidad las siguientes: *a) fuerte probabilidad que el actor tenga la razón, b) peligro de daño irreparable o de difícil reparación; c) abuso de potestades administrativas*. Por ello proponemos como posibles casos de procedencia de la tutela de urgencia en el derecho administrativo los siguientes casos.

⁴⁵⁶ Citada por el voto disidente del doctor Mauricio Alfredo Clará. Ref. 183-2005R.

4.6.1 Abuso de potestades administrativas

La idea del abuso de la potestad administrativa como supuesto de procedencia de una medida innovativa o de la tutela anticipada es sustentada por el doctor **GARCÍA de ENTERRIA** para los supuestos de demostrar la inidoneidad de la típica medida cautelar en la jurisdicción administrativa: “*La suspensión no es una medida cautelar eficaz, frente a denegaciones, frente a inactividades, frente a decisiones que son adoptadas, por que no decirlo, como un abuso, de la potestad de decisión previa, y que ella resueltamente sobre los administrados la obligación*”.

Desde luego que no podemos hacer una descripción sobre en cuales potestades administrativas, si merece en cambio tener en cuenta que el abuso esta dado por las pautas que ya la dogmática administrativa ha explorado para determinar cuando se da tal abuso; a saber: *la desviación de los fines del ordenamiento jurídico*. Por tanto, proponemos que cuando se logre acreditar por parte del administrado prueba inequívoca sobre el abuso de una potestad administrativa, como ejemplo paradigmático sobre el caso Acosta Espinoza I y III se proceda a otorgar, la medida jurisdiccional.

En efecto, los casos de abuso de la *potestad sancionadora* de la administración pública, son muy recurrentes como tuvimos oportunidad de demostrar en la abundante jurisprudencia que sobre esta material se han ventilado tanto en la SCA como en la SC, traíamos a colación la llamada medida cautelar de suspensión de labores, donde se pueden presentar abuso por parte de las administración publica; y aún la existencia en concepción de la SCA del carácter objetivo de la justicia administrativa, en estos supuestos. Pues no otorga una tutela jurisdiccional acorde a la

prevención del daño; en torno a las sanciones mas graves en el ámbito de las sanciones aplicables al personal de la Policía Nacional Civil⁴⁵⁷.

4.6.2 Abuso del derecho de defensa de la administración. La no remisión del expediente administrativo

Es difícil encontrar otros supuestos en los cuales este legitimado el uso de la técnica anticipatoria a través de la medida innovativa en los casos en que es parte la administración pública. Uno de ellos se puede presentar en el abuso que, una veces por tácticas de defensa u otras por meros deseos dilatorios la administración, no remite el expediente administrativo cuando este es solicitado por la SCA; por lo general, esto sucede cuando se ha expedido una tutela anticipada y se requiere todas las actuaciones administrativas para reforzar los argumentos de la decisión que se otorgó.

Por lo general si el litigio es de suma importancia (y aun en las demandas principalistas) la administración pública no remite el expediente. Esta actitud procesal no puede tenerse como hecha de buena fe. Quien haya tenido un mínimo de experiencia en la instrucción de expedientes en sede administrativa, como representante legal o como destinatario del ejercicio de una potestad administrativa, sabe que la administración pública tiene las facilidades institucionales para la rápida sustanciación de un permiso ambiental, o la instrucción de un expediente disciplinario cuando estos benefician a los grupos políticos o de presión.

Por tanto no es posible admitir, fuera de los casos de fuerza mayor, que no se cuente con el expediente administrativo en el escrito de

⁴⁵⁷ Sentencias de la SCA de fechas 19/11/2004, Ref. R16-Q-03 (aquí se solicito la Medida cautelar de suspensión de los efectos pero fue declarada improcedente por los efectos consumados); 21/7/2001 ref. 39-E-99; 20/3/2003 Ref. 48-E-2000; 5/5/2003, ref. 49-F-2000; 8/4/2003, Ref. 51-E-2001; 25/11/2003, Ref. 63-V-2000 (nuevamente procedió la medida cautelar por efectos consumados); 19/12/2004, Ref., 64-L-2001; 12/11/2004. Ref. 73-B-OO; 19/11/2004, Ref. 85-H-2001; 18/3/2003. Ref. 103-G-2001; 19/3/2003, Ref. 109-P-2000; 8/4/2003, Ref. 113-P-2001; 19/3/2003, Ref.116-S-2000; 15/3/2003, Ref.120-S-2001; 20/3/2003, ref. 141-R-2001; 21/8/2003, Ref. 177-A-2000; 21/3/2003, Ref. 182-A-2001; 30/9/2004, Ref. 189-M-OO; 20/3/2003, Ref. 191-M-2000; 14/3/2003, Ref. 193-M-2001; 6/5/2004 Ref. 206-C-2001.

constatación de la demanda. Considero que en estos casos se puede presentar dos situaciones: cuando la parte actora solicita una tutela anticipada y proporciona todos los elementos que formen un juicio de probabilidad en los jueces administrativos es posible despachar la tutela anticipada sin oír a la otra parte, el expediente servirá a la administración pública para solicitar ella misma la tutela anticipada, lo cual es posible, y a los jueces administrativos la constatación de la legitimidad o no de la medida otorgada;⁴⁵⁸ el otro supuesto es cuando la administración lisa y llanamente no responde o no remite el expediente bajo cualquiera argumento que en el sentido común pueda presumirse que ella no ha actuado con diligencia.

En estos supuestos, hay que distinguir los casos en que la no remisión del expediente es una causa directamente imputable a la administración pública ante lo cual, y en aplicación del principio procesal que impide alegar la propia torpeza procesal, será procedente ratificar o expedir la tutela anticipada bajo la forma de la medida innovativa.

4.6.3 La inactividad administrativa

El otro supuesto que con mucha facilidad se captar su idoneidad es en los casos que teniendo la administración pública obrar de determinada manera simplemente no lo hace. Y aquí englobamos los casos de la denegación presunta hasta los casos de violación de un plazo preceptivo que la administración pública debe cumplir en el procedimiento administrativo. Esta inactividad administrativa singular o aún formal, puede lesionar de una forma irreparable el derecho del administrado cualificado o ciudadano; recuérdese las razones fácticas que llevaron a la Asamblea Legislativa a reformar el artículo 215 del Código Electoral, situación que efectivamente se puede presentar en el tráfico jurídico administrativo. Entonces ¿por que

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Antecipada*, Ob. Cit (ítem 4.3 Legitimados a requerer a tutela antecipatória 4.3.1)

esperar el tiempo de duración del proceso y tolerar esa conducta negativa y abusiva de la administración pública; pudiendo la SC otorgar la medida innovativa para corregir esa conducta contraria a derecho?

4.6.4 Las nulidades de pleno derecho

Este motivo también consideramos que merece especial significación en el Derecho Público, si el ordenamiento administrativo sanciona con este vicio los actos administrativos incluso quitándoles el privilegio de presunción de validez, parece necesario que el particular que ha sido destinatario de esa actividad que se considera nula, tampoco debe soportarla hasta el final del proceso de conocimiento. Pero siendo que en nuestro sistema no existen una delimitación de este vicio, proponemos que se haga una integración en los supuestos que el doctor Gamero Casado propone para nuestro sistema a saber: A) actos que vulneren la Constitución; a.1) actos administrativos que vulneren el contenido constitucional de los derechos de los ciudadanos. a.2) actos administrativos que vulneren disposiciones normativas directas de la constitución. B) actos administrativos dictados por órganos incompetentes; C) actos de contenido imposible; D) actos dictados prescindiendo del procedimiento administrativo; E) actos que den lugar a indefensión del ciudadano; F) requisitos no establecidos en las normas; G) los supuestos de nulidad de pleno de derecho que regulen las leyes sectoriales⁴⁵⁹.

4.6.5 Límites a la tutela anticipada

Pero como ningún derecho es absoluto, y en especial cuando entran en colisión con bienes jurídicos constitucionales, la especificidad de la

⁴⁵⁹ Tomo estos supuestos de nulidad de pleno de derecho de la propuesta del doctor casado en su monografía el acto administrativo. GAMERO Casado, Eduardo, El Acto Administrativo. Ob. Cit. Págs. 81-93

materia impone algunas limitaciones en la implementación de la *Tutela Anticipada*. Claro esta que no nos referimos a su falta de previsión legal por parte del legislador, pues en aplicación directa de la Constitución se puede integrar o colmar las lagunas de las leyes procesales correspondientes. Más bien aquí nos referimos al hecho que existen situaciones jurídicas que hacen imposible la configuración de los presupuestos procesales

4.6.5.1 Actividad de fomento

Pero hay ciertas actividades que desarrolladas por la administración publica que o es posible otorgar la anticipación de la tutela; para el caso, la actividad de fomento; donde por definición no existe un derecho subjetivo del administración a obtener el beneficio que se crea para estimular un sector importante de la economía. Acá simplemente no habrá el titulo jurídico correspondiente para su otorgamiento.

CAPITULO 5

5.1 LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO COMPARADO

“Un juez sin poder es un juez sin responsabilidad social, o por lo menos, con responsabilidad social limitada”. Luiz Guilherme Marinoni

Desde ya se quiere advertir que el resultado de la presente investigación con respecto a la conciencia jurisprudencial y doctrinal en expedir una pronta y cumplida justicia a través de la *Tutela Anticipada* en los distintos ámbitos culturales donde se ha desarrollado (principalmente Europa y Sudamérica) tiene un punto claro para poder diferenciar docentemente entre ambos modelos de protección jurisdiccional. En efecto el doctor **MORELLO** expresa de una forma grafica esa diferencia. “*irrumpe el proceso urgente (único; como quisiéramos todos que el tipo regla fuera el Amparo!), caudaloso como el brasileño o pausado y con mayor recato en Europa*”⁴⁶⁰. Es que como veremos, la diferencia entre esa medida del Derecho Europeo se debe a la utilización de la tutela cautelar como vehiculo para adelantar la jurisdicción cuando se debe (por menos en sistema normativo español). Mientras que en Sudamérica se le endosa de una forma muy distinta al fenómeno procesal de la tutela coincidente⁴⁶¹ al decir del doctor **GÁLVEZ**.

De ahí han partido todos los demás sistemas jurídicos nacionales para estructurar un modelo de justicia que coincide en el ideario de efectividad de la tutela judicial. Por ello empezaremos el estudio de este capitulo con el modelo sudamericano para después ver los rasgos mas relevante del viejo continente, estudiando en éste lo que entendemos ha sido el primer sistema jurídico que hecho por la borda la concepción de la limitación de la tutela cautelar como el único vehiculo procesal para dar efectividad de la

⁴⁶⁰ MORELLO, Augusto M. *La Anticipación de Tutela. Ob. Cit.* Pág. 13.

⁴⁶¹ La expresión es del doctor Juan Monroy Gálvez. Se ha dicho a todo lo largo de la investigación que la tutela coincidente se expresa cuando existen una resolución judicial, distinta a la sentencia definitiva, que adelanta el disfrute de la pretensión solicitada en la demanda por el justiciable.

jurisdicción. Y desde luego a nuestro campo, por la superación de la suspensión del acto administrativo como la única tutela posible en esta parcela del Derecho Procesal Administrativo. Como se nota este último hecho es pertinente por la semejanza con el sistema normativo salvadoreño; por lo que este abordaje será descriptivo y comparativo con nuestra realidad.

5.2 Sudamérica

5.2.1 Argentina

Dado el sistema de fuentes de Derecho en la República Argentina se pueden evidenciar dos direcciones tanto en la doctrina, jurisprudencia y legislación sobre la aplicabilidad de la tutela anticipada. Efectivamente, las provincias argentinas que han seguido el modelo de justicia del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las provincias que han tomado distintas orientaciones, han seguido su propio laboreo en las tres áreas del sistema de fuentes del derecho⁴⁶². De ahí precisamente que una de estas corrientes niega la posibilidad de otorgar autonomía científica a una de las instituciones que ha servido para instaurar en ese sistema la tutela anticipada, a saber, la *medida innovativa*. Como adelantamos en el capítulo 2 la corriente que pregona la autonomía de la tutela cautelar, para convertirla en un “*tertius genus*”, niega la tutela anticipada, por lo menos bajo la forma de la medida innovativa y atribuye al efecto retroactivo del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación esa función para todo el Derecho Argentino. Uno de los doctrinantes que se inscribe en esta postura es el administrativista **RAMIRO SIMÓN PADROS** quien no obstante admitir que la doctrina dominante en el sistema argentino se inscribe en la instrumentalidad

⁴⁶² Las provincias donde se ha recibido el ideario de la tutela satisfactiva han sido: Santa Fe con la Ley contra la violencia familiar ley 11529, El Código Procesal Civil de la provincia de Chaco; la provincia de La Pampa la introdujo en el art. 305 Código Procesal Civil de una forma limitada; y los arts. 785 a 790 del Código Procesal de la Provincia de Corrientes; entre otros anteproyectos que lo prevén.

de las medidas cautelares, niega en toda la exposición de la obra base de su pensamiento, la autonomía de la medida innovativa de la tutela cautelar; no obstante la descripción que hace en la obra citada,⁴⁶³ efectivamente el prestigioso administrativista niega la posibilidad en el Derecho Argentino de la tutela satisfactiva autónoma, y la versión Argentina de esta, la medida autosatisfactiva para remediar las conductas de hecho de la administración⁴⁶⁴.

En verdad es necesario advertir un elemento teórico que es imprescindible para poder demostrar que el doctor **P**ADRÓS incurre en el mismo vicio que el gobierno español en sus alegatos de defensa ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que el abogado general del Tribunal de Luxemburgo, el francés, **P**HILIPPE **L**ÉGER se encargó de destruir, a saber, *fincar toda la posibilidad de la tutela judicial efectiva en al tutela cautelar y olvidar la aplicabilidad de la procedimientos de urgencias* como al final se le reprochó al sistema normativo español en la sentencia comentada en el capítulo 2.3.1.1, lo cual es una agravante teórica en el tema de los procesos urgentes.

Además de esto, es necesario exponer que en el Derecho Argentino existe la discusión teórica de la aplicabilidad de la *prohibición de innovar con efectos retroactivos* del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial⁴⁶⁵ a todas las situaciones que regulan los códigos procesales provinciales regulan como causa de procedencia de la medida innovativa, como por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Esta discusión teórica esta basada en el derecho procesal “privado” argentino y la postura del doctor **P**ADRÓS es trasportar esta polémica al campo teórico del Derecho Procesal administrativo argentino lo cual no parece una propuesta del todo feliz. Esto se dice por que no existe en el Derecho

⁴⁶³ PADROS, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Ob. Cit. Pág. 85.

⁴⁶⁴ Ibidem Pág. 202.

⁴⁶⁵ La cual no se pretende exponer en su totalidad sino en cuanto no sea pertinente para demostrar la amplitud de lo urgente.

Argentino una ley procesal de carácter nacional o federal que abarque los supuesto de la pretendida omnicompreensiva tutela cautelar, cuestión que es distinta en el proceso civil y comercial; pues el Código Procesal Federal deja abierta la discusión del efecto retroactivo anómalo de la prohibición de innovar; pero en ningún caso, puede pretenderse la aplicabilidad de éste al proceso administrativo y mucho menos la identidad de esta con la suspensión del acto que regula las distintas leyes provinciales administrativas; lo que lleva al autor citado ha predicar la aplicabilidad del Ley Nacional de Procedimientos administrativos(ley 19.549) al proceso argentino en cuanto a la suspensión del acto;⁴⁶⁶sin embargo esta equivalencia es observada para el doctor **PADROS** quien asigna la aplicabilidad de la prohibición de innovar en materia de policía⁴⁶⁷.

Pero el autor olvida que la suspensión del acto *no tiene efectos retroactivos* y la prohibición de innovar (aún bajo el supuesto de la doctrina que pregona la autonomía del proceso cautelar) si los tiene. Es mas, él mismo reconoce el efecto “*ex nunc*” de la suspensión de los efectos del acto⁴⁶⁸.Entonces si la prohibición de innovar y la suspensión de los efectos del acto son lo mismo, *¿como conciliar el efecto retroactivo anómalo de aquella con el efecto ex nunc de la suspensión del acto?*, no se dice nada al respecto en la obra del doctor **PADROS**.

Hay otro matiz que corrobora lo anterior, y que sirve para evidenciar la inconsistencia de la teoría de la negación la autonomía de la medida innovativa (por lo menos en el Derecho Procesal Administrativo) como propia para adelantar los efectos ejecutorios de la sentencia, para el actor que

⁴⁶⁶ Posición que no comparte Guido, S, Tawil y que deja expuesta en el prologo de la obra del doctor Padrós. Pág. 15. De esta misma posición son los autores siguientes: Montezanti, Nestor L, *medidas cautelares en el proceso administrativo*; GRAU, Armando E, *Suspensión del acto administrativo y prohibición de innovar contra el Estado*, en “revista jurídica de Buenos Aires”, t.III, La Plata, 1965, Pág. 239 a 252; HUTCHISON, Tomas, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo*, ED, 124-677.

⁴⁶⁷ Ibidem. Pág. 301

⁴⁶⁸ Ibidem Pág. 228.

probablemente tenga la razón; este matiz se encuentra en la propia definición que se hace de la *medida cautelar positiva* y la *medida innovativa*. En efecto, a la primera se endosa el contenido de imponer una “*determinada actividad a la Administración, de dar o de hacer...*” mientras que a la medida innovativa “*configura un mandato judicial dirigido a la administración pública para que esta observe una conducta activa, concretamente una obligación de hacer*”⁴⁶⁹.

Es decir que para el autor no parece haber una diferencia entre la medida innovativa y la medida cautelar positiva, lo cuál es cierto⁴⁷⁰. Pero no obstante esto el autor las describe como si fueran dos cosas distintas. Entonces *¿Cuál es la diferencia entre la medida innovativa y la medida cautelar positiva?* Será por ventura, la capacidad de la medida innovativa de obrar retroactivamente.

No lo creemos, por lo menos en la concepción del doctor **PADRÓS** esto no es así por que ya se demostró mas arriba que para él la prohibición de innovar y suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado es lo mismo. Entonces será que la diferencia estriba por el contenido de ambas instituciones. Este matiz tampoco resulta convincente, sobre todo después del caso Camacho Acosta en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación despacho una tutela anticipada, con la denominación de medida innovativa, a tal cual comparación con la SCA en el caso Acosta Espinoza I. Por ello es necesario describir el leading case con que en la republica argentina se le *dió una venerable bienvenida a la medida innovativa*.

⁴⁶⁹ Ibidem. Págs. 365-366.

⁴⁷⁰ De hecho el doctor peyrano es de la opinión que la medida cautelar positiva española es similar a la medida innovativa. Cfr. PEYRANO, Jorge W, *La Batalla por la medida cautelar innovativa*. Ob. Cit. Pág. 226.

5.2.1.1 El leanding case Camacho Acosta

El caso Camacho Acosta, es en materia de daños, y consistió en que siendo el actor empleado de la empresa Grafi Graf SRL, sufrió un accidente laboral, y como consecuencia de ello le es amputado un brazo por una de las maquinas propiedad de la empresa; habiendo promovido el proceso por indemnización de daños y perjuicios en la jurisdicción ordinaria. El actor peticiona que como medida cautelar innovativa, se le otorgue parte de la suma de la indemnización que pretende, para poder adquirir una prótesis, y así poder reinsertarse laboralmente y evitar mayores perjuicios a su salud emocional (nótese como en este caso, la tutela anticipada, a través de la medida innovativa involucra la necesidad de salvaguardar un derecho conexo, como es el derecho a la salud mental de la parte actora).

Esta medida es denegada en las dos instancias, con lo cual el actor, interpone el *recurso extraordinario* previsto en la legislación procesal argentina, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual hace lugar al recurso de una forma extraordinaria, pues al Amparo de la ley que regula este recurso. Los jueces en mayoría por entender que se trata de uno de los casos que admiten excepción admiten el recurso extraordinario y dan lugar a la medida cautelar, pero con el nombre de innovativa.

Es cierto que la doctrina argentina no es unánime en torno a la naturaleza del fallo del caso Camacho Acosta, pues una parte sostiene que al nombrar expresamente como *medida cautelar innovativa* lo dictado en ella se encuentra encerrado dentro de la teoría cautelar clásica;⁴⁷¹ otros, los más, en cambio, resaltan los efectos jurídicos que ese dictado produjo en la realidad fáctica⁴⁷² realizando un verdadero anticipo de jurisdicción, “...se explica por que en la actualidad y especialmente después del caso Camacho

⁴⁷¹ Ibidem. Pág. 38.

⁴⁷² Este es precisamente unas de las notas distintivas de la *Tutela anticipada*; por que adelanta los efectos ejecutorios de sentencia favorable, que no cabe duda, pero lo primero es lo que interesa para efectivizar la justicia. Cita de Mauriño

*Acosta la medida innovativa puede llegar a funcionar como una suerte de sentencia anticipada que escapa a los límites cautelares clásicos*⁴⁷³. Nos dice el doctor Peyrano.

Pues bien, Camacho Acosta vio desestima su pretensión tanto en primera instancia como el correspondiente recurso de apelación, tribunal de segunda instancia que desestimo la pretensión por que hacer lugar a ello implicaría emitir opinión sobre el “*thema desidendum*”,⁴⁷⁴ ante esto el actor, acudió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como se dijo. Es importante mencionar que según la ley que regula dicho recurso, solo es admisible este cuando el acto impugnado fuere una sentencia definitiva o un acto equiparable con esta, según el artículo 14 de la Ley 48. De hecho existe un voto disidente por este motivo. Es necesario recodar que esta disposición es parecida al inciso segundo del artículo 12 de la Lpr.C el cual establece el principio de definitividad para la procedencia del Amparo en el Sistema normativo salvadoreño; pues en al misma forma ya han sido declaradas improcedente el control judicial de la revocatoria de la tutela cautelar en materia contenciosa administrativa⁴⁷⁵ lo cual ha recibido una evolución progresiva, lo cual es lo mejor, dado la estructura de conocimiento del proceso administrativo en el sistema normativo salvadoreño.

Volviendo al caso descrito, la Corte Suprema Argentina estimo el planteamiento de la actora y otorgo lo que ella denomino medida cautelar innovativa. Lo hizo por estimar que concurrían circunstancias graves para la salud del accionante y dijo:

⁴⁷³ PEYRANO, Jorge W, *La palpitante actualidad de la medida de la medida cautela innovativa*, Ob. Cit. Pág. 30.

⁴⁷⁴ AIRASCA, Ivana, Maria, *Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa*, En *Medida Innovativa*. Ob. Cit. Pág. 182.

⁴⁷⁵ Como demostramos en ítem 3.4 la SC ha tenido una evolución jurisprudencial en este punto, pues de pasar a desestimar las demandas que niegan o concedían la tutela cautelar y entender un asunto de mera legalidad a pasado a explorar la posibilidad de controlar la resolución judicial que otorga esta a siempre que se vulneren derechos fundamentales.

12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importan una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie—según el grado de verosimilitud—los probados intereses de aquel y el derecho de defensa del demandado⁴⁷⁶.

Aunque la denominación de tutela cautelar, las doctrina mas autorizada, dentro de las que se incluye al interventor de la medida innovativa, expresa que fue una tutela anticipada por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación y agrega que además se trasporto los presupuestos de la tutela anticipada del artículo 273 del Código Procesal Civil de 1973; por ello se hará, en siguiente numero, una breve incursión sobre las regulación de la tutela anticipada en el primer sistema normativo jurídico que vio la recepción de los procesos urgentes a través de la tutela anticipada, el cual ha sido modelo de la legislación y doctrina vecina.

5.2.2 Brasil

No se puede hablar de tutela anticipada en el derecho comparado sin dejar de aludir al Derecho brasileño, el cual desde la reforma operada en 1994 ha demostrado que la técnica de la tutela cautelar estuvo agotada hace mucho tiempo y que la anticipatoria tenía reservada insospechadas bondades para la efectividad del proceso. En efecto, la causa que motivo esta reforma en Brasil fueron dos: el uso distorsionado de la tutela cautelar por los litigantes y la resistencia de los tribunales a encarrillar los petitorios de los litigantes que se agotaban con sus despacho en la tutela cautelar genérica que regula el artículo 798 del CPr.c⁴⁷⁷.

Describe Barbosa Moreira que a partir de la implementación del plan económico del ex presidente Color de Mello, en Brasil en el año de 1990,

⁴⁷⁶ Camacho Acosta, Vrs. Grafi Graf SRL de fecha siete de agosto de mil novecientos noventa y siete.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, Anticipação da Tutela, ob. Cit. Pág. 39.(Item. 3.3.2)

para combatir la inflación, se establecieron una serie de limitaciones para los usuarios del sistema financiero (corralito financiero). Medidas estas que incluso alcanzaron a los cuenta habientes en la imposibilidad de disponer de sus activos en una cantidad limitada, los cuales eran insuficientes para los titulares para hacer frentes a los gastos de sobrevivencia, salud, vivienda entre otros.

Muy pronto los abogados que tuvieron ante sí a clientes desesperados para obtener su dinero, utilizaron el poder cautelar genérico establecido en ese país en el artículo 798 del Código Procesal de ese país, para solicitar el desembolso de otras cantidades que no pudieran poner en peligro la situación de cuenta ahorrista; ante ello los jueces empezaron a conceder lo que los litigantes pedían ante la urgencia del caso, pero hubo un problema, el mismo sistémico de aquellos sistema jurídicos que tienen reguladas las medidas cautelares como accesorias al proceso principal,⁴⁷⁸ optando los litigantes, para no ver decaído la “medida cautelar” trabada la promoción de un proceso, que en la lógica del Código Procesal Brasileño debía ser, por regla general, accesorio, solicitando los litigantes en este proceso, simplemente la ratificación de la tutela cautelar ya obtenida⁴⁷⁹.

En 1992 aparece la primera obra teórica que en ese país trató el tema de la tutela anticipada, llamada *tutela anticipada y tutela cautelar* obra de la investigación del profesor Luiz Guilherme Marinoni. Marinoni en esa obra desarrolla sus investigaciones llevadas a cabo sobre la doctrina europea, sobre todo italiana de los procesos urgentes y la expone con tal autoridad que sin duda su obra es referente regional sobre la tutela anticipada⁴⁸⁰. A raíz

⁴⁷⁸ El artículo 796 del Código Procesal del Brasil establece: “el procedimiento cautelar puede ser instaurado antes o durante el proceso principal y de este es siempre dependiente”. Además en los artículos 806 y 808, I establece la caducidad de la medida, si esta se trata antes del proceso, o si no es promovido en el plazo de 30 días.

⁴⁷⁹ BARBOSA, Moreira, José Carlos, *La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña*, en *Medida Autosatisfactiva*, Director Jorge, W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Págs. 205-208

⁴⁸⁰ Al comentar el Derecho Brasileño, Peyrano, manifiesta que sigue las “coordenadas fijadas por uno de los mas distinguidos comentaristas de las susodichas reformas”. PEYRANO, Jorge, W, *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y las recepción por la Corte Suprema*. En

de la instalación de la comisión para la reforma del código procesal civil, de la cual fue parte el profesor Marinoni, se estableció la tutela anticipada en dicho sistema. El fundamento normativo de la inclusión fue el cumplimiento de la Constitución Federal de Brasil que el artículo 5 establece el derecho a la tutela judicial efectiva la cual incluya una tutela preventiva, bajo esta irradiación de la norma suprema en Brasil existen principalmente los siguientes procesos urgentes: la tutela cautelar clásica, la tutela anticipada, tutela inhibitoria, tutela de remoción del ilícito⁴⁸¹ entre otras combinaciones de la tutela inhibitoria y la anticipada.

En Brasil operan esencialmente tres formas que cumplen el ideario del artículo 5 de la constitución federal, saber: la tutela anticipada regulada en los artículos 273; 461, § 3 y 461-A del Código Procesal Civil y 84 del Código de Defensa del Consumidor en donde además se pueden articular la tutela inhibitoria. Los principios en la que están inspiradas estas instituciones son: principio de efectividad del proceso, celeridad, verosimilitud y de libre convencimiento del juez⁴⁸².

5.3 Europa occidental

5.3.1 España

No tiene como propositito el presente apartado analizar el sistema urgente existente en el reino de España instituido principalmente sobre el esquema legal de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1998; pues como es obvio ahí solo se regula la tutela cautelar; mas bien el análisis que se tiene que hacer parte de la siguiente afirmación capital para ese sistema normativo europeo: *“en Derecho Español no son admisibles*

⁴⁸¹ RUANOBA , Sebastián Watenberg, “Revista de processo”. Repto 148. año 32. junio.2007. Editora Revista Dos Tribunais. (Publicación oficial del Instituto Brasileño de Derecho Procesal. Pág. 325

⁴⁸² WATENBERG, Ruanota, Sebastián. Fugibilidad de las tutelas. Ob. Cit. Pág. 326.

medidas cautelares autónomas, al margen de cualquier proceso de fondo”. Esta afirmación es hecha en el año 2003 por el doctor García de Enterría⁴⁸³ en el cometario a la sentencia analizada en el ítem 2.3.1.1 que como dijimos en su oportunidad sirve de modelo para toda la América Hispana. Ahora bien, antes de la sentencia en el asunto C-214/00, resuelto por medio de la sentencia de 15 de mayo de 2003 no existía la posibilidad en ese sistema de encarrillar la tutela satisfactiva de forma autónoma, sino que sobre la base del uso distorsionado de la tutela cautelar (y con la complicidad benigna de la jurisprudencia) se fue otorgando un anticipo de jurisdicción bajo el ropaje de lo que se conoció como *medida cautelar positiva*.

Por ello, en el presente apartado estudiaremos tres aspectos relacionados con la tutela anticipada tal y como ha sido delineada en los capítulos anteriores; se dirán entonces tres cosas: **a)** al confusión de la doctrina procesal administrativa clásica entre tutela cautelar y tutela positiva; **b)** aspectos puntuales de la sentencia del asunto C-214/00; **c)** la repercusión que tuvo en ese sistema tal sentencia comunitaria, para los efectos de adecuación del derecho interno español al derecho comunitario.

2.3.1.1 El origen del concepto de medida cautelar positiva

En primer lugar cabe decir que uno de los motivos por lo que se ha invisibilizado a la tutela anticipada esta íntimamente relacionada con una cuestión de nomenclatura; en efecto no puede cuasar desinterés el hecho de la utilización correcta de los conceptos en la ciencia y mucho menos del contenido o notas conceptuales con la que se pretenda definir. Como se

⁴⁸³ GARCIA de Enterría, Eduardo, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho publico y a medidas cautelares contencioso-administrativas. La sentencia comisión C. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003, En la Batalla por las medidas cautelares*. Ob. Cit. Pág. 418.

sabe las definiciones puede ser lexicográficas o estipulativas; las primeras, en el campo del derecho, tienden a ser a partir del derecho vigente, en ese sentido son definiciones de este tipo la que hacen las ciencias jurídicas dogmáticas sistemáticas; las otras, son todo lo contrario, parte de la observación de la realidad, y a partir de ahí intentan ex ante, definir⁴⁸⁴; pues bien, pasa que la doctrina procesal administrativa clásica española define de una forma lexicográfica en el tema de la tutela sumaria satisfactiva, pues para esta doctrina no existe la primera si no únicamente tutela cautelar.

Para fundamentar eso, es necesario recordar un hecho que por su obviedad no ha sido tenido por todos presentes. Es que el hecho que la historia de las inmunidades del poder administrativo solo hay permitido una tutela cautelar de tipo negativo (suspensión del acto administrativo impugnado) ha hecho creer que si la tutela es positiva y esta coincide con la pretensión es también tutela cautelar, lo cual no es exacto. Tanto la tutela cautelar como la anticipada pueden ser respectivamente, positivas y negativas; pero el hecho de la remisión supletoria que se instituyó en la LJCA española de 1956 a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1888, específicamente al artículo 1428 hizo pensar, por efecto de una lectura y comprensión inmediata que trataba siempre de tutela cautelar por que ese artículo habrá precisamente de obligaciones de hacer o dar.

Pero sucede que los procesal civilistas españoles no se encontraban de acuerdo hasta antes de la reforma que ese artículo sufrió en 1984, pues a partir de ahí se empezó a utilizar ese poder cautelar genérico, y ser utilizado por la doctrina administrativa como la base legal para poder disponer de una tutela cautelar amplia en las cuales la administración pública pueda dar o hacer una conducta determinada. Analizando el concepto de *medida cautelar positiva*, la doctrina procesal civil, para el caso, la profesora María Pía

⁴⁸⁴ RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 95 y 96.

CALDERÓN CUADRADO expone que dicha disposición, (que es similar al art. 700 del CPC italiano y 935 a 944 de la ZPO alemana, 798 del Código Procesal Civil Brasileño 232 del Código Procesal Civil y Mercantil de la Nación Argentina y 76 de Ley Procesal de Familia de El Salvador) no es una disposición que permita entender un poder cautelar genérico de los jueces (antes de la reforma de 1984); sino mas bien que fue la creación de una norma de clausura del sistema cautelar, “*carácter residual y subsidiario*” de la LEC de 1881⁴⁸⁵.

Y el sistema que se escogió fue en base a un sistema de “*numerus clausus*”, al establecer al medida cautelares típicas. La profesora cita para reforzar esa idea, la doctrina de comentaristas de la LEC de 1881 que incluso fueron parte de la comisión de redacción de la LEC de 1881. Así se expresa la profesora

Indudable es, por tanto, que el legislador, lejos de inclinarse por un poder general de cautela, prefirió establecer una serie de medidas cautelares típicas, subordinadas a la existencia de condiciones particulares y específicas, junto a las cuales introdujo a modo de cierre el art. 1428. En ningún momento quiso crear una norma omnicompreensiva de todos los supuestos y situaciones necesitadas de tutela cautelar sino simplemente clausurar dicho sistema ante una posible insuficiencia de la regulación típica.⁴⁸⁶

Prosigue la autora delimitando el ámbito de aplicación que tenía el art. 1428 antes de la reforma de 1984, en la cual solo era aplicable a *las obligaciones de hacer, no hacer o dar una cosa*⁴⁸⁷. En esta parte se encuentra el origen de la utilización del concepto de medida cautelar positiva, pues fue fácil concebir como contracara de la suspensión de acto administrativo impugnado (medida cautelar negativa) la conducta de hacer para la administración pública (que aquí sería ya medida cautelar positiva).

⁴⁸⁵ CALDERÓN Cuadrado, María Pía, *Las medidas cautelares innominadas, en las medidas cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Págs. 291 y 303.

⁴⁸⁶ Ibidem. Pág. 304.

⁴⁸⁷ Ibidem. Págs. 301 y 308.

Ahora bien, la doctrina administrativa tomo estos conceptos en sus formulaciones originales, es decir, con el *contenido típico patrimonialista*, y las traslado a su propio campo procesal sin percibir que lo que se hacia era llamar tutela cautelar a algo que no sería posible encuadrar en ella, cuando el pronunciamiento fuera satisfactivo de la pretensión del actor.

Para comprobar lo anterior es posible evidenciar en la obra del profesor García de Enterría la utilización de esta terminología patrimonialista de un modo variable y precisamente utilizar como fundamento legal el artículo 1428 de la LEC; así identifica el contenido de las medidas cautelares positivas y emplea el concepto de: una *obligación de hacer*⁴⁸⁸ y mas adelante utiliza el concepto de medidas cautelares *imponiendo una condena de hacer* como una misma cosa⁴⁸⁹.

La consecuencia de esta concepción fue el traslado de los presupuestos de las medidas cautelares de las obligaciones de dar y hacer al ámbito administrativo, el cual solo regulaba, en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956 como presupuesto procesal que la suspensión del acto no causara un peligro grave. Así esta idea tomo fuerza en España producto de la autoridad doctrinal de sus paladines y producto de la resolución de caso *Fatortame I*, (que valga aclarar no utiliza en ningún lugar el concepto de medida cautelar positiva) se empezó a aplicar la tutela cautelar como integrante de la tutela judicial efectiva, pero con *un matiz importante*. La posibilidad de decretar medidas cautelares solo con la concurrencia del "*fomus boni iuris*".

⁴⁸⁸ La cita completa es: "para suplir esa ausencia de datos que le permitan decidir con seguridad plena, el Tribunal impone, "con el carácter de medida cautelar positiva" una *obligación de hacer* a la administración, y una obligación realmente inesperada, la de dictar una nueva resolución en la que se expresamente se valore ese dato esencial de la seguridad de personas y cosas. GARCIA de Enterría, Eduardo, *La Batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 1992, Pág. 234. (cursiva fuera del texto)

⁴⁸⁹ Nuevamente la cita completa es: "Me parece este auto un hito en la historia de nuestra justicia administrativa: es el primero que otorga medidas cautelares positivas *imponiendo una condena de hacer* a la administración para deshacer la indefensión virtual que supone impugnar un acto administrativo denegatorio....*ibidem*. Pág. 235.

El Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo Español recoge esta doctrina como vimos en el ítem 2.3.1 De ahí es posible evidenciar que ya existían un uso de la doctrina esa concepción del “*fomus boni iuris*” que fue reforzada por el caso de Derecho Comunitario a partir *Fatortame I*. Con lo cual la doctrina procesal administrativa clásica intento una suerte de clasificación de la tutela cautelar en positiva y negativa, definiendo a partir del derecho vigente en material procesal civil (definición lexicográfica) Por ultimo, el doctor García de Enterría confirma, lo anterior, él dice: “Y, *en fin. El Auto adopta* (se refiere al Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo Español) de plano y sin reservas, como se habrá notado del parrado transcrito, el criterio material del nuevo artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pertinencia de “*la medida cautelar que sea necesaria*” para asegurar la plena efectividad de la Sentencia.”⁴⁹⁰

El Tribunal Supremo Español matizo este requisito y lo amplio con posterioridad en el sentido que ya no era suficiente el *fomus boni iuris*⁴⁹¹, pero el punto es que ya esta concepción del antiguo artículo 1428 como contracara de la suspensión del acto administrativo ya se encontraba expandida, entendiendo que la obligación de hacer que se imponía a la administración pública sería un mandato positivo que solo cabría explicar a través de la tutela cautelar lo cual no es completo. *Lo que significa a la postre negar la tutela anticipada como algo distinto a la tutela cautelar*, pues como lo reconocido después el propio Tribunal Supremo Español en la tutela cautelar se necesitan de otros presupuestos procesales. Se esta conciente que lo anterior es un análisis de matiz, lo cual, sin embargo no debe ser menospreciado, como dice uno de los exponentes de la filosofía de la praxis:

⁴⁹⁰ GARCIA de Enterría, Eduardo, Ob. Cit. Pág. 185.

⁴⁹¹ Auto del Tribunal Supremo Español 31 de mayo de 1996.

“hay que ser miope para considerar como inoportunas o superfluas las discusiones de fracción y la delimitación rigurosa de matices”⁴⁹².

5.3.1.2 El reflejo de la sentencia 214/00 en la tutela urgente española

El mas notable efecto que la sentencia del tribunal de las comunidades europeas trajo al sistema de la tutela cautelar, ha sido la ampliación de este a la tutela urgente, pues antes solo existía la posibilidad dentro de la tutela judicial efectiva de instar la tutela cautelar para prevenir la lesión de los derechos. Pero ahora a quedado evidenciado la censura política que se le dirige a su sistema unilateralmente cautelar, olvidaba entonces, que si bien todo lo urgente es cautela no todo lo cautelar es urgente.

Esta falencia que quedo demostrada que esa condena ha hecho reflexionar a la doctrina y la jurisprudencia sobre este aspecto de la tutela sumaria, que no es inconstitucional “*per se*”, sino todo lo contrario, es decir su no previsión no garantiza que actor que probablemente tenga la razón, una tutela judicial efectiva. Tal vez la quien expresa de una forma categórica este hecho en la doctrina española es el doctor garcía de Enterría refiriéndose al sistema cautelar de la LJCA española de 1998: “*ahora es evidente que el Gobierno español tendrá que promover una reforma inmediata del sistema de medidas cautelares en el contencioso-administrativo, sistema respecto del cual nuestro Legislador tanto notorios recelos tiene, como demostró con la asombrosa regulación del proyecto de Ley de 1995, así como la inconstitucional regulación que ha establecido en la Ley vigente de 1998*”⁴⁹³. Consecuencia bastante radical, pero sin dudas

⁴⁹² LENIN, ¿Qué hacer?. Citado por Louis Althusser, para leer el capital. Ob. Cit. Pág.12.

⁴⁹³ GARCIA de Enterría, Eduardo, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho publico y a medidas cautelares contencioso-administrativas. La sentencia comisión C. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003, En La Batalla por las medidas cautelares. Ob. Cit. Pág.420.*

acertada, el proceso de conocimiento pleno, sin las instauración en su estructura de procedimientos formalmente sumarios,(así como procesos sumarios satisfactivos autónomos al estilo del *référé* precontractual francés) que provean una tutela urgente, atenta con la tutela judicial efectiva.

5.3.1.3 Novedades introducidas en la normativa española de contratación pública por la Ley de Contrataciones Publicas 30/2007

Como un intento de ponerse en línea con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el gobierno español se vio obligado por el efecto directo del derecho comunitario a emitir una nueva ley que al redactar este apartado todavía no estaba en vigencia; es la ley de 30 de Octubre de 2007, nueva ley que regula las contrataciones publicas en el reino de España, esa ley es clara en ponerse en línea con lo descrito en los anteriores apartados y dice en su exposición de motivos: *“Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias”*⁴⁹⁴.

Esta confesado reflejo debemos ser honestos no ha sido espontáneo, de ello dan cuentas las intensas negociaciones que la comisión llevo a cabo con las autoridades españolas antes de incoar el procedimiento contencioso. Ahora bien cual es la novedad de esta ley. Simple. Instituye mecanismos

⁴⁹⁴ Exposición de motivos de la ley 30/2007 de la Ley de Contrataciones de la Administración Pública.

sumarios autónomos, no cautelares. Así el artículo 38 de la ley 30/2007 de contrataciones públicas establece bajo la rubricas “*medidas provisionales*” (que no solo mismo que *medidas cautelares*) la posibilidad de impugnar todas las resoluciones que afecten de los derechos de los licitantes en la forma ahí establecida y dice expresamente: “*Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición*”⁴⁹⁵.

Esta forma de impugnación, como se ve, es una novedad que incursiona en el derecho español para adecuar su derecho interno, primero a la sentencia del tribunal constitucional de su propio sistema a través de la sentencia 14/1992 (aunque con referencia a la tutela cautelar) y a su uniformizado el resto de los derechos internos que conforman el derecho comunitario, que hace bastantes habían hecho lo propio, aceptando procedimientos especiales como una opción distinta al procedimiento ordinario como forma de solucionar los conflictos.

Es claro que el impulso de esa visión de la tutela sumaria a sido por el lado de la naturaleza patrimonial de los derechos discutidos en los casos paradigmáticos que ha ensanchado; pero ello no puede castrar el contenido de esta doctrina que es la efectividad de la tutela judicial, pues esta claro que tanta necesidad hay en los casos de licitaciones como en el derecho no patrimonial de acceso a la salud, un medio ambiente sano, protección de los consumidores, pues tanto en estos como en aquellos la necesidad de justicia es la misma.

⁴⁹⁵ El texto completo del artículo 30 es el siguiente: “podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.”

CAPITULO 6

6.1 APLICABILIDAD DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. La razón del servicio público

“Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una `protección jurídica efectiva’.
Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos”
Robert Alexy

6.1.1 Las administraciones públicas descentralizadas

De la misma forma que los procedimientos que se ventilan antes entes públicos cuando se realización licitaciones necesitan ser controlados por el órgano judicial o ante la propia administración, también en los demás procedimientos administrativos es necesario que exista este control de una forma autónoma y sin inmunidades al poder. De hecho la ley del 30/ de octubre de 2007 española recientemente aludida en el capítulo anterior regula *un recurso especial en material de contratación* el cual se instruye ante la propio ente que tramita la licitación⁴⁹⁶. Así, los derechos de los ciudadanos pueden ser violentados o desconocidos en otro tipo de procedimientos administrativos. Los ejemplos sobran: los extranjeros en materia de su estatus legal en el país, los procedimientos que regulan la participación ciudadana en las leyes ambientales, los procedimientos administrativos sancionadores, los procedimientos en materia de seguridad social y provisional y todos los demás que se desarrollan en la “*constelación de administraciones publicas.*”

Como se demostró en el 4.7 ha existido una recepción en los tribunales de justicia de nuestro país, con dudas, con “cautela”, de la *Tutela Anticipada*. Pero, ¿será aplicable la *Tutela Anticipada* en los asuntos previos en que la administración pública conoce en el sistema normativo salvadoreño? La respuesta, en sentido positivo, viene dada por la propia Constitución de la República que estatuye un deber de respeto a la misma,

⁴⁹⁶ Artículo 37 de la Ley 30/octubre de 2007 Ley de Contrataciones Publicas.

por todos y todas; tanto los poderes públicos como los particulares. Siendo esto así la actividad estos poderes se encuentra vinculada a los valores, principios y normas jurídicas que aquella establece y los que conforman el bloque de legalidad de la administración pública.

La SC así lo ha entendido a propósito de una de las especies de actuación de la administración pública y ha dicho: *"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 art. 1 Cn* ⁴⁹⁷.

Entonces no hayamos obstáculo para que dentro del *procedimiento administrativo* se puedan implementar un tipo de protección, similar a la que puede otorgar el órgano judicial, aunque desde luego con la precaución siempre presente que en estos casos la administración pública es juez y parte; y también que la tutela ya no es jurisdiccional, *pero si diferenciada*. Pues no se trata de otorgar por medio de los procedimientos o los recursos administrativos que tramita la administración solo una garantía eficaz sino eficiente proveyendo, en esas actuaciones, una vendedora tutela constitucional por todos los poderes públicos ⁴⁹⁸.

A la luz de lo anterior se presenta como necesaria la aplicación de la tutela anticipada en el ámbito de la resolución de los recursos administrativos regulados en el ordenamiento sectorial correspondiente o en peticiones

⁴⁹⁷ Sentencia interlocutoria de la SC de fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y siete Considerando I 1. Ref. 19-G-94. Amparo.

⁴⁹⁸ Es el criterio de Padrós; quien pregona que se debe extender la protección judicial administrativa en los recursos administrativos y también a que, en casos de ser denegada estas resoluciones de trámite puedan ser revisadas por el órgano judicial, *sin necesidad de agotamiento de vía administrativa* alguna; pues estos casos sería equiparables a aquellos actos que pueden producir un daño de difícil o imposible reparación. Cfr. Padrós. Ob.cit. Pág.120 y nota 413. Quien cita además la Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 78/1996 en la cual se dijo: "se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación, y si se ejercito en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión (S TC 66/1984). Si pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutado el acto, con lo cual la administración se habrá convertido en juez." Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva"

simples, siempre que en los mismos aparezcan las coyunturas urgentes en las que son despachables.

Pero las múltiples administraciones públicas existentes en nuestro país, hacen tarea difícil abarcarlas y encuadrarlas a todas en la presente investigación. Razón por la cual se ha escogido una, que por sus notas características y prestar un servicio público esencial, resulta ilustrativa; ello sin pretender con ello que sea un modelo transportable⁴⁹⁹, a todas las instituciones descentralizadas, tal es: La Universidad de El Salvador, en adelante UES.

La doctrina ha manifestado que donde esta involucrada una actividad de servicio público, prácticamente la adopción de una respuesta del órgano jurisdiccional *distinta a la suspensión de acto* se vuelve necesaria, pues de no hacerlo se puede violentar el derecho de acceso a la jurisdicción. El doctor Tawil, así lo confirma “*A nuestro juicio en campos tales como el de los servicios públicos en función de la magnitud de los intereses en juego el dinamismo de la actividad que tornan ilusoria eventuales reparaciones económicas cuando los montos involucrados son significativos*”⁵⁰⁰.

Por lo que aquí es nuevamente aplicable la doble finalidad de la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción, desde la idoneidad técnica y la materialización de la tutela, ya que la respuesta de la administración pública debe ser coherente con su marco de legalidad y sobre todo con su rol de ente defensor del modelo constitucional y legal, en procura del bien común o de los fines específicos para la cual ha sido creada una administración pública en particular.

⁴⁹⁹ No obstante ello, la necesidad teórica es impostergable en nuestro sistema, por lo que es de esperar que una fuera investigación la plantee.

⁵⁰⁰ TAWIL, Guido Santiago, en prologo del libro *Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, de Ramiro Simón Pádro, Lexis Neris, Buenos Aires, Argentina, 2004. Pág.15

6.1.2 La Universidad de El Salvador

Dentro de las instituciones públicas descentralizadas, la UES tiene una importancia notable, esto debido a varios factores. En primer lugar después del cierre la Universidad Militar, la UES es la única Universidad pública que presta el servicio público de educación superior, artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador,—en adelante LOUES—; el segundo aspecto es el reconocimiento de está como un órgano Constitucional no fundamental, calidad que le viene dada por su inclusión dentro de las instituciones reconocidas por el padre constituyente de 1983; y el ultimo aspecto es la posesión de *poderes públicos superiores* (**GARCÍA de Enterría**)⁵⁰¹ en base a aspectos autonómicos *sui generis*, reflejados en los aspectos económico, docente y administrativo, (61 Cn) para concretizar los fines antes apuntados.

Dada la trascendencia y potencialidad de estos aspectos para el sistema de la *Tutela* en el sistema normativo administrativo sectorial, es importante exponer en un orden de mayor a menor intensidad las consecuencias que el sistema jurídico ha desarrollado para estos tres aspectos que la dinámica universitaria ha impuesto como factores insoslayable para cualquier análisis.

De momento el estado vigente se presenta así: el carácter de única institución de educación superior determina como opción preferencia de los bachilleres salvadoreños por la UES; situación que obliga a esta ha adoptar *nuevas políticas educativas* que se exteriorizan formalmente a través de reglamentos pero principalmente por medio de actos administrativos. En segundo orden el carácter de órgano Constitucional no fundamental viene a reconocer un ámbito de competencias, dentro del sistema de fuentes del Derecho Administrativo Salvadoreño, lo cual implica la creación de un verdadero sub sistema jurídico, dentro del sistema jurídico administrativo

⁵⁰¹ Reconociendo desde luego que la UES no es una institución territorial.

nacional, y el tercer aspecto, al que se hizo alusión en terminología del doctor **GARCÍA ENTERRIA**, esta relacionado con la capacidad jurídica de la UES en materias de: *potestad reglamentaria, tributaria, y titularidad de dominio público*⁵⁰² con sus matices. Estos aspectos tienen su asidero legal en los artículos 19 letra “c”, letra “m” artículo 64 de la LOUES, y artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador⁵⁰³—en adelante RGLOUES—, respectivamente. Estudiaremos estos tres aspectos para determinar su incidencia directa en la actuación de la UES como administración pública descentralizada y la manera de cómo se puede articular la técnica anticipatoria en la misma; en la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad universitaria.

6.1.4 La UES como órgano no fundamental

Resulta evidente esta característica, pero no suele dársele la real dimisión. La UES al igual que otros órganos reconocidos en la Constitución de 1983 se encuentra en tal rango desde la Constitución de 1950. Lo que implica que a nivel de competencias, la UES este en una posición horizontal con respecto de otros órganos⁵⁰⁴ que poseen las mismas competencias que

⁵⁰² GARCÍA de Enterría, *Ob Cit.* Pág. 371.

⁵⁰³ En relación con la tasa, como tributo, existen precedentes jurisprudenciales de la Sala de Constitucional. Así en la Sentencia de Amparo, de fecha 24/52002 referencia 100-2001 se expreso: “*por su parte, la tasa es un tributo cuyo hecho generador esta integrado con una actividad del estado divisible e inherente a su soberanía, hallándose esa actividad relacionada con el contribuyente. De este concepto, podemos extraer las siguientes características de la Tasa: (1) es una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio; (2) debe ser creado por ley; (3) su hecho generador se integra con una actividad que el estado cumple y que esta vinculada con el obligado al pago; (4) el producto de la recaudación es exclusivamente destinado al servicio o actividad respetiva; debe tratarse de un servicio o actividad divisible a fin de posibilitar su particularización; y (6) la actividad estatal vinculante debe ser inherente ala soberanía estatal...*” de este precedente debe matizarse el numero dos pues habrá que añadir que cuando hace referencia a que la Tasa debe ser creada por ley se utiliza el termino ley en sentido material. ASCII se desprende de la clasificación de la reserva de ley que materia de tributo desarrollo la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Inconstitucionalidad de fecha 24/62003 en la que expreso: *Por otro lado, que la reserva de ley en materia tributaria que emana del art. 131 ord. 6º, en relación con el art. 231 Cn., no se extiende a todo los tipos de tributos que reconoce la normativa constitucional, sino únicamente a los impuestos, ya que los municipios –al igual que la Asamblea pueden emitir tasas y contribuciones especiales que, por el hecho ser locales, coadyuven a la realización de los fines del municipio...*

⁵⁰⁴ Los órganos universitarios son pluripersonales y unipersonales; en el caso de estos últimos lo general es que la administración se pronuncie por medio Jefes de Departamento, Dirección de Escuela; y en el caso de los primeros a través Juntas Directivas de Facultad, (JD), Consejo Superior Universitario (CSU) o la Asamblea General Universitaria (AGU).

pueden ser concurrentes (caso del ejecutivo a nivel del Ministerio de Educación) o con las mismas potestades normativas. Al tener reconocidos poderes normativos, la UES en verdad puede autonormarse, respetando los límites que le impone la propia Constitución. Para efectos de demostrar desde ya la importancia práctica, estudiaremos un caso de posible fricción entre las competencias de la UES y el órgano ejecutivo, desde luego esto se hará con el correspondiente efecto que puede tener en los administrados cualificados universitarios.

Nos referiremos a las carreras de profesorado que la actual Ley de Educación Superior, en adelante LES, delega para poder “regular” el ingreso y egreso de los aspirantes y estudiantes al Ministerio de Educación, artículo 14 y 64 de la LES. Pues bien, la consecuencia práctica, de esta competencia concurrente con la UES, es que puede existir una contradicción entre lo dispuesto por el MINED y una norma con rango de reglamento, o aún entre la norma reglamentaria y la ley, en cuanto a los supuestos de ingreso a las carreras de profesorado. La respuesta correcta que se le da a este problema radica en la posibilidad que la administración pública actúe de conformidad con el bloque de legalidad o no, siendo que en este último caso, estará afectada la esfera jurídica de un estudiante, con incidencia en el derecho de educación superior, derecho con rango constitucional y perteneciente a un servicio público de carácter esencial, y desde luego la posibilidad que sea la propia UES, a través de la Facultad competente⁵⁰⁵ la que dicte, previa petición, la medida innovativa o una resolución anticipada. Empero antes de resolver esta situación, conviene dejar bien marcado la naturaleza de la potestad reglamentaria de la universitaria. La SC, ha demarcado bien la extensión de la misma de la siguiente manera:

1. En cuanto a su contenido, tal concepto -en general- alude etimológicamente a la cualidad de un sujeto de dotarse a sí mismo de las normas

⁵⁰⁵ De conformidad con el derecho universitario, le compete a la Facultad de Ciencias y Humanidades implementar las carreras de profesorado.

por las que se gobierna. Consiste en la facultad de autonormación, pero que no se agota en una mera capacidad de dictar normas concretas y fragmentarias, sino que se caracteriza por ser capaz de servir de soporte a un verdadero ordenamiento, aunque particular pero como parte integrante del Estado.⁵⁰⁶

La SC es conteste en reconocer no solamente que la UES puede autonormarse, sino que es capaz de crear un *subsistema jurídico*, eso si, de carácter, “*sui generis*” pues no se innova por la voluntad unitaria de las demás entes con poderes normativos que la Constitución reconoce, sino a través de verdaderos órganos representativos que son deliberantes; la UES puede “*ex novo*” crear, modificar y extinguir ese subsistema jurídico, con la únicas limitantes de respetar las competencias y de no violentar el resto del sistema jurídico nacional, naturalmente, Constitución y Tratados Internacionales incluidos⁵⁰⁷. Ello nos conecta con los objetos sobre los pueden recaer las distintas potestades específicas de la UES en coherencia con sus fines.

6.2 Servicio público de educación superior

El fin principal de la UES es la prestación del servicio público de educación superior lo cual no obsta, a luz del artículo 3 de la LOUES, que ella tenga fines complementarios e integradores del principal. Este se encuentra recocado como se dijo en el artículo 61 de la Constitución, en ese sentido aún y cuando la UES posee otro tipo de potestades, como la reglamentaria y la sancionatoria, la actividad principal es de tipo prestacional. *De ahí que cuando exista una limitación de derechos e intereses legítimos*

⁵⁰⁶ SC sentencia definitiva de fecha ocho de junio de dos mil. Ref.38-97 Amparo.

⁵⁰⁷ La SC lo ha expuesto de forma clara, en la sentencia definitiva de fecha trece de mayo de dos mil cinco. Ref. 16-2004. Así: “Aunado a ello, ingresar como estudiante universitario no atribuye per se un “derecho a egresar” con las condiciones establecidas ab initio; por el contrario es un estatus transitorio que aún puede sufrir determinadas modificaciones, pues no constituye una situación jurídica consolidada en cuanto a su resultado o culminación hipotética. Pues, como se dijo en la citada Sentencia dictada en el proceso de Amp. 38-S-93, el mismo legislador o ente con potestad normativa puede, transformar las instituciones jurídicas existentes, puede modificar las condiciones y procedimientos de los cuales derivan concretamente los derechos –en tanto que éstos no hayan adquirido su carácter como tal–.” En el caso resuelto por la SC se estaba controvertiendo precisamente un límite a la potestad reglamentaria de la UES.

*habrá que examinar la tipología de la actividad de la administración y el tipo de derecho subjetivo o interés para determinar la idoneidad de la tutela jurisdiccional o no jurisdiccional a adoptar*⁵⁰⁸. Pero además, cuando la UES realiza otra actividad, como la sancionatoria, ella tendrá reflejo en la esfera jurídica de los estudiantes de una forma necesaria, piénsese en los casos de apertura de un expediente disciplinario, que tiene un reflejo en el derecho de educación del presunto infractor, pues al final puede ser sancionado con una expulsión, que en el peor de los casos puede ser hasta de tres años⁵⁰⁹. También se presenta como cierto que no pueda hacerse un análisis de la actividad que la UES despliega sin anticipar los efectos que *ex post* tendrán sobre el derecho de educación. Este aspecto es un argumento que la dinámica universitaria tiene comprobado⁵¹⁰.

Estas actividades se concretizan cuando se realizan los distintos procesos administrativos-académicos, como por ejemplo, el proceso enseñanza-aprendizaje, el cual impone *condiciones, limitaciones, y cargas* para poder gozar, continuar o adquirir una calidad de determinada (aspirante a nuevo ingreso, estudiante activo, becario, auxiliar de cátedra, egresado, recurrente, etc) la cual, vale decir, es heterogénea, dada la diversidad de *status* que conceden los reglamentos administrativos universitarios. Estos procesos y procedimientos tienen una finalidad variada que van, desde la obtención de un grado académico, inscribir una materia, hasta acreditar un

⁵⁰⁸ TAWIL, Guido Santiago, prologo al libro de Ramiro Simón Pádro, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, *Ob. Cit.* Pág. 15. nota 2. El mismo Pádro de una forma mas genérica establece: "*teniendo en cuenta el tipo de prestación deducida en el proceso contencioso administrativo, las medidas cautelares contra la administración publica se clasifican en suspensivas, positivas o anticipatorias, autónomas y provisionalismos*". *Ob. Cit.* Pág. 224. En igual sentido BALESTRO Faure Miryam T, *La medida innovativa: ¿Cuándo, como y para que?* En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Pág 382-384.

⁵⁰⁹ O incluso la dilación en la instrucción del procedimiento, sin llegar a una respuesta definitiva, puede tener incidencia en el derecho de educación, pues, la practica demuestra que no es posible graduarse sin existe un procedimiento sancionatorio abierto; lo cual es ilegal. Pues el estudiante no tiene por que sufrir las consecuencias de la falta de inactividad o mora administrativa.

⁵¹⁰ Como un caso de acoso sexual que ocurrió en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, en la cual la victima tubo el valor de denunciar al supuesto agresor. En este caso si bien es cierto hubo una investigación, que se inicio con la apertura del expediente disciplinario para el docente involucrado, debido a las amenazas a la integridad fisica de la victima, ésta tubo que desertar de la Universidad. Ello es una muestra que por regla general toda la actividad, ya sea directa o indirecta de la administración pública universitaria tiene incidencia en el derecho de educación.

curso determinado; por ejemplo. Pero precisamente en el despliegue de esa actividad, es que la administración pública universitaria puede actuar arbitraria e ilegalmente. Y para garantizar que esa actuación ilegal no cause mayores perjuicios al estudiante o ciudadano la técnica de las *medidas innovativas o las resoluciones anticipadas* cobran plena vigencia.

Pues el estudiante que se encuentre en una situación de desventaja puede solicitar a las autoridades y organismo universitarios que se le permita gozar de ese derecho, del cual aparece desde una posición que “*ab initio*” le corresponde jurídicamente. Por que de otra forma, el tiempo universitario, que no es el mismo de proceso jurisdiccional, puede fulminar la pretensión de tutela del derecho que se esta alegando sea dañado o este a punto de serlo. Vale volver al ejemplo de fricciones entre la el MINED y la UES en las carreras de profesorado. Existe en la actualidad un instructivo que limita el ingreso de estudiantes a las carreras de profesorado a unos requisitos de promedios de notas, entonces es aquí obvio que existe una nulidad de pleno derecho, en la cual se puede articular la técnica anticipada en la UES o por la UES; pues existe reserva de ley formal en material de limitación de derechos fundamentales.

Los estatus activo mencionados en el párrafo anterior, la doctrina del Derecho Administrativo y el órgano judicial, la han reflejado en su jurisprudencia, para demostrar que sí esos derechos subjetivos están reconocidos son para hacerse valer, es decir para que sean derechos universitarios en serio. Por ello, lo que se pretende es que se le reconozcan esa calidad, otorgándose la condición de estudiante, estudiante inscrito, estudiante egresado o autorizado a realizar un examen diferido, según sea la situación jurídica en que se encuentre el estudiante o ciudadano con algunas de las especies que la moderna doctrina procesal y administrativa le endosan

a esas coyunturas urgentes que no ameritan atrasos de una inactividad administrativa singular, o de la dinámica universitaria⁵¹¹.

Precisa antes de llegar al análisis concreto de la viabilidad de esas instituciones procesales sentar las premisas doctrinarias y jurídicas en relación con la UES de las cuales es precisamente el sistema de fuentes del Derecho en la UES es una de ellas, tema de suyo complejo, y que se agravan más por la inexistencia de una Ley General Administrativa; con el “agravante” que en la UES hay una recepción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro de sus sistema de fuentes, como se verá.

6.2.1 Sistema de fuentes de derecho de la UES

El doctor **GARCÍA de ENTERRIA** define la potestad reglamentaria como: “*el poder en virtud del cual la administración dicta reglamentos*”⁵¹², y a la UES que le viene atribuida por el Artículo 61 inciso primero de la Constitución. La LOUES desarrolla este precepto y otorga la competencia para emitir reglamentos a tres órganos de gobierno⁵¹³, pero esta asignación de la potestad reglamentaria es asimétrica. Efectivamente la Asamblea General Universitaria —en adelante AGU—tiene “reservado” la emisión de casi la totalidad de materias susceptibles de reglamentación y en forma residual las Juntas Directivas de Facultades, —en adelante J.D— y el Consejo Superior Universitario, —en adelante CSU—, pero estos últimos solo en materia de

⁵¹¹ Este concepto de “dinámica universitaria” (como concepto jurídico indeterminado que es) cabe impregnarlo de los casos mas recurrentes en la UES, a modo de ejemplo: los llamados cierres o tomas de las instalaciones universitarias, las cuales si bien paralizan toda la actividad administrativa de la UES (caso en el cual hay que tener presente la regla de suspensión de plazos) inciden en la subjetividad de un estudiante que necesite una respuesta pronta. Tal vez este sea uno de los casos en que sea posible de una forma opcional que la solicitud sea dirigida directamente ante el órgano jurisdiccional de una forma *per saltum* dado el interés en juego, (razón de servicio público)

⁵¹² GARCÍA de Enterría, *Ob Cit.* Pág. 168

⁵¹³ Es de mencionar —como un dato histórico importante— que la abrogada Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador Decreto Legislativo N° 45, de fecha 30 de junio de 1994, publicada en el Diario Oficial N° 148, Tomo 324, del 15 de agosto de 1994 establecía una competencia compartida y competencia conjunta de naturaleza sustantiva (Santamaría Pastor). En donde la AGU tenía la capacidad para aprobar los estatutos y las reformas de estos y aprobar los reglamentos generales que le propusiera el Consejo Superior Universitario; y el Consejo Superior Universitario la tenía para emitir reglamentos especiales. Lo anterior de conformidad con los artículos 20 letra “a” y “d”; y artículo 21 letra “o” de la ABROGADA LOUES.

potestad organizatoria interna, es decir, que solo pueden aprobar, sin necesidad de acudir a la AGU, sus reglamentos internos, de conformidad con los artículos 22 letra “a”; 32 letra “a” en relación con el artículo 84, todos de la LOUES, por lo que estos tres centros normativos internos, más los que se receptan por parte de la Asamblea Legislativa, forma parte de las fuentes de Derecho Administrativo donde se deben extraer todos los derechos subjetivos y deberes de los estudiantes universitarios así como todos aquellos a los que afecte su actividad o inactividad. Dado que no existe una ordenación de esas fuentes en el subsistema universitario ni tampoco en el nacional⁵¹⁴, se hace necesaria establecer el orden que se desprende de la propia LOUES, en el primer caso, y el orden establecido por la SCA en el segundo caso, para después hacer una síntesis del orden posible de esas fuentes, por ello se traerá a cuenta brevemente el sistema de fuentes en el Derecho Administrativo salvadoreño para establecer el régimen jurídico aplicable a los distintos ámbitos en donde puede ser aplicable la tutela anticipada. La SCA, expreso al respecto del sistema nacional:

“En materia administrativa, en lo concerniente al régimen jurídico aplicable, prevalece como regla la de la subsidiaridad de los principios y disposiciones del derecho común”, y en tal virtud, en ausencia de disposición expresa sobre un asunto en particular que sea necesario resolver, debe observarse, conforme se acepta en forma unánime por la doctrina, la siguiente prelación: disposiciones contenidas en leyes de carácter administrativo, que por interpretación analógica resulten aplicables al caso de mérito; principios jurídicos de derecho administrativo; y subsidiariamente, disposiciones y principios de derecho común⁵¹⁵.

De tal suerte que los distintos sectores que conforman la corporación universitaria (estudiantil, docente y profesional no docente) universitaria deben necesariamente buscar en esas fuentes (en defecto del Derecho Interno de la UES) el fundamento jurídico de sus pretensiones, así como también los órganos o funcionarios universitario el asidero de sus

⁵¹⁴ El profesor expone las consecuencias de la inexistencia de una ley administrativa que regule ese sistema de fuentes GAMERO Casado, lo expone así: a) muchas leyes administrativas presuponen una ley general que diseñe un procedimiento marco. *Ob cit.* Introducción a la monografía del acto administrativo.

⁵¹⁵ SCA sentencia definitiva de fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres. **Ref. 22-V-90**

resoluciones. De ello derivan consecuencias jurídicas diversas para los estudiantes, pues en el subsistema universitario otorga *mecanismos de protección*, sobre los cuales es posible, solicitar y ser despachados por los funcionarios y órganos de gobierno universitarios⁵¹⁶. El correcto empleo de esos mecanismos de protección, en tiempo y forma, determina la restitución de un derecho violado, por una acción u omisión de las autoridades universitarias, en forma temprana; y para los funcionarios universitarios: la correcta aplicación de la legislación Universitaria para evitar posibles declaratorias de ilegalidades o nulidades de sus actos previniendo que la Hacienda Pública salga perjudicada ante una eventual condena por responsabilidad patrimonial o extra patrimonial⁵¹⁷ por dicha actividad ilegal, pues de acuerdo al artículo 32 de la LJCA es obligación de la SCA pronunciarse sobre los daños morales y patrimoniales.

6.2.2 jerarquía normativa y ámbitos normativos en la UES

Establecida la capacidad de la UES de dotarse de sus propios instrumentos legales y además que estos forman, en base a los principios de jerarquía horizontalidad, verticalidad y carácter estatutario, el *Subsistema jurídico*⁵¹⁸ universitario conviene precisar la forma como se articulan, en el derecho vigente dichos principios y como estos hacen posible que se pueda invocar normas jurídicas de *distinta naturaleza* aún dentro de los procesos administrativos académicos que tienen incidencia en el derecho de educación superior. En efecto, la terminología que establece la LOUES no es

⁵¹⁶ Ya también para los demás personas integrantes de la comunidad y/o corporación universitaria.

⁵¹⁷ El daño extramatrimonial hace referencia a la afectación de la persona en su personalidad, sentimientos o interioridad. Este tipo de daño también se conoce como daño moral. La importancia de evitar esa actividad antijurídica viene muy expresada por LINARES: "consideramos que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse justamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no solo de indemnizar el daño—lo que puede hacerlo tanto uno como el otro, y generalmente lo hará el Estado—sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió"

⁵¹⁸ Sobre estos principios puede consultar de la sentencia de la SC de las doce horas cuarenta y tres minutos de día veintuno de junio de dos mil dos, Ref. 3-99. Inc.

univoca al ubicar los distintos tipos de normas jurídicas y ésta presenta usos que en la práctica podrían llevar a una incorrecta interpretación del Derecho universitario. Así, se utilizan los términos de reglamento especial, reglamentos generales y reglamentos específicos; esto en los artículos 7, inciso 4, 9, 53 ultimo inciso y 62 ultimo inciso; mientras se utiliza el termino: Reglamento Especifico, en los artículos 19 letra “c”, 22 letra “ñ”, 32 “c” y 86 inciso 2, todos de la LOUES.

De las anteriores normas jurídicas se pueden extraer los principios ordenadores del sistema de fuentes del Derecho Administrativo en la UES, *pues existen, en los preceptos citados, reglamentos que tienen mayor jerarquía que otros en razón del tipo de procedimiento empleado*⁵¹⁹ para su aprobación, diferencia que esta basada en el tipo de votación que se requiere, ya sea simple o calificada en seno de la AGU. Para el caso, el Reglamento General del Sistema General del Sistema del Escalafón del Personal de la UES, en adelante RGSEPUES y el RGLOUES son aprobados con una mayoría calificada de 47 votos y el resto son aprobados con mayoría simple. Arts. 52 inciso segundo y 78 letra “d”, este ultimo en relación con el artículo 77 inciso segundo de la LOUES. Es situación es lo que se conoce en la *Teoría General del Derecho* como la *fuerza activa y fuerza pasiva* de las normas jurídicas, así la SC ha establecido este hecho de la siguiente forma:

Es más, las relaciones entre las fuentes se disciplinan en función de su fuerza jurídica, estableciendo una ordenación de las disposiciones creadas por las mismas fuentes. Así pues, el criterio de la jerarquía se basa en que el ordenamiento asigna a cada

⁵¹⁹ El Principio de procedimiento tiene un presupuesto sin el cual no es posible de hablar de él como criterio para resolver los conflictos de normas. Es el siguiente: el ente creador de normas tiene que estar facultado (por la Constitución o la ley) para elaborar de distinta forma por los menos dos “tipos de leyes o reglamentos”. Cuando se hace alusión a la forma significa al PROCEDIMIENTO⁵¹⁹ que se emplea para crear o reformar esa Ley o Reglamento. La diferencia radical entre un procedimiento y otro es, por regla general, la cantidad de votos que se requieren para la aprobación de un cuerpo normativo. Dicho lo anterior conviene hacer la siguiente aclaración: NO EXISTE EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO, una grado de elaboración distinta en las leyes permanentes, en sentido formal, pues cada ley que emana de la Asamblea Legislativa tiene el mismo rango normativo, es decir tienen la misma “fuerza activa”. Aunque es de aclarar que para ciertos decretos legislativos el número de votos para su aprobación es mayor, como por ejemplo la aprobación de empréstitos. (Art. 148 Cn.). La violación a este tipo de procedimiento determina la declaratoria de inconstitucionalidad por su forma a este tipo de decretos, más no su superioridad jerárquica. El principio de protección del procedimiento SANTAMARIA Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 4ª Ob. Cit. Pág. 174.

forma normativa una fuerza jurídica determinada, la cual puede ser de dos tipos: fuerza activa, que es la capacidad de las disposiciones para intervenir en el ordenamiento creando derecho o modificando el ya existente; y fuerza pasiva, que es la capacidad de las disposiciones o normas producidas por dichos actos para resistir frente a las de fuerza jurídica inferior; es decir que ninguna disposición o norma puede ser modificada por una fuente de fuerza inferior⁵²⁰.

Entonces en el subsistema jurídico universitario existen normas jurídicas de *distinto peso* las cuales una vez entre en colisión, prevalecerá la que tenga mayor fuerza activa, si la norma que pretende desplazar del ámbito material y espacial de aplicación no posee la capacidad de innovar el derecho, obviamente, no puede prevalecer. En esa línea, existen reglamentos específicos—que son aplicables en cada una de las doce Facultades de la UES a ámbitos específicos, como por ejemplo los reglamentos de procesos de graduación de pre grado o posgrado—y los reglamentos especiales de aplicación general—como el Reglamento de la Administración Académica de la Universidad de El Salvador-; pero así mismo, *dentro de esta ultima categoría existen unos reglamentos que prevalecen uno sobre otros*. Pasa que lo que existe en los casos en que están en conflicto reglamentos específicos de aplicación general, como el Reglamento de la Administración Académica de la Universidad de El Salvador y el Reglamento General de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador, que es *uno de los dos reglamentos* posee mayor grado de resistencia pasiva dentro del sistema de fuentes normativas de la Universidad de El Salvador, la consecuencia será que no prevalecerá el primero. Para comprobar la prevalencia de los reglamentos de aplicación general sobre los específicos solo basta con corroborar la *interpretación autentica* realizada al artículo 17-A del Reglamento de la Administración Académica donde se establece la doctrina expuesta; pero si alguna duda quedará solo falta acudir a la doctrina del Derecho Administrativo que ha estudiado cual debe ser el criterio científico para determinar que norma es

⁵²⁰ Sala de lo Constitucional. Sentencia del día catorce de diciembre de dos mil cuatro. Ref. 17-2003. Inc. Considerando III.

aplicable cuando existe un conflicto entre normas administrativas. Esbozando lo anterior se alude a la existencia del *principio de protección de procedimiento*. El doctor **SANTAMARÍA PASTOR** alude al principio anunciado de la siguiente forma:

...para diversificar las normas que han de regular los diversos aspectos de la vida social, acude a dos técnicas: ante todo, a una técnica subjetiva, confiriendo potestades normativas a diferentes entes u órganos (principio de jerarquía y competencia); pero también acude a una técnica formal, exigiendo que un mismo órgano regulen materias diversas mediante tipos normativos también diversos, que se diferencian entre si por el distinto procedimiento de elaboración y aprobación (principio de procedimiento). Tomemos el ejemplo de las leyes: así como en virtud del principio de competencia existen diversos tipos de leyes, en cuanto dictadas por órganos distintos (las cortes generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas), en virtud del principio de procedimiento un mismo órgano (las cortes generales) ha de emplear procedimientos distintos para elaborar diferentes tipos de leyes (leyes ordinarias, orgánicas, de armonización y estatutos de autonomía) cada uno de los cuales para referirse necesariamente a materias constitucionalmente específicas, sino a otras.⁵²¹

La consecuencia lógica de una norma protegida con el principio de procedimiento es que ella prevalece sobre cualquier otra, pues esa ha sido la intención del creador de las mismas. Trasportado esta teoría al derecho positivo universitario encontramos que el Reglamento General de la Ley Orgánica se encuentra protegido por este principio, así la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador establece la diferencia sustancial entre éste reglamento y cualquier otro aprobado por la AGU; tan es así, que el artículo 78 de la LOUES establece que es un asunto trascendental la aprobación y reforma del Reglamento General de la Ley Orgánica y el artículo 77 inciso segundo de la misma ley establece el procedimiento de aprobación del mismo, el cual deberá ser con el *voto conforme los dos tercios* de los integrantes de la Asamblea General Universitaria, (48 votos) distinto a los demás Reglamentos como el de la Administración Académica, el cual se aprobado con la mitad mas uno de los integrantes de la Asamblea General Universitaria (37 votos).

⁵²¹ SANTAMARÍA, Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Ob. Cit. Pág. 178.

Ahora bien, sucede que es la misma Ley Orgánica establece en el artículo 61 el derecho de impugnación conforme al régimen común que establezca la UES, y el Reglamento General de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador desarrolla ese régimen común para de agotamiento de la vía administrativa a partir del artículo 99; y pasa que el artículo 3 del mismo reglamento *establece el peso* ante cualquier otra norma (excepto el Reglamento Disciplinario, del sistema del Escalafón, Auxiliar de Cátedra y Proceso de Graduación), en materia del recursos administrativos. Por que ante un acto administrativo que niegue la impugnación sobre la base de una prohibición no puede ser legal.

Sobre esta base podemos afirmar que el sub sistema jurídico universitario esta conformado por: **a)** La Constitución de la Republica; **b)** Tratados Internaciones en materia de Derechos Humanos en lo aplicable, (como por ejemplo la Convención Americana sobre Derecho Humanos o pacto de San José, o la Convención sobre Derecho del Niño⁵²²; **c)** Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador; **d)** Ley de Educación Superior; **e)** Reglamentos Universitarios, tanto: **e.1)** generales; **e.2)** especiales y **e.3)** específicos. Este ordenamiento como ya se ha dicho reconoce una situación jurídica activa⁵²³ y no solo de sumisión de los administrados.⁵²⁴ Forzosamente se llega al terreno de las definiciones, para que desde esta

⁵²² Se debe tener en cuenta que muchos de los estudiantes universitarios en esta época aún son menores de edad, en lo cual deben tener presentes los principios interpretativos, tal como el interés superior del menor, el cual puede determinar el despacho de una medida innovativa o una resolución anticipada, silo que se pretende es prevenir un daño moral afectado por una decisión de autoridad

⁵²³ Sentencia de la **SCA** de fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete. Referencia 24-L-96, considerando IV.

⁵²⁴ La SCA así lo tiene confirmado: "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 Pública actuará conforme a las exigencias que el ordenamiento jurídico aplicable le ordena y que en otros términos significa "sometimiento estricto a la ley", Art. 86 inciso 2° de nuestra Constitución. El principio de legalidad consagrada en nuestra norma suprema, se erige para la Administración Pública, no como un mero límite de actuación administrativa, sino como el legitimador de todo su accionar. Relacionado con el caso en estudio, y tomando en consideración lo afirmado por los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Hernández, cuando manifiesta....."el particular o administrado no siempre se encuentra ante la Administración en una posición de pasividad, sino que, también es titular de **situaciones jurídicas activas**, de derechos e intereses e incluso de verdaderas potestades ejercitables frente a los entes públicos" (negritas fuera del texto) **Sentencia** de fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete. Referencia 24-L-96, considerando IV.

óptica tanto los operadores del sub sistema jurídico universitario como un eventual control por los jueces y tribunales con competencia en lo contencioso administrativo los apliquen y dentro del íterin, se proceda a la aplicación de la tutela anticipada, habida cuenta que existe un sistema normativo que les *impone una actuación debida*.

6.2.3 Derechos subjetivos universitarios

Los derechos de la comunidad universitaria, son definidos legalmente, por el Reglamento Especial de la Defensoría de los Miembros de la Universidad de El Salvador, en adelante REDMUES, como “*.facultades reconocidas a las personas en la Constitución de la República, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo aplicable, las leyes y los reglamentos universitarios...*”. Resulta evidente entonces que en el despliegue de la actividad principal y accesoría para cumplir los fines superiores la UES pueden conculcar derechos subjetivos e intereses legítimos de los universitarios. Formalmente esa manifestación de voluntad, juicio deseo o conocimiento puede ser fiscalizable ante la SCA, pero antes se articula un procedimiento interno, de protección de los derechos universitarios, el cual se viabiliza sobre dos mecanismo: el *sistema de recursos administrativos* (revisión, revocatoria y apelación) y el procedimiento de tutela regulado por el REDMUES, los cuales, se puede decir, no son excluyentes, sino todo lo contrario, se complementan. Pero aquí solo se hará referencia al sistema de recursos administrativos.

6.2.3.1 Los recursos administrativos universitarios

El desarrollo del presente apartado se hará en referencia al Sistema de recursos administrativos regulados de forma general en el RGLOUES y los recursos administrativos regulados en otras disposiciones reglamentarias,

tanto generales como específicas. Teóricamente también se reproduce la crítica a los efectos ejecutorios del acto administrativo, cuando se interponen recursos administrativos; en esa línea de pensamiento va el doctor **PADRÓS** quien desde la perspectiva de una deseable tutela cautelar para garantizar los derechos e intereses legítimos de los administrados propugna que se conceda en sede administrativa, como en sede judicial, la suspensión de los efectos⁵²⁵ de carácter automático.

Pero como el mismo autor amplía, la suspensión de los efectos del acto administrativo cuando son cuestionado por el orden contencioso administrativo no son eficaces; en razón del tipo de actividad que desarrolla la administración pública, entonces desde esta perspectiva tampoco es suficiente la vía de los recursos administrativos que los ciudadanos tramitan ante las autoridades; y en nuestro caso, no son suficientes para dar cumplimiento, al mandato de respeto de la Constitución por los entes universitarios. Vale entonces que se tenga presente *cual es el contenido* de la petición del miembro de la comunidad universitaria, para proveer una resolución administrativa urgente; se dictará entonces una resolución con contenido, suspensivo,⁵²⁶ contenido positivo o anticipatorio, autónomas y provisionales⁵²⁷. Teniendo en cuenta estas premisas teóricas es posible pasar al campo del Derecho Positivo, para explorar y describir los posibles puntos de empalme de la protección jurisdiccional diferenciada el conocimiento previo de la administración pública universitaria, y adecuar, la *Tutela Anticipada* en las distintas actuaciones de los órganos y funcionarios administrativos.

El procedimiento de protección de los derechos universitarios por medio de recursos administrativos es el más conocido dentro de los dos

⁵²⁵ PADRÓS, Ramiro, Simón, *La tutela cautelar...* Ob. Cit. Pág. 27.

⁵²⁶ Típico contenido de los actos sancionatorios, en los cuales se persiga una actividad anulatoria, como los casos del Reglamento Disciplinario de la UES, el cual regula de una forma automática la suspensión de la resolución que imponga una sanción, para después de la ratificación por parte del CSU.

⁵²⁷ PADRÓS, Ramiro, Simón, *La tutela cautelar...* Ob. Cit. Pág. 224.

desconocidos mecanismos de protección de los derechos universitarios por la comunidad universitaria⁵²⁸. De tal forma que han existido casos de injusticia notoria que se han perdido en sede gubernativa, por no hacer uso, en tiempo forma, de *ese poderoso medio*.

Lo cual puede incluso, cerrar la posibilidad a que la actividad que se estime violatoria de los derechos universitarios, sea controlada por parte del órgano judicial no sea eficaz, no pudiendo revertir esa actividad ilegal o incluso indemnizar por los daños morales y patrimoniales causados. *Por ello el conocimiento correcto de esa técnica es vital ante una eventual demanda en el órgano judicial, pues se tiene que interponer los diversos recursos administrativos que se regulan*, al tenor del artículo 7 letra “a” de la LJCA. Ahora bien, existe una atenuante proporcionada por la aplicación práctica del modelo de Constitución que nos gobierna realizada por la SCA, donde la persona humana es el origen y fin de la actividad del Estado (artículo 1) y por consecuencia con mayor énfasis el órgano jurisdiccional y la administración pública deben procurar satisfacer las pretensiones de aquella en correspondencia con los fines superiores del sistema salvadoreño; esta atenuante viene inspirada por la aplicación práctica del principio *pro actione*⁵²⁹.

⁵²⁸ Afirma HENRY. A. MEJIA que para la SCA los recursos administrativos tienen dos dimensiones, como garantía de los administrados y como mecanismo de la administración de corregir sus actuaciones. Cfr. MEJIA. Henry. A., *Los recursos administrativos: una referencia a la normativa universitaria*. Revista Derecho. Época VI-año 2006. Número 1.

⁵²⁹ Técnicamente esa posición se articula sobre los principios: contradictorio, de audiencia, *pro actione*, oficialidad y rogatorio o dispositivo. GAMERO Casado, Eduardo. Ob. Cit. Pág.10-14. Al respecto la SC ha expresado sobre dicho principio lo siguiente: “6.- Es conveniente aclarar que no obstante admitirse que el derecho de acceso a los medios impugnativos legalmente previstos está sometido, en su ejercicio concreto, al cumplimiento de los presupuestos y requisitos contemplados en las correspondientes leyes procesales, es necesario tomar en cuenta que al respecto rige el principio *pro actione* - *pro acción* -, favorecedor de la admisión del medio impugnativo.

Lo anterior significa que los requisitos o presupuestos para la admisión a trámite de los medios impugnativos deben apreciarse desde una perspectiva antiformalista, que tienda a evitar que aspectos meramente lingüísticos o requisitos subsanables frustran sin razón objetiva el derecho de audiencia; es decir, cuando una disposición o una específica interpretación de las disposiciones que regulan un concreto medio impugnativo supone un obstáculo excesivo o irrazonable al derecho de acceso a los medios impugnativos, o cuando -en el caso concreto- la interpretación supone una restricción injustificada de tal derecho, la negativa a admitir el medio impugnativo puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho de audiencia consagrado en el Art. 11 Cn.” Sentencia de la SC de fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete. **Ref.S-95**. Amparo. Al respecto la SCA a dicho que este principio no puede ser invocado por la administración pública para dispensar una carga procedimental. SCA sentencia del día treinta de marzo de dos mil cuatro. **Ref. 124-P-2001**.

De acuerdo a lo anterior para posibilitar el control jurisdiccional de la actuación de la administración pública universitaria, el requisito de agotamiento de la vía administrativa tiene un relajamiento. *Esto sucede, por ejemplo, cuando la administración pública, no se pronuncia sobre la improcedencia del recurso, siéndolo, y se pronuncia sobre el fondo del asunto en el procedimiento administrativo correspondiente.*

La improcedencia desde luego solo puede estar referida a la imposibilidad de recurrir de la actuación administrativa y no sobre la errónea interposición (por una incorrecta calificación del recurso, por ejemplo) del recurso administrativo, pues en el segundo caso, la administración esta obligada a suplir la queja deficiente, pues si el recurrente cumple la finalidad de impugnar nada obsta para que se le de el tramite legal a la intención del estudiante o afectado, que desea que la actuación sea revisada nuevamente. Ello se encuentra en correspondencia con la doctrina de Derecho Administrativo⁵³⁰.

Esta interpretación progresista de la SCA es muy importante, sobre todo si se tiene en cuenta el desconocimiento de los mecanismos de protección por parte de la comunidad universitaria que se convierte en una carga procesal para los afectados al régimen legal de la UES. Lo reseñado en el anterior párrafo es parte del conocimiento previo⁵³¹; resabio de la teoría francesa del *ministro-juez*, el cual es uno de los fundamentos de la concepción objetiva de la justicia administrativa, que ya ha sido abandonada en Europa; pero que en El Salvador todavía persiste, pues solo se puede acudir al órgano judicial una vez que la administración pública se ha pronunciado sobre la legalidad o no de la actuación o omisión de los

⁵³⁰ GAMERO, Casado, Eduardo, La Jurisdicción contenciosa administrativa. Ob. Cit. Pág. 45-46.

⁵³¹ El ex Defensor de los Derechos Universitarios de la Universidad de Huelva, España, nos lo explica docentamente: "dogma o privilegio del *prealable* tiene que ver con el origen del contencioso administrativo Francés, ya apuntando, y con la evolución de ese objeto posteriormente. A fin de resolver la tensión que entraña la exclusión jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública, termina recociéndose 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. GAMERO, Casado, Eduardo, *Temas de Derecho Administrativo II (La Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ob. Cit. Pág. 6.*

Docentes, Jefes de Departamento, Dirección de Escuela, Juntas Directivas de Facultad, o incluso del CSU o la AGU.

Ante este hecho, ha sido loable la labor de la Defensoría de los Derechos Universitarios en su labor de promoción y tutela de los derechos universitarios el cual estimula el nacimiento de debates doctrinales sobre este medio de protección y un conocimiento necesario de los miembros de la comunidad universitaria. Pero como ya se expuso en los anteriores capítulos de la presente investigación, los recursos administrativos, no son suficientes para efectivizar los derechos subjetivos de los justiciables, pues aquellos pueden ser eficaces (en el sentido que se cumple el procedimiento formal) pero no son eficientes pues el tiempo de duración de la tramitación ante las autoridades universitarias “*per se*”, es conculcatorio de los derechos universitarios.

Es que el tiempo, en el ámbito de los procesos administrativos universitarios que tienen incidencia en el derecho de educación reviste de una relatividad fatal, pues solo una semana puede ser determinante para reprobado una materia, por ejemplo. Por ello los recursos administrativos que son aplicables, se le tienen que aplicar la tutela anticipada⁵³² en el sentido que se expuso en el capítulo 1, 2 y 3. Esa necesidad no es nueva ni es algo que pueda ser incompatible con la finalidad de la UES, pues la realidad práctica demuestra todo lo contrario. Tiene sentido, que desde la óptica de la razón de servicio público se empleen esas medidas urgentes. Todo con la finalidad que: *“la necesidad del procedimiento para obtener la razón no se convierta en daño para el que tiene la razón”*⁵³³. A continuación transcribiremos un caso en el que se articuló una medida innovativa, en el que

⁵³² Son técnicas procesales que resultan aplicables para hacer efectivos los derechos subjetivos, en el sentido que otorgan un reconocimiento del derecho del peticionante, antes de haber un resultado definitivo, por parte del órgano judicial o la administración pública, desde luego previo cumplimiento de los requisitos legales. Así por ejemplo, un estudiante que pide por medio de **recurso de apelación** a la Junta Directiva, la reprogramación de un examen diferido por un motivo de caso fortuito o fuerza mayor debidamente probados (caso de maternidad, detención por la policía, motivos laborales u otros), la medida innovativa permitiría realizar el tan ansiado examen diferido, en el mismo acto de admisibilidad del recurso, sin tener que esperar dos o tres semanas en que se resuelve el recurso por la Junta Directiva.

⁵³³ Adecuado el magistral principio procesal del maestro Chiovenda, reformulado por el Giuseppe Tesauro.

estaba en juego el derecho de educación de la parte actora, citado por el doctor PEYRANO:

En segundo término, citaremos el caso de un estudiante —de casi veinte años de edad— que cursaba el sexto año de una escuela técnica y que, a raíz de un acto de indisciplina, fue suspendido por un lapso que determinaba su pase a la condición de “alumno libre”, con la obligación de rendir la totalidad de las materias. Ante ello el padre promovió un Amparo y obtuvo el despacho de una diligencia innovativa tendiente al levantamiento cautelar de la sanción aplicada para que, interin se sustanciaran el debate judicial, su hijo pudiera concurrir a clases⁵³⁴.

Acá sobre la base del proceso constitucional de Amparo se articulo el mecanismo efectivo para que la potestad sancionatoria o el abuso de autoridad de la demandada no lesionara de una forma irreparable el derecho de educación del sancionado, cuando muy probablemente la sanción impuesta lo haya sido de forma ilegal. Este ejemplo resulta atinente y aleccionador pues el Reglamento Disciplinario de la UES regula como medida sancionatoria la suspensión desde un ciclo hasta tres años. Sanción que como a simple vista salta, es muy grave.

6.3 Ámbitos de aplicabilidad de la tutela anticipada en el subsistema jurídico de la Universidad de El Salvador

La heterogeneidad de los procedimientos administrativos-académicos descritos sumariamente en el anterior párrafo tiene una importancia capital para pertenencia de la adopción de una pretensión innovativa, anticipatoria o urgente en la UES. Aquellos se presentan con una mayor intensidad dependiendo si la actividad instrumental que desarrolle la UES a través de sus funcionarios públicos universitarios⁵³⁵ se acerca cada vez a los fines de la UES enunciado en el acápite 6.2. Sin que se agoten en ellos. Estos son: a) ámbito del proceso enseñanza-aprendizaje; d) ámbito de ingreso a la carrera del personal universitario académico, las oposiciones; entre otros.

⁵³⁴ PEYRANO, Jorge, W, *Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajuste. Nuevos Horizontes*. Ob. Cit. Pág. 44.

⁵³⁵ Si ser taxativa el artículo 34 del RGLOUES enumera algunos de estos funcionarios.

6.3. 1 Ámbito del proceso enseñanza-aprendizaje

Este sector de la actividad de servicio público de la administración pública es uno que reviste una importancia interesante. En efecto, si una de las relaciones de sujeción especial en donde se manifiesta con mayor intensidad el poder la administración pública con respecto a los administrados. La relación de poder que ejercen los servidores públicos que tiene la función docente es de tanta fuerza, que ello implica que toda la teoría de los derechos humanos sea aplicable en este ámbito, si se quiere dar una explicación atinada. Con razón, la definición de los derechos universitarios receptan los derechos humanos, pues es esta relación jurídica, lo común y lo distintivo es la superioridad con que el servidor público se encuentra con respecto al administrado cualificado. Que se encuentra desprotegido, ante un eventual acto u omisión lesiva a su esfera jurídica.

Ello implica, que en el campo de la reducción o afectación de la esfera jurídica de los estudiantes, desde el punto de vista del resultado dañoso, puede ir graduando de una menor a mayor intensidad. Desde la no inscripción de una materia, pasando por denegación de un examen diferido, lo cual puede incidir en el resultado final de la acreditación de la materia, curso, modulo u otra unidad de enseñanza que la UES imparta con efecto directo en el derecho de educación. Por ello la UES como prestataria del servicio público de educación superior debe implementar todas las técnicas jurídicas que conlleven una protección no jurisdiccional de forma eficiente. Lo anterior no se debe a un deseo.

Es una exigencia del sistema normativo. Según lo dispones los artículos 61, 83 inciso 3º y 235 de la Constitución de la República, en correspondencia con el artículo 59 de la LOUES.⁵³⁶ Toda la reseña anterior

⁵³⁶ Art. 59. Siendo la Universidad una Corporación de Derecho Público, sus órganos y funcionarios estarán sujetos al régimen de legalidad establecido en el inciso último del artículo 86 de la Constitución de la República; por consiguiente, responderán

nos sirve de base para exponer la incidencia que tiene la inexistencia de un ley general administrativa o de un reglamento universitario que regule una tutela urgente, sea cautelar o anticipada, de una forma general que puedan ser adoptadas en sede judicial o los distintos órganos o agentes de la administración pública en la UES, respectivamente, habida cuenta que la administración debe servir con objetividad los servicios públicos que presta.

De lo anterior resultan consecuencias muy importantes para nuestro estudio, ya que al ser una administración pública cuya actuación esta determinada en su actuación por medio de la ley, esta la enviste de una serie de potestades publicas. La doctrina del derecho administrativo realiza una clasificación de esta, habiéndose identificado dentro de esta la de mayor aplicación en la universidad, en función precisamente de su atribución por el marco general que le viene dado por la Constitución y la LOUES y los distintos reglamentos universitarios.

Por tanto la actividad que realice a la universidad en ejerció de esas *potestades administrativas* esta determinada por todas las consecuencias que le son propios a la potestades publicas. Determinada la actuación prioritaria de los órganos y funcionarios de la universidad en relación a una especial clase de sujetos⁵³⁷ corresponde ahora valorar la incidencia que tiene la adopción de medidas cautelares que tiendan a reconocer el ejercicio de un derecho mientras se ha controvertido una determinada actuación de la administración pública.

La afectación a estos derecho puede ser muy grande por la razones expuestas en el capítulo I; los casos son muchos y la sola experiencia indirecta de sus violaciones suscitan la expectativa de una regulación de dichas medidas para no conculcar el ejercicio de dichos derechos subjetivos.

como funcionarios públicos de conformidad a lo establecido en los artículos 240 al 245 de la misma, por los abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones.

⁵³⁷ Hemos obviado el análisis de los efectos jurídicos hacia de los demás destinatarios de las normas jurídicas de la Universidad, que lo son todos aquellos de la LOUES define como integrantes de la corporación universitaria, aunque en general lo planteado es aplicación también, aunque con propias características.

6.3.1.2 Sistema de evaluación de la Universidad

La UES, como administración pública institucional, tiene como finalidad principal concretizar el servicio público de educación superior. Este se lleva cabo a través de los distintos procesos, tanto académicos como administrativos ejecutados o realizados por distintos funcionarios u órganos de gobierno universitarios con competencia para ello; los cuales están sometidos al principio de legalidad de la administración pública consagrado el artículo 86 inciso 3º de la Constitución de la República⁵³⁸. Esa ejecución esta determinada por los distintos planes de trabajo en los respectivos niveles, como por ejemplo el establecido en el artículo 36 atribuciones “g” del RGLOUES, y se manifiesta o exterioriza principalmente, través de actos administrativos los cuales son plenamente fiscalizables o controlables.

El sistema de evaluación es precisamente uno de esos procesos que son ejecutados por los funcionarios universitarios y los órganos de gobierno y se puede definir como: la actuación de la administración pública en el proceso enseñanza-aprendizaje con el objeto de cuantificar y medir los resultados obtenidos por los estudiantes con la finalidad de acreditar un curso, materia modulo o cualquier otra modalidad de aprendizaje. El sistema de evaluación se concretiza a través de los distintos procedimientos administrativos-académicos y situaciones didácticas, como la realización de guías de evaluación, pruebas objetivas, certificaciones de notas, y —de un modo especial—la calificaciones de los resultados obtenidos. (Art. 14 del RADAUES). Estos resultados son el objeto principal de este apartado, pues como se expondrá abajo estos resultados pueden ser objetos de controversia por los estudiantes a través de los correspondientes recursos administrativos

⁵³⁸ Este principio constitucional se encuentra reconocido y ampliado en el artículo 59 inciso primero de la LOUES que literalmente expresa: “Siendo la Universidad una Corporación de Derecho Público, sus órganos y funcionarios estarán sujetos al régimen de legalidad establecido en el inciso último del Artículo 86 de la Constitución de la República; por consiguiente, responderán como funcionarios públicos de conformidad a lo establecido en los Artículos 240 al 245 de la misma, por los abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones”.

aplicables en el sistema de evaluación. Pero previamente a detallar como los estudiantes pueden hacer efectivo su crédito académico conviene especificar la naturaleza jurídica de las calificaciones que el sector académico asigna en un “test” u otra modalidad de evaluación.

6.3.1.2 Régimen jurídico aplicable

Así llegamos al régimen jurídico que da vida al poder impugnativo del sector estudiantil en el sistema de evaluación. Debe decir ante todo que la finalidad de este no es más que se reconozca el verdadero crédito académico al estudiante y no la realización de una prueba más lo cual desnaturalizaría la finalidad de estos actos de los administrados universitarios. Empezaremos con las regulaciones de los distintos reglamentos específicos de algunas Facultades lo cual no significa que el no mencionar alguna no se pueda hacer la correspondiente aplicación con base al reglamento de esa Facultad y naturalmente del sistema de recursos establecidos a nivel general.

6.3.1.3 Recursos administrativos aplicables

Necesario es decir que la regulación de los recursos administrativos en el sistema de evaluación de la legislación universitaria es defectuosa y confusa. Dicho esto, los recursos que taxativamente regulan tanto los Reglamentos Específicos como el RADAUES son; Revisión y Revisión extraordinaria. Por regla general se encuentra regulas los recursos de: revisión y en algunos además del primero se puede utilizar el recurso de revisión extraordinaria. Lo primero suceder en la Facultad de Medicina donde no existe un reglamento específico de evaluación, y por ende no existe el recurso de revisión extraordinaria; el segundo caso se presenta en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la cual se regulan en los

artículos 34 y 36 los recursos de revisión y revisión extraordinaria respectivamente. Pero insistimos que aún y cuando no el recurso de revisión extraordinaria no se encuentre regulado específicamente en el reglamento de evaluación de la correspondiente facultad, se puede acudir al RADAUES. Pues no existe contradicción al hacer esto, como algún sector minoritario opina, sino que es una labor de integración de normas jurídicas. Pero por si existieren dudas con respecto a este ultimo planteamiento conviene recordar la *interpretación autentica* realizada por la Asamblea General Universitaria al artículo 17-A del RACAUES publicada en el diario oficial de fecha 18 de mayo de 2004 en la cual se dijo:

Los Reglamentos Especiales de aplicación general en la U.E.S, como el de la Administración Académica, prevalecen sobre los reglamentos específicos de cada facultad, y quedan derogadas tácitamente todas las disposiciones que en esta materia contraríen el Reglamento Especial de aplicación general.

El Reglamento de la Administración Académica de la Universidad de El Salvador y sus reformas, prevalecen sobre los reglamentos específicos de evaluación de las diferentes Facultades.

La conclusión salta a la vista. Si en algunas de las restante diez Facultades no se encuentran regulados los recursos de revisión y revisión extraordinaria se pueden el RADAUES. Expuesto someramente el marco general de los recursos administrativos en el ámbito del sistema de evaluación especificaremos cuales son requisitos y formalidades que deben de contener para lograr el objetivo de modificar una nota con la cual se esta inconforme para poder aumentar su calificación.

6.3.1.4 Objeto de los recursos de revisión y revisión extraordinaria

Conviene empezar citando una disposición legal que no deja a dudas a cerca de lo que no debe ser la finalidad de un recurso administrativo en el ámbito de las evaluaciones, así el artículo 35 del **REJCS** especifica:

La revisión debe entenderse como un procedimiento tendiente a esclarecer las dudas que puedan acerca de la calificación asignada.

La revisión no debe concebirse como la realización de una prueba más, sino como el proceso mediante el cual, se detectan, tanto las deficiencias del docente al calificar, como las del estudiante al resolver la prueba.⁵³⁹

Por todo lo anterior se concluye que el objeto de los recursos administrativos en el ámbito del sistema de evaluación tiene como objeto revocar o confirmar una calificación que:

- a. No se le haya dado ninguna ponderación, es decir cero punto cero (0.0);
- b. Que se le otorgue un porcentaje mayor de la nota originalmente asignada de (3.0 a 4.0 por ejemplo;
- c. Subsanan las omisiones de ponderación de las notas; (no haber calificado un ítem)
- d. Rectificar sumas aritméticas en congruencia la ponderación de los ítems.

6.3.7 Naturaleza jurídica de la calificaciones en el proceso enseñanza aprendizaje. La potestad certificante de la administración pública

La doctrina del Derecho Administrativo define el acto administrativo como “*la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento, o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria*” a la luz de la anterior definición necesario es establecer como hipótesis de trabajo que la calificaciones de notas publicadas son verdaderos actos administrativos los cuales son fiscalizables tanto en sede gubernativa, es decir, por los Jefes o Directores de Escuela o por las Juntas Directivas de la diferentes Facultades de la UES, —en

⁵³⁹ Este artículo se encuentra deroga en su último inciso pues de conformidad con el artículo 2º del RADAUES solo es posible confirmar o aumentar la nota y no se puede disminuir. Es lo que se conoce como la prohibición de la *reformatio in peius*.

adelante J,D—, así como en sede judicial, con el matiz que desarrollaremos en el acápite de la potestad técnica.

Esta afirmación la comprobaremos al realizar un examen de la correspondiente potestad administrativa que desarrolla o despliega los funcionarios arriba mencionados. Efectivamente, dentro de las potestades administrativas que posee UES se encuentra la potestad certificante y es desarrollada por diferentes funcionarios académicos y administrativos. A través de ésta la administración hace saber al estudiante la obtención de una calidad, a saber: la de aprobación de las correspondientes evaluaciones. Es necesario manifestar que por regla general el número de evaluaciones en el ciclo académico no es uniforme en toda la UES, siendo el caso que en algunas Facultades habrán cinco y en otras tres. Ahora bien tomando como base la definición proporcionado por el profesor **GARCÍA de ENTERRIA** se entiende que la publicación de las notas es una declaración de juicio de la administración publicación en ejercicio de la potestad certificante.

En consecuencia, como un autentico acto administrativo que es producido se encuentra en la posibilidad de ser enjuiciado en su legalidad. Esta posibilidad de controvertir la legalidad de las notas asignadas en las correspondientes evaluaciones esta reconocido por una norma con rango de ley opera aquí pues el concepto de reserva de ley en sentido formal o congelamiento de rango. Es decir, que una que regule una situación determinada no puede ser contrariado sino es por una norma con el mismo rango de la misma competencia normativa. Ese poder jurídico de los estudiantes tiene un nombre específico: el poder impugnativo; y se encuentra regulado en el artículo 61 de la LOUES que expresa literalmente lo siguiente:

“De las Resoluciones emanadas de los órganos y funcionarios universitarios, podrán interponerse los recursos a que hubiere lugar, en la forma y dentro de los plazos establecidos en el régimen legal de la Universidad. La impugnación de los actos administrativos y resoluciones de los órganos y funcionarios de la **UES**, sólo podrán incoarse judicialmente una vez agotados los recursos establecidos internamente y de conformidad con las demás Leyes de la República”

Es decir que las resoluciones de los Jefes de Departamento o Directores de Escuela; J.D y C.S.U emitan en ejercicio y prestación del servicio público de educación superior y que se concretiza a través de los distintos procesos académicos pueden ser impugnadas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ***pero siempre respetando la discrecionalidad técnica del máximo ente de las facultades***. Se tiene entonces que habrá que hacer una labor de integración de las normas jurídicas para poder establecer cuales son esos recursos establecidos en la diversidad de reglamentos de ejecución que están vigentes de la UES. Pero esa labor de integración no es nada fácil, aún para los juristas, pues existen una serie de reglamentos de carácter específicos que están en clara contradicción con reglamentos generales de aplicación especial dado el carácter estatutario de estos últimos.

En la practica esto se traduce a que los aplicadores de esas normas jurídicas lo hagan de una forma defectuosa pues debiendo aplicar la correcta aplican la incorrecta. Esto redundo en el menoscabo del poder impugnativo del sector estudiantil y en una actuación ilegal. Esta confusión del sistema de normas jurídicas en la UES se puede resolver aplicando los criterios de la técnica jurídica. Pero aplicar esta ultima supone conocer, minimamente el sistema de fuentes de derecho en el Derecho Administrativo, en nuestro ordenamiento jurídico para buscar en ella los derechos subjetivos y deberes que son de aplicación en el sistema de recursos administrativos de la UES.

CAPITULO 7

7.1 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La implementación de la tutela anticipada en el derecho comparado, especialmente el modelo del Derecho Comunitario Europeo y el sudamericano así como la confrontación de esa teoría con la jurisprudencia salvadoreña, permiten concluir.

1ª La índole del derecho subjetivo que se debate en el proceso requiere la temprana intervención del juez por medio de las formas procesales todo para hacer que el derecho de acceso a la jurisdicción sea efectivo. Para no volver ilusorio la sentencia definitiva.

2ª La efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción se manifiesta de diversas formas; entre las cuales, se encuentran las medidas cautelares, pero también otras especies urgentes como la tutela anticipada.

3ª Como dijo Marinoni, la tutela anticipada no viola el debido proceso, pues es una técnica de distribución de la carga del proceso entre las partes en la no hay definitividad sino satisfactividad.

4ª Los diversos órdenes jurisdiccionales, como el de familia, constitucional y administrativo han aplicado alguna vez la medida innovativa y la tutela anticipada aunque bajo el ropaje de medidas de protección, suspensión de acto reclamado y suspensión de los efectos de acto administrativo impugnado, respectivamente. Confundiendo tutela cautelar con tutela anticipada.

5ª De todos los ordenes jurisdiccionales, el de familia destaca entre todos, pues aparte de poseer la normativa procesal más moderna en el país, los jueces familia, han interpretado en función del principio de efectividad el

proceso como instrumento de tutela de derechos. Los cuales los convierten en jueces con responsabilidad social.

6ª El artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es inconstitucional al limitar la tutela cautelar a solo los mandatos judiciales de contenido positivo. Y no posibilitar otros proveimientos de urgencia como la tutela anticipada.

7ª La jurisdicción contenciosa administrativa a través de los casos Acosta Espinoza I y Superintendencia de Competencia contra SHELL ha aplicado la tutela anticipada bajo el velo de suspensión del acto impugnado.

8ª La jurisdicción constitucional a través del caso Acosta Espinoza III también ha decepcionado la tutela cautelar.

9ª La doctrina procesal clásica administrativa confunde tutela cautelar con tutela anticipada a través de la conceptualización de la medida cautelar positiva.

10ª El fundamento constitucional de la tutela anticipada en el sistema normativo salvadoreño se encuentra en el artículo 182 atribución 5.

11ª La tutela anticipada es aplicable al procedimiento administrativo

12ª Cuando se otorga una tutela anticipada en el derecho administrativo la responsabilidad patrimonial de la administración pública es inexistente.

Por todo anterior es necesario recomendar a todos los operadores del sistema normativo salvadoreño. En especial:

A la honorable Asamblea Legislativa a través de los distintos grupos parlamentarios lo siguiente:

1ª Aplicar una reforma parcial y urgente al proceso en el sistema normativo salvadoreño que sea aplicable a todas las jurisdicciones o

incorporar al anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, actualmente en discusión, la tutela anticipada que tenga como punto teórico de partida las experiencias de Brasil, Argentina, y del derecho comunitario europeo.

2ª Aplicar una total reforma a la preconstitucional Ley de la Jurisdicción contenciosa-Administrativa de 1978 que regule la tutela cautelar y la tutela anticipada en los parámetros de la recomendación del párrafo anterior

A la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo

3ª Aplicar con su "*nomen iuris*" la tutela anticipada y tutela preventiva en aplicación de la efectividad de la jurisdicción; para evitar cavilaciones innecesarias entre los litigantes.

4ª Como hace siete años hiciera el doctor Gamero Casado, es necesario aplicar 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.

A las distintas instituciones de educación superior del país y en especial a la Universidad de El Salvador

5ª Incorporar al plan de estudios de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas 2007 el estudio de la tutela anticipada en los contenidos programáticos de los cursos especializados del quinto año de la carrera. Teniendo como base teórica los modelos brasileño y argentino.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALTHUSSER, Louis, *ra leer el capital*, Siglo XXI editores, S/A.

ARAZI, Roland, KAMINKER Mario, *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata*, En *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002

AIRASCA, Ivana Maria, *Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa*, En *Medida Innovativa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

AYALA, José Maria *Et Al. Manual de justicia administrativa*. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 2003.

BACARAT, Edgar, J, *Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro*, En *medida innovativa. En Medida Innovativa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

BARBOSA, Moreira, José Carlos, *La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña*, En *Medida Autosatisfactiva*, Director Jorge, W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

BURGOA; Ignacio, *El juicio de Amparo*, 3ª ed. Porrúa, Méjico, 1950, 944 Págs.

BERTRAND Galindo, *et al, Manual de Derecho Constitucional*, 3ª Ed. T.II Centro de Información Jurídica, Ministerio De Justicia, San Salvador, El Salvador, 1999.

BLANQUER, David, *Hechos, Ficciones, Pruebas y Presunciones en el Derecho Administrativo "Taking Facts Seriously"*, Tirant lo blanch, (Monografías) Valencia, 2006.

CALDERÓN Cuadrado, María Pía, *Las medidas cautelares innominadas, En las medidas cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial. España.

CARBONE, Carlos Alberto, *Esquicio diferenciador entre la medida cautelar innovativa y el Despacho Interino de Fondo*, en *Medida Innovativa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

—*La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatorio y de los procesos urgentes*, en *Sentencia Anticipada (Despachos Interinos de Fondo)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000

—*Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: Sentencia Anticipada y Autosatisfactiva*. En *Abuso Procesal*, Director Jorge Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

CARMONA, Francisco, *Temas de Derecho Administrativo*, Consejo Nacional de la Judicatura, 2005.

—Modulo instruccional de derecho administrativo (Medidas cautelares Principio “pro actione” en relación con los requisitos de admisibilidad de la demanda Causas de nulidad de pleno derecho) San Salvador. 23 – 27 de febrero de 2004. S.A

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Prologo de Eduardo J. Couture), El foro, Buenos Aires, 1996, 232 Págs.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, T I, Pág. 43-47, Buenos Aires, Argentina.

CAVA, Claudia Alejandra y EGUREN, María Carolina, *Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la orbita de los procesos urgentes*, en *Sentencia Anticipada, (Despachos Interinos de Fondo)*, Director Jorge, W, Peyrano, Coordinador Carlos, A, Carbone, Director Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

CHINCHILLA Marín, Carmen, *La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

DUTTO, J, Ricardo, *La medida autosatisfactiva en el proceso de familia. En Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

FERNÁNDEZ Torres, Juan Ramón, *Jurisdicción Administrativa revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón (teoría del galantismo penal)*, prólogo de Norberto Bobbio, 2ª Ed. Trotta, Madrid.1997

GARCÍA de Enterría Eduardo y Ramón Fernández Tomas, *Curso de Derecho Administrativo*. T. I 8ª edición. Civitas. Madrid, 1997

GARCÍA de Enterría Eduardo *La Batalla por las medidas cautelares*, 3ª Ed, Civitas, Madrid, 2004.

—*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Civitas, Madrid, 2001.

—*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*Revista Justicia de Paz, Nº 9, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Año IV, Vol. II, Mayo-Agosto, 2001.

GARRIDO Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, V.II, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1979.

GARDELLA, Luís Luciano, *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Tramite. Recursos. En Medida Autosatisfactiva*, Director Jorge W, Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

GAMERO Casado Eduardo *La jurisdicción contenciosa administrativo y el acto administrativo*. Monografías. Publicaciones del Consejo Nacional de la Judicatura. 2001.

—*Temas de Derecho Administrativo II*, (La jurisdicción Contenciosa Administrativa. San Salvador, Publicaciones del Consejo Nacional de la Judicatura 2004.

GIMENO Sendra, Vicente, *et al*, *Derecho Procesal Administrativo*. Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.

KEMELMAJER de Carlucci, Aída, *La medida autosatisfactiva: instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar*, *En Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002

MARINONI, Luiz Guilherme, *Anticipação da Tutela*, 9ª ed. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. (Existe edición en español bajo el título: Tutela Anticipada, editorial ARA, LIMA, Perú, 2007)

—*Tutela Inibitória (Individual e coletiva)* 3ª ed. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 2006

—*El proceso civil clásico y la noción del derecho a la tutela adecuada al derecho material y la realidad social.*

—*La afectividad de los derechos y la necesidad de nuevo proceso civil*

—*Convicción y justificación frente a la tutela anticipada.*

—*El derecho a la tutela judicial efectiva en la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales.*

—*El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales.* Disponibles en www.professormarinoni.com.br

MANTILLA, Pineda, Benigno, *Filosofía del Derecho*, Temis, Santa Fe de Bogota,

MORELLO, Augusto M, *Anticipación de la tutela*, platense, La Plata, Argentina, 1996.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *globalización, Estado y Derecho*. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Civitas. Thomson. Madrid. 2004.

SANTAMARÍA Pastor Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. 4ª Ed, 2002, Madrid, 2002.

PEYRANO Jorge W. y EGUREN María C, *La batalla por la entronización legal de la medida Autosatisfactiva*. Disponible en www.lexisnexus.com.ar

PEYRANO, Jorge Walter, *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil, En Sentencia Anticipada* (Despachos Interinos de Fondo), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, 845 Págs.

—*Aspectos Concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema. En Sentencia Anticipada* (Despachos Interinos de Fondo), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2000

—*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

Pasado y presente de la medida cautelar innovativa en Medida Innovativa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

—*La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, en Medida Innovativa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes, En Medida Innovativa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

—*La medida cautelar innovativa: una realidad una esperanza*, En Medida Innovativa, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2003.

—*Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. En Medida Autosatisfactiva*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

PADRÓS, Ramiro Simón, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Lexis Neris, Buenos Aires, Argentina, 2004.

PROTO Pisani, Andrea, *Las tendencias actuales del derecho procesal civil en Italia*, Soberanes Fernández, José Luís Compilador, 2ª Ed. UNAM, Méjico,

QUINTERO Beatriz, PRIETO Eugenio, *Teoría General del Proceso*, 3ª Ed. Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 2000.

RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho*, 2ª Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

SANTAMARIA, Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª, V.II Centro De Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

VARGAS, Abraham Luís, *Teoría General de los Procesos Urgentes*, en *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

WHITE Inés Lépori, *La pretensión innovativa a la luz del principio iura novit curia*. En *Medida Innovativa*, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Edgar J. Bacarat, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2003.

TESIS

LEGILACION

Constitución de la República. Decreto Constituyente 38

Código de procedimientos Civiles. Decreto Ejecutivo S/N

Código Electoral. Decreto legislativo 417

Convención sobre Derechos del Niño. Decreto legislativo 487

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Decreto legislativo 81.
 Ley de Servicio Civil. Decreto Ley 507
 Ley de la Carrera Policial. Decreto legislativo 773
 Ley de la Carrera Administrativa Municipal. Decreto legislativo 1039
 Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no
 Comprendidos en la Carrera Administrativa. Decreto Legislativo 459.
 Ley de Ética Gubernamental. Decreto Legislativo 1038
 Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Republica. Decreto Legislativo 1037
 Ley de Competencia. Decreto legislativo 528
Ley de Propiedad Intelectual. Decreto legislativo 604
 Ley de Protección al Consumidor. Decreto legislativo 776
 Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador. Decreto legislativo 597.
 Reglamento General de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador.
 ACUERDO No. 70/99-2001 (VI)
 Reglamento de la Administración Académica de la Universidad de El Salvador.
 ACUERDO S/N.
 Reglamento de Evaluación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
 ACUERDO N°. 77-95-99 (VII-5-2) de C.S.U.
 Reglamento de Evaluación de la Facultad de Odontología de la Universidad de El
 Salvador. ACUERDO N° 32/2003-2005 (VIII)

REVISTAS

Derecho Constitucional Numero 53. Centro de Documentación Judicial, Corte
 Suprema de Justicia. San salvador. El Salvador (Tomo II. Octubre –diciembre. 2004)

Revista Derecho. *Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad
 de El Salvador, Época VI-año 2006.numero 1.*

Revista de Processo. Repro 148. año 32. junio.2007. Editora Revista Dos Tribunais.
 Publicación oficial del Instituto Brasileño de Derecho Procesal.

Revista Justicia de Paz, Nº 9, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Año IV, Vol. II, mayo-agosto, 2001. Pág. 25

BOLETINES LEGALES DE FUSADES. *Sobre la Desnaturalización de la Suspensión del Acto Reclamado*. Disponible en: <http://www.fusades.org.sv>

Índice Complementario

A. Jurisprudencia Salvadoreña

SALA DE LO CONSTITUCIONAL

Amparo

- Sentencia de fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro. **Ref.9-2003.**
- Sentencia de fecha cinco de febrero de dos mil dos.
- Sentencia de fecha cuatro de abril de dos mil uno. **Ref. 348-99.**
- Sentencia de nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 384-97.**
- Sentencia de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dos. **Ref. 100-2001**
- Sentencia de fecha ocho de junio de dos mil. **Ref. 38-97**
- Sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dos. **Ref. 737-2002**
- Sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil dos. **Ref. 523-2000.**
- Sentencia de fecha día veintiséis de junio de dos mil tres. **Ref. 242-2001.**
- Sentencia de fecha doce de marzo de dos mil tres. **Ref. 245-2002.**
- Sentencia de fecha ocho de noviembre de dos mil dos. **Ref. 332-2000.**
- Sentencia definitiva de fecha catorce de marzo de dos mil dos. **Ref.356-2000.**
- Sentencia de fecha veintiocho de octubre de dos mil tres. **Ref. 738-2002.**
- Sentencia de fecha día veintidós de marzo de dos mil dos. **Ref. 58-2001.**
- Sentencia de fecha de nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 337-97.**
- Sentencia de fecha catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 156-98.**
- Sentencia de fecha catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 108-98.**
- Sentencia de fecha veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 42-M-9542-M-95.**
- Sentencia de fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 5-R-95.**
- Sentencia de fecha veintidós de febrero de dos mil cinco. **Ref. 282-2004.**
- Sentencia de fecha veintidós de junio de dos mil cinco. **Ref. 523-2004.**
- Sentencia de fecha uno de junio de dos mil cinco. **Ref. 204-2004.**
- Sentencia de fecha catorce de abril de dos mil cinco. **Ref. 140-2004.**
- Sentencia de fecha veintidós de marzo de dos mil dos. **Ref. 58-2001 .**
- Sentencia de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y ocho. **Ref. 46-97.**
- Sentencia de fecha veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 42-M-95**
- Sentencia de fecha veintidós de agosto de dos mil. **Ref. 868-99.**
- Sentencia de fecha dieciocho de noviembre de dos mil tres. **Ref. 1247-2002.**
- Sentencia dieciocho de noviembre de dos mil tres. **Ref. 1223-2002.**

Sentencia del día cinco de enero de dos mil cuatro. **Ref. 1182-2002.**
 Sentencia del día once de diciembre de dos mil tres. **Ref. 1180-2002.**
 Sentencia del día veinticuatro de noviembre de dos mil tres. **Ref. 1090-2002.**
 Sentencia del día veinticuatro de octubre de dos mil tres. **Ref. 1028-2002.**
 Sentencia del día once de diciembre de dos mil tres. **Ref. 778-2002.**
 Sentencia del día dieciséis de diciembre de dos mil dos. **Ref. 720-2001.**
 Sentencia día cinco de diciembre de dos mil tres. **Ref. 714-2002**
 Sentencia del día doce de noviembre de dos mil dos. **Ref. 689-2001.**
 Sentencia del día veintidós de septiembre de dos mil cuatro. **Ref. 685-2003.**
 Sentencia del día quince de octubre de dos mil dos. **Ref. 663-2001.**
 Sentencia del día once de junio de dos mil dos. **Ref. 592-2001.**
 Sentencia día veintidós de mayo de dos mil tres. **Ref. 591-2002.**
 Sentencia del día veintitrés de junio de dos mil tres. **Ref. 575-2002.**
 Sentencia del día dieciocho de diciembre de dos mil uno. **Ref. 510-2000.**
 Sentencia día veintidós de enero de dos mil dos. **Ref. 505-2000.**
 Sentencia del día veintitrés de enero de dos mil dos. **Ref. 501-2000**
 Sentencia día veinticinco de junio de dos mil dos. **Ref. 489-2001.**
 Sentencia del día doce de noviembre de dos mil uno. **Ref. 476-2000.**
 Sentencia del día seis de junio de dos mil cinco. **Ref. 457-2004.**
 Sentencia del día veintiséis de noviembre de dos mil uno. **Ref. 429-2000.**
 Sentencia del día ocho de julio de dos mil dos. **Ref. 425-2001.**
 Sentencia del día veintiocho de junio de dos mil cinco. **Ref. 403-2004.**
 Sentencia del día veinticuatro de enero de dos mil dos. **Ref. 383-2000.**
 Sentencia del día veintitrés de enero de dos mil dos. **Ref. 357-2000.**
 Sentencia del día veintidós de enero de dos mil dos. **Ref. 320-2000.**
 Sentencia del día dieciocho de diciembre de dos mil uno. **Ref. 319-2000.**
 Sentencia del día doce de febrero de dos mil dos. **Ref. 300-2000.**
 Sentencia del día catorce de febrero de dos mil cinco. **Ref. 286-2004.**
 Sentencia del día diecisiete de febrero de dos mil cinco. **Ref. 283-2004.**
 Sentencia del día veintinueve de noviembre de dos mil uno. **Ref. 255-2000.**
 Sentencia del día veintidós de febrero de dos mil dos. **Ref. 217-2000.**
 Sentencia del día catorce de mayo de dos mil dos. **Ref. 145-2001.**
 Sentencia del día seis de febrero de dos mil cuatro. **Ref. 135-2003.**
 Sentencia del día veintidós de marzo de dos mil dos. **Ref. 106-2001.**
 Sentencia del día uno de marzo de dos mil cuatro. **Ref. 1317-2002.**

Habeas Corpus

Sentencia de fecha quince de mayo de dos mil dos. **Ref. 123-2001R.**
 Sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dos. **Ref. 174-2002**
 Sentencia de fecha veintiuno de octubre de dos mil dos. **Ref. 100.2002.**
 Sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho. **Ref. 327-98**
 Sentencia de fecha veinte de marzo de dos mil dos. **Ref. 379-2000.**
 Sentencia de fecha veintiséis de agosto de dos mil dos. **Ref. 112-2002.**
 Sentencia de fecha doce de junio de mil novecientos noventa y ocho. **Ref.11-98.**
 Sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil dos. **Ref.296-2000.**
 Sentencia de fecha dieciséis de enero de dos mil cuatro. **Ref.3-2003.**
 Sentencia de fecha dieciocho de mayo del año dos mil. **Ref.131-2000.**
 Sentencia de fecha veinticinco de abril de dos mil. **Ref. 108-2000.**
 Sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil tres. **Ref. 111-2003R.**

Inconstitucionalidad

Sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil uno. **Ref.8-97.**
 Sentencia de fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro. **Ref. 9-2003.**
 Sentencia de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete. **Ref 15-96 y Ac.**
 Sentencia de fecha diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis. **Ref. 1-92.**
 Sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil uno. **Ref. 8-97/15-97.**
 Sentencia definitiva de fecha veintiocho de mayo de dos mil uno. **Ref. 14-1999.**
 Sentencia de fecha diez de junio de dos mil dos. **Ref. 12-99.**
 Sentencia definitiva de la SC de fecha trece de noviembre de dos mil uno. **Ref. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001.**
 Sentencia de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 5-1999.**
 Sentencia de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 6-95.**

Sentencias Interlocutorias

Auto de fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 19-G-94.**
 Auto fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 337-99.**

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sentencia de fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 24-L-96.**
 Sentencia de fecha quince de diciembre de dos mil cuatro. **Ref.285-A-03.**
 Sentencia de fecha veinticinco de mayo del año dos mil cuatro. **Ref. 80-E-2002.**
 Sentencia de fecha tres de marzo del año dos mil cuatro. **Ref. 141-G-2002.**
 Sentencia de fecha veinticinco de mayo del año dos mil cuatro. **Ref. 82-E-2002.**
 Sentencia de fecha siete de febrero del año dos mil uno. **Ref. 90-G-99.**
 Sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil cinco. **Ref. 203-R-2002.**
 Sentencia de fecha veintiséis de agosto de dos mil tres. **Ref. 158-R-2001.**
 Sentencia de fecha dieciséis de octubre del año dos mil uno. **Ref. 174-C-2000.**
 Sentencia de fecha veintidós de junio de mil novecientos noventa. **Referencia 22/5/1990.**
 Sentencia de fecha veinticinco de mayo del año dos mil cuatro. **Ref. 80-E-2002.**
 Sentencia de fecha veinticinco de abril de dos mil cinco. **Ref. 23-J-2003.**
 Sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil cinco. **Ref. 203-R-2002.**
 Sentencia de fecha veinte de noviembre del año dos mil dos. **Ref. 203-R-2002.**
 Sentencia de fecha catorce de julio de dos mil tres. **Ref. 202-C-2001.**
 Sentencia de fecha veintiocho de mayo del año dos mil dos. **Ref.186-M-2000.**
 Sentencia de fecha diecinueve de noviembre de dos mil cuatro. **Ref. 126-G-02**
 Sentencia de fecha veinticinco de mayo del año dos mil cuatro. **Ref 82-E-2002.**
 Sentencia de fecha diecinueve de mayo de dos mil cuatro. **Ref. 65-0-2004**
 Sentencia de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y ocho. **Ref. 81-R-96.**
 Sentencia de fecha catorce de enero del año dos mil cuatro **Ref. 81-E-2002.**
 Sentencia de fecha veintisiete de mayo de dos mil cuatro. **Ref. 103-R-99.**
 Sentencia de fecha treinta de agosto del año dos mil dos. **Ref. 130-R-2000.**
 Sentencia de fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres. **Ref. 22/V/1990.**
 Sentencia de fecha ocho de julio de dos mil cinco. **Ref. 361-C-2004.**

Sentencias Interlocutorias

Auto fecha nueve de octubre de dos mil seis

Auto de fecha ocho de enero de dos mil siete. **Ref. 223-2006.**
 Auto fecha ocho de marzo de dos mil cuatro. **Ref. 295-A-2004.**
 Auto de fecha nueve de febrero de dos mil siete. **Ref. 301-2006.**
 Auto de fecha veintisiete de julio de dos mil cinco. **Ref. 112-2005;**
 Auto de fecha ocho de julio de dos mil cinco. **Ref. 361-2004.**
 Auto de fecha tres de mayo de dos mil cinco. **Ref. 365-C-2004.**
 Auto de fecha once de enero de dos mil siete. **Ref. 254-2006.**

Familia

Sentencia de apelación de las quince horas con diez minutos del día cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y siete. **Ref. 70-97**
 Sentencia de apelación del día siete de enero de dos mil cinco. **Ref. 13-A-2004.**
 Sentencia de Apelación del día seis de marzo de dos mil dos. **Ref. CF01 127-A-2001.**
 Sentencia de apelación del día dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve. **Ref. 57-A-99.**
 Sentencia de apelación del día uno de marzo de dos mil uno. **Ref.CF01-11-IH-2000.**
 Sentencia de apelación del día seis de marzo de dos mil dos. **Ref. 01 127-A-2001.**
 Sentencia de apelación de las catorce horas del día veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco. **Ref.3-95.**
 Sentencia de apelación del día doce de diciembre de dos mil cinco. **Ref.: 142-A-2004.**
 Sentencia de apelación del día veintitrés de octubre de dos mil tres. **Ref. 115-A-2002.**
 Sentencia de apelación del día quince de octubre de dos mil tres, **Ref. 112-A-2002.**
 Sentencia de apelación del día treinta de octubre de dos mil tres. **Ref. 142-A-2003.**

Penal

Juzgado Cuarto de Instrucción Caso Acosta Espinoza II. **Ref.182-2006-11.**

Jurisprudencia Comparada

Tribunal Constitucional Español

Sentencia número **238-1992.**
 Sentencia número **14 de 1992**
 Auto de fecha 29/3/1990

Tribunal Supremo Español

Auto de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa. Sala 3ª, Sección 5ª.
 Auto de fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventa. Sala 3ª, Sección 5ª.
 Auto de fecha treinta y uno mayo de mil novecientos noventa y seis. .
 Sentencia de fecha veintitrés de julio de dos mil tres.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Camacho Acosta vrs. Grafi Graf SRL de fecha siete de agosto de mil novecientos noventa y siete

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Sentencia de fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa. Caso Fator t a m e I.

Sentencia de fecha quince de mayo de dos mil tres. Caso Comisión vrs. España. C-214/00

Reseña jurisprudencial sobre la tutela satisfactiva autónoma, tutela satisfactiva interinal (Tutela Anticipada)

1. Caracterización. Naturaleza jurídica. Tutela Anticipada

“También es potestad del Juez de Familia, decidir sobre la guarda de los menores, que como medida de protección, lo que constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional, mientras se da curso al proceso para dilucidar en definitiva, con la prueba que aún de oficio practique el Juez para determinar si existe el daño que se trata de precaver cuya causa mediata deberá reconocerse con el aporte de esas probanzas, que en el momento oportuno, o sea en las audiencias comunes, preliminar o de sentencia previstas en el proceso por audiencias orales que establece nuestro sistema de justicia de familia.”

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco. Ref. 3-95

2. Presupuestos procesales

Jurídicamente, su concesión provisional está habilitada con fundamento en los Arts. 3 letra g), 6 letra d), 75, 76, 77, 80, 124 letra c) y 139 letra a), todos referentes a las medidas cautelares, que como se sabe y así lo ha sostenido esta Cámara en reiterada jurisprudencia, su concesión únicamente requiere: a) La demostración de un grado más o menos variable de "verosimilitud" del derecho invocado o "humo del buen derecho" (*fumus boni iuris*) y b) El peligro en la demora (*periculum in mora*), que eventualmente puede aparejar el devenir de la instancia hasta el dictado de la sentencia. Recuérdese además que tales medidas son esencialmente provisionales, de modo que, reexaminadas que sean las circunstancias del caso, nada impide enmendar, modificar y aún revocar lo que fuere necesario y resultare justo y apegado a derecho.

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día veinticuatro de mayo de dos mil uno. Ref 4-A-2001

2.1 Presupuesto. *Periculum in mora*

En la apreciación del segundo presupuesto de las medidas cautelares -peligro en la demora-, la jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que debe considerarse la "Teoría del balance de probabilidades", la cual atiende a la probabilidad de riesgo que tiene la persona afectada de sufrir nuevos actos de violencia en su contra (Kemelmajer de Carlucci, Aída. "La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar", Pág. 55). Sobre este punto, hay que tomar en cuenta que el cuidado personal de los niños ----- fue otorgado provisionalmente a la madre, ello supone que a fin de que el padre se relacione con sus hijos, los niños serán recogidos en la casa de la madre o serán llevados a la vivienda del padre. Dichas situaciones pueden propiciar el encuentro de las señoras ----- y -----; por tanto, con la finalidad de evitar que se produzcan hechos de violencia, la adopción de las medidas de protección era procedente.

Cámara de Familia de la Sección del Centro día veintitrés de octubre de dos mil tres. Ref. 115-A-2002

2.2 Presupuestos. *Periculum in damni*

Según la doctrina, el fundamento de la medida cautelar es el llamado "PERICULUM IN MORA", es decir, el peligro que acarrea la demora en los procesos en que la sentencia que se dicte pueda quedar sin efectividad, toda vez que las partes o los litigantes pueden maquinarse actividades que los lleven a sustraerse de la obligación de su cumplimiento; se fundamenta también en que a causa de la inminencia del peligro, la medida cautelar tenga carácter de urgente, en cuanto sea de prever, que si la misma se demorase el daño temido se transformará en daño efectivo o se agrava el daño ya ocurrido. Ese peligro de daño, llamado *Periculum in damni*, es decir que por el paso del tiempo lo que se corre es el peligro de daño inmediato, una vez sea demandado en el proceso, por ejemplo, en la imposibilidad de uno de los cónyuges de asistir normalmente al proceso, por los maltratos que pueda ocasionarle el otro cónyuge, una vez se entere de la demanda.

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día doce de agosto de mil novecientos noventa y siete. Ref. 38-97; Ref. 35-A-2002

2.3. Presupuesto. Tutela preventiva. Interés difuso. Irreparabilidad del bien jurídico

El tercer requisito hace referencia a que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. Respecto de ello, en el caso que se analiza, la lógica opera en sentido adverso, en la medida que resulta clara la existencia de un interés por la protección, conservación, y mejoramiento del ambiente, como un interés difuso en la sociedad salvadoreña, representado en asociaciones como las peticionarias, en caso de no suspenderse la ejecución del permiso ambiental impugnado, se produciría una afectación irreversible a los componentes ambientales que mencionan dichos entes en la demanda. De manera que ningún momento opera el supuesto de que la materialización de la medida cautelar produce afectación a un interés social. En definitiva, procede adoptar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, pues dicha solicitud ha cumplido con los tres presupuestos antes analizados.

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha veinte de agosto de dos mil siete. Ref. 253-2006

5. Tipo de convicción del juez para despacharlas

Además, la doctrina coincide en que, por su naturaleza, las medidas cautelares no requieren de una prueba acabada o robusta para ser acogidas, sino que basta que liminarmente surja la verosimilitud en el derecho y la urgencia para que el Juez adopte las decisiones del caso. Situaciones anteriores que están suficientemente acreditadas en el sub lite. Véase que a fs. 6 de la pieza principal está agregada la certificación de la partida de nacimiento de la menor *****, con la cual se acredita el vínculo filial entre ella y su padre señor *****, de donde deriva la obligación alimentaria. La necesidad de aquella ha sido corroborada, al menos preliminarmente por la trabajadora social según consta a fs. 17/22 de la pieza principal. En el mismo estudio también se ha indagado sobre la capacidad económica del obligado; por tanto, en nuestro decisorio confirmaremos la concesión de la medida cautelar que establece los alimentos provisionales a favor de la menor *****, con la modificación pertinente.

Cámara de Familia de la Sección del Centro día veinticuatro de mayo de dos mil uno. Ref 4-A-2001

6. Naturaleza jurídica de la tutela satisfactiva. Tutela preventiva de los bienes jurídicos

Esta Cámara no comparte el criterio de la Jueza a quo de que por no haberse interpuesto la demanda dentro de los diez días, señalados en la resolución de Fs. 16 de la pieza principal, las medidas y el trámite quedaron sin efecto porque tal interpretación dada al precepto que establece dicha caducidad es literalista y formalista pues no tomó en consideración que desde un inicio, en su escrito de fs. 1 a 6 de la pieza principal, el Lic. ***, planteó los hechos y las siguientes disposiciones legales: Arts. 346, 350, 351 números 1, 6, 9 y 10 C.F.; 75 Inc. 2º, 76, 78, 79, 80, 83, 93, 94, y 130 letras a), b), d) y j) L. Pr.F., en que fundaba las pretensiones las cuales fueron: a) La localización y protección de las menores relacionadas, b) El cuidado provisional de las mismas al Sr. c) Que se le imponga al padre afín Sr. ***, la obligación de abstenerse de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio u otro perjuicio físico o psíquico para los menores, d) Al mismo Sr. ***, para que asista a programas educativos o terapéuticos relacionados con el trato a las menores, y e) Que se establezca obligación alimentaria a la Sra. ***. Más adelante a fs. 14 de la pieza principal, el Lic. ***, alegó como hecho nuevo, el obstáculo que la Sra. ***, ejerce para cumplir con el régimen de visitas establecido por la Jueza Segundo de Familia de esta ciudad, ver acta notarial a fs. 15 de la pieza principal. De ello se infiere que algunas pretensiones son de naturaleza cautelar y otras como la protección integral y respeto de los derechos de las niñas, son pretensiones objeto de un proceso contencioso que puede concluir con la concesión del cuidado personal de las menores al padre que mejor garantice el interés superior de las niñas o el sometimiento de los padres a terapia psicológica o educativa, porque lo que se alega es la violación de determinados derechos a las menores, por lo que la intervención jurisdiccional no puede limitarse a la toma de unas simples medidas provisionales que impidan el acceso a la verdadera justicia de los niños.

Cámara de Familia de la Sección del Centro: día doce de junio de mil novecientos noventa y ocho. Ref. 39-98B

7. Fundamento legal utilizado para despachar la tutela satisfactiva autónoma

Como podemos observar, se trata de una interlocutoria que deniega la promoción de un incidente, tendiente a hacer cesar una medida cautelar. Esta Cámara sostiene que con base en el Art. 76 L. Pr. F., los Jueces de Familia tienen la potestad jurídica para decretar las medidas cautelares, incluidas las de protección personal, establecidas en las leyes, es decir, en todo el sistema jurídico salvadoreño y las que por analogía juzgue necesarias para la protección de los miembros de la familia o para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta. Cabe aclarar, que tales medidas tienen carácter provisorio y su confirmación en la sentencia definitiva dependerá de las pruebas que se presenten, por ello se dictan sin la audiencia de la otra parte y ninguna petición o incidente planteado por el afectado impedirá su cumplimiento, de conformidad al Art. 80 L. Pr. F. que expresamente señala que la medida cautelar se decretará con la sola petición del interesado, sin notificación o audiencia previa a la contraparte. También los Jueces de Familia están facultados para establecer el alcance de las medidas cautelares, inclusive las de protección y pueden disponer su modificación, sustitución o cesación, en cualquier estado del proceso.

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día quince de abril de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 29-A-99

8. Distinción entre medida cautelar y medida de protección. Criterio del bien jurídico tutelado

Ante tal razonamiento es válido preguntarse ¿ Qué diferencia sustancial existe entre la "medida cautelar" que permite al Juez "disponer que uno de los cónyuges, ambos o un tercero se encarguen del cuidado de los hijos..." (Art. 124 letra b) L. Pr. F.): y la "medida de protección" que "confía provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges a ambos o a un tercero (Art. 130 letra b) L. Pr. F.) ?; ¿Admite apelación la primera medida y la segunda medida es inapelable?.

Sobre las medidas cautelares, Jorge L. Kielmanovick en su obra "*Procesos de Familia*" (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 34) dice que éstas pueden clasificarse en dos grandes grupos, según su finalidad:

1. Las que tienen por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes. Siendo ejemplos de dichas medidas la anotación preventiva de la demanda y la prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar, Arts. 124 letra d) y 130 letra g) L. Pr. F.
2. Las que tienen por objeto la tutela de la integridad física o moral de las personas y la satisfacción de sus necesidades urgentes. Ejemplos de tales medidas son las ordenes de abstención de todo acto que perjudique física o psicológicamente a una persona, la prohibición de visitar determinados lugares, como la vivienda y lugar de trabajo de la parte denunciante, y las cuotas alimenticias provisionales; Arts. 124 letra c) y 130 letras a) y f) L. Pr. F.

Confrontando la doctrina sobre medidas cautelares y lo prescrito en los Arts. 124 y 130 L. Pr. F., concluimos que ambas disposiciones legales contienen medidas cautelares, tanto de carácter personal como patrimonial; aunque usualmente la denominación "medidas de protección" se utiliza en referencia a las medidas cautelares sobre las personas, es decir, aquellas que pretenden asegurar la integridad física o moral de los individuos, eso no significa que tales medidas no sean cautelares. Es decir, si atendemos la distinción entre medidas cautelares y de protección conforme a lo expuesto, **lógicamente concluimos que las medidas cautelares constituyen el género y las medidas de protección una especie del mismo.**

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día uno de marzo de dos mil uno. Ref. cf01-11-ih-2000

9. Medidas de protección como tutela satisfactiva provisoria

Esta Cámara en reiteradas ocasiones ha sostenido que las medidas de protección son de naturaleza provisoria y como tales están sujetas a modificaciones posteriores, ya sea a favor o en contra del supuesto agresor. Es importante recalcar que el procedimiento se encuentra en la fase que se refiere al pronunciamiento de las medidas de protección, que está regulado en el Art. 23 L.C.V.I., lo que implica que el Juez *a quo* aún no ha tenido un contacto con las partes, pues no se ha realizado la audiencia preliminar, tal como lo manda el Art. 27 L.C.V.I.

Cámara de Familia de la Sesión del Centro del día veinte de febrero de dos mil uno. Ref. Cf01-128-A-2000

10. Medidas de protección como tutela satisfactiva autónoma

Así las cosas si bien es cierto no podía tramitarse el procedimiento de violencia intrafamiliar por no ser el denunciado de este domicilio; ello no impedía brindar la protección necesaria a la denunciante dictando las medidas de protección correspondientes puesto que ese requisito formal no debe anteponerse a salvaguardar la integridad de las personas, **siendo éste uno de los casos excepcionales en los que procederá el dictado de medidas auto satisfactivas (aisladamente o de forma autónoma)** es decir sin estar vinculado al trámite de un proceso en particular o de una pretensión principal.

Cámara de Familia de la Sección del día doce de diciembre de dos mil cinco. Ref. 142-A-2004.

11. No violación al debido proceso. Contradictorio diferido. Provisionalidad.

IV. Respecto a la ilegitimidad de las medidas precautorias, con fundamento en la supuesta violación al derecho constitucional del debido proceso, por la simple ordenación de las mismas por el *a quo*; es necesario remitirnos a lo resuelto por esta Cámara *in re* G. Z., J. F. conocido por Z. A., J. F. c. A. Z., L. B. s/ modificación de sentencia de 6/10/000, en cuyo antecedente se sostuvo que las medidas cautelares son de naturaleza provisoria; no son determinantes ni absolutas y como tales están sujetas a modificaciones posteriores, ya sea a favor o en contra de algunos de los progenitores; todo dependerá de la profundización de la investigación multidisciplinaria y del debate de las probanzas que se incorporen al proceso. La salvaguarda definitiva del interés superior de la niña, únicamente podrá establecerse una vez se haya sustanciado totalmente el proceso, en el cual ambas partes, de acuerdo a las probanzas aportadas, demuestren su idoneidad y la garantía que ofrecen condiciones ambientales, conductuales, espirituales y económicas necesarias para el normal desarrollo de la personalidad de la niña, siempre y cuando se respeten los criterios para conceder el cuidado personal de la misma a un progenitor determinado. (Art. 209 C. F.)

En tal sentido, de aceptar la tesis que las medidas cautelares deban inaplicarse porque violan el Art. 11 Cn., significaría el derrumbe de la estructura que sostiene el Derecho de Familia en cuanto a la protección de los niños, niñas, adolescentes, mujeres y adultos mayores, cuando son objeto de indiferencia en la prestación de alimentos, vivienda, violencia intrafamiliar, abuso en el ejercicio del derecho de corrección y todas aquellas situaciones que vulneren sus derechos. Según la tesis de la apelante, estas medidas sólo tendrían aplicación si fueran dictadas en sentencia definitiva. Con ese criterio se olvidaría que durante el transcurso del proceso, las víctimas quizá ya hubiesen sufrido daños irreparables, visto frustrados sus derechos o hasta fallecido a consecuencia de hechos ejecutados por los destinatarios de las medidas.

Cámara de Familia de la Sección del Centro día veintidós de mayo de dos mil uno. Ref.32-A-2001

12. Despacho *inaudita et altera parts*

Por otra parte, la doctrina ha reconocido que "El hecho de que la medida autosatisfactiva sea dispuesta sin oír al denunciado no vulnera el principio de bilateralidad del proceso en sí (...) Lo que es importante destacar es que el dictado de la medida autosatisfactiva no significa en ningún caso crear una presunción en contra del agresor. Este tiene derecho a ser oído, al igual que a conocer la prueba producida a fin de impugnarla o ampliarla", (Confrontar

Medina, Graciela. "Visión jurisprudencial de la Violencia Familiar", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 175).

Cámara de Familia de la Sección del Centro, del día treinta de octubre de dos mil tres. Ref. 142-A-2003

13. Justificación de la racionalidad de la revocatoria de la tutela cautelar. Motivación diminuta. Seguridad jurídica

V. Esta Cámara considera que en el presente caso, la Jueza *a quo* no ha motivado ni explicado los artículos sobre los cuales trata de fundamentar la revocación de las medidas cautelares que con anterioridad había decretado, lo cual se convierte en una falta de justificación a la correcta adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis, propios de un estado democrático de derecho que posibilita el real ejercicio del derecho de defensa.

La motivación, para el procesalista JAIME GUASP, tiene la ventaja esencial de satisfacer de modo más completo las aspiraciones de justicia de las partes, a quienes, en todo caso, bien se estimen o se denieguen sus pretensiones, se les dan las razones en que se basa el criterio adoptado y que integran la satisfacción de la pretensión, estimulándose así la preocupación del juez por el fundamento intrínseco de su fallo y permite una evolución consciente de la interpretación jurisprudencial.

Al momento de impartir justicia se vuelve importante la motivación de las sentencias, como lo dice Ignacio Sierra Gil, (Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España), quien en la Revista de Derecho Constitucional de Julio- Septiembre de 1992, dice que: "**La motivación es obligación de todo tribunal de justicia ...**" "**... aparte de cumplir un formalismo normativo, fundamenta y apoya el principio de legalidad; y sobre todo facilita a los interesados los datos, explicaciones y razonamientos necesarios para que el ciudadano pueda conocer el por qué de su pretensión y en todo caso posibilitando un recurso o un remedio procesal.**"

V. Esta Cámara considera que en el presente caso, la Jueza *a quo* no ha motivado ni explicado los artículos sobre los cuales trata de fundamentar la revocación de las medidas cautelares que con anterioridad había decretado, lo cual se convierte en una falta de justificación a la correcta adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis, propios de un estado democrático de derecho que posibilita el real ejercicio del derecho de defensa.

La motivación, para el procesalista JAIME GUASP, tiene la ventaja esencial de satisfacer de modo más completo las aspiraciones de justicia de las partes, a quienes, en todo caso, bien se estimen o se denieguen sus pretensiones, se les dan las razones en que se basa el criterio adoptado y que integran la satisfacción de la pretensión, estimulándose así la preocupación del juez por el fundamento intrínseco de su fallo y permite una evolución consciente de la interpretación jurisprudencial.

Al momento de impartir justicia se vuelve importante la motivación de las sentencias, como lo dice Ignacio Sierra Gil, (Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España), quien en la Revista de Derecho Constitucional de Julio- Septiembre de 1992, dice que: "**La motivación es obligación de todo tribunal de justicia ...**" "**... aparte de cumplir un formalismo normativo, fundamenta y apoya el principio de legalidad; y sobre todo facilita a los interesados los datos, explicaciones y razonamientos necesarios para que el ciudadano pueda conocer el por qué de su pretensión y en todo caso posibilitando un recurso o un remedio procesal.**"

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día dos de julio de dos mil dos. Ref. 57-A-2002.

14. Legitimación activa de la tutela anticipada. Procedencia del pedido de ambas partes

IV. Las medidas de protección otorgadas a favor del señor ***** en el Juzgado Tercero de Familia, así como las otorgadas a favor de la señora ***** en el JUZGADO DÉCIMO CUARTO DE PAZ, tienen su motivación en las respectivas denuncias presentadas por cada una de las partes, quienes sobre los mismos hechos sientan las bases de actos de violencia realizados en su contra por parte del otro(a), lo cual dio origen a dos procedimientos de violencia intrafamiliar que fueron acumulados en el Juzgado Tercero de Familia de este distrito judicial, por lo que se deberá retomar la información que obra en autos a efecto de resolver lo más atinente al presente caso.

(...)

Por último cabe advertir, que por la naturaleza de las medidas de protección dictadas, es dable que algunas de ellas las deban cumplir ambas partes. Para el caso, las medidas de abstenerse de realizar cualquier tipo de conducta dañosa para con el otro, deben cumplirlas ambas partes como un imperativo moral y jurídico, amén de haber sido dictadas por jueces que están revestidos con igual grado de autoridad, siendo entonces que la única medida contradictoria dictada es la relativa al cuidado provisional de los menores ***** , ambos de apellidos ***** ya que a fs. 9 se le confiere al señor ***** y a fs. 17 de la pieza principal a la madre. En ese sentido la única medida que no podría ejecutarse, ya que su cumplimiento por una de las partes implicaría al mismo tiempo desobedecer la medida dictada a favor del otro, es la que se refiere al cuidado provisional de los menores hijos, por lo que lo más adecuado es que las cosas continúen en el estado en que encontraban hasta antes del dictado de esta sentencia, a partir de la cual se cumplirá lo que se resuelva en esta instancia.

Cámara de Familia de la Sección del Centro del día siete de noviembre de dos mil dos. Ref. 157-A-2002

15. Efecto extensivo de la tutela anticipada

En escrito de fecha cuatro de junio de dos mil siete el licenciado Rodríguez flores, quien actúa en calidad de apoderado general judicial de la autoridad demandada pide explicación sobre el punto IV literal c) del Auto pronunciado el veintitrés de abril del presente año, en lo relacionado al alcance que debe tener la medida cautelar decretada por este tribunal. Al respecto, debe señalarse que la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado dictado por esta Sala, consiste en que no se ejecute el Acuerdo 43/2005-2007 y por tanto se mantenga vigente la elección de los miembros estudiantiles de la Facultad Multidisciplinaria Oriental ante la Junta Directiva y el Consejo Superior Universitario, realizada el veinticuatro de noviembre de dos mil cinco para el periodo 2005/2007 que finaliza el veintiocho de octubre del presente año; lo cual debe ser interpretado de forma integral, esto implica que beneficia a todas las personas que de alguna manera son afectadas por la ejecución del acto impugnado.

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha veinte de agosto de dos mil siete. Ref. 253-2006

16. Tutela anticipada dispuesta mutu propio

Rinda informe el tribunal de evaluación de aspirantes a la docencia de la escuela de relaciones internacionales y la junta directiva, ambos de la facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la universidad de el salvador, dentro del termino de cuarenta y ocho horas contadas a partir del día siguiente al de la notificación de este auto, sobre la existencia de los actos administrativos que se impugnan. Para tal efecto, remítaseles copia de la demanda respectiva (artículo 20 de la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa). Así mismo, requiéresele a dichas autoridades autoridades remitan a esta Sala el expediente administrativo relacionado con el presente caso, el cual estará también a disposición del demandante, quien, si así lo considerare necesario, podrá solicitarlo para su examen.

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del día cuatro de enero de dos mil siete. Ref. 220-2006