

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL AMPARO SALVADOREÑO

Manuel Arturo MONTECINO GIRALT*

SUMARIO: I. *Fundamento*. II. *Medidas cautelares en el amparo salvadoreño*. III. *Conclusiones*.

I. FUNDAMENTO

La Constitución salvadoreña, en su artículo 2o.¹, reconoce el derecho de toda persona a ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos, denominado por la jurisprudencia constitucional como derecho a la protección, la cual puede ser jurisdiccional o no jurisdiccional². Se trata de un derecho prestacional de configuración legal, y no de un derecho de libertad, ya que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece³.

-
- 1 Artículo 2o., inciso 1o. "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos".
 - 2 Sentencia definitiva pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el amparo 255-99, el 31 de mayo de 2000. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas proveídas en los amparos 580-98, el 29 de febrero de 2001 y 47-2001, el 19 de marzo de 2002.
 - 3 Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 42. Aparicio, en igual sentido, al referirse al derecho a la tutela judicial efectiva, considerado equivalente del derecho a la protección, lo califica como "prestacional". Véase al respecto, Aparicio Pérez, Miguel A., "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 3, 1989, p. 48.

En el caso concreto del derecho a la protección jurisdiccional, estamos en presencia de un derecho de contenido complejo⁴, que incluye, entre otros⁵, al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el cual se manifiesta en tres direcciones distintas, a saber: la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares, y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes⁶.

En virtud de lo anterior, al estudiar el tema de las medidas cautelares no podemos hacerlo al margen del derecho a la protección jurisdiccional, pues éstas constituyen un instrumento previsto en la ley para potenciar uno de los derechos que integran ese contenido complejo del derecho a la protección, específicamente en la medida que intentan que las resoluciones judiciales definitivas que se pronuncien en un proceso sean ejecutables, susceptibles de ser llevadas a la realidad y no queden en una mera declaración, en pocas palabras, que sean eficaces⁷.

Ahora bien, esa posible ineficacia de las resoluciones judiciales no necesariamente puede derivarse del incumplimiento de los plazos fijados para la tramitación del proceso, sino que, en muchos de los casos, es producto del mero transcurso del tiempo —incluso el razonable para su tramitación—, ya que no podemos perder de vista que su prosecución no es instantánea, sino que requiere de la realización de un conjunto de actos que deben efectuarse en un plazo determinado; es decir, no es producto ineludible de una dilación indebida⁸.

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

5 La jurisprudencia ha reconocido incorporados dentro de este derecho a la congruencia —sentencia pronunciada en el amparo 627-2000, el 7 de mayo de 2002—, motivación de las resoluciones —sentencia proveída en el amparo 604-2001, el 12 de agosto 2002— y el hacer uso de los recursos legalmente previstos —sentencia dictada en el amparo 194-99, el 9 de mayo de 2000—.

6 Sobre las manifestaciones del derecho a la efectividad de las resoluciones, véase Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales...*, cit., nota 3, p. 69, y Ovalle Favela, José, “Garantías individuales del proceso”, México, McGraw-Hill, 1996, pp. 291 y 292.

7 Cfr. Peyrano, Jorge Walter, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Desalma, 1981, pp. 5-12.

8 Al respecto, véase Cortés Domínguez, Valentín, “Las medidas cautelares”, en Cortés Domínguez, Valentín et al., *Derecho procesal civil*, Madrid, Colex, 1997, pp. 526 y 527.

En virtud de eso, la incorporación dentro de los respectivos ordenamientos procesales de mecanismos dirigidos a eliminar las consecuencias negativas que puede ocasionar el tiempo necesario para la tramitación del proceso, en lo relativo a la eficacia de los pronunciamientos judiciales, se torna en un imperativo de trascendencia constitucional, ya que si no cabe la posibilidad de que la decisión sea ejecutable, no puede haber verdadera protección jurisdiccional, derecho reconocido en el artículo 2o. de la Constitución.

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

II. Medidas cautelares en el amparo salvadoreño

1. Aspectos históricos

La posibilidad de dictar medidas cautelares en el amparo, en El Salvador, se encuentra prevista desde la Ley de Amparo de 1886, que es la que lo reguló por primera vez, específicamente en su artículo 5o.⁹, el cual establece la posibilidad de decretar la “suspensión de la ejecución del acto que se demanda”.

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

Dicha regulación fue retomada, con pocas modificaciones, por las leyes de 1939¹⁰, 1950 e incluso por la vigente de Procedimientos Constitucionales¹¹.

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

La Ley de Amparo de 1939, al igual que las de 1886 y 1950, distingue, en su artículo 7o.¹², los supuestos antes relacionados, con la diferencia que, en el caso en que la suspensión no es de urgencia notoria, el procedimiento es más breve, ya que únicamente prevé que se le confiera audiencia a la autoridad demandada y no el traslado al fiscal¹³.

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

11 Decreto legislativo núm. 2996, del 14 de enero de 1960, publicado en el Diario Oficial, núm. 15, t. 186, del 22 de enero de 1960. Dicha Ley ha sido reformada en cinco ocasiones por el decreto ley núm. 49, del 22 de diciembre de 1960, publicado en el Diario Oficial, núm. 239, t. 189, del 22 diciembre de 1960; decreto legislativo 378, del 10 de octubre de 1977, publicado en el Diario Oficial, núm. 198, t. 257, del 26 de octubre de 1977; decreto legislativo 131, del 12 de septiembre de 1985, publicado en el Diario Oficial, núm. 192, t. 289, del 11 de octubre de 1985; decreto legislativo 965, del 30 de abril de 1988, publicado en el Diario Oficial, núm. 85, t. 299, del 9 de mayo de 1988, y decreto legislativo 182, del 11 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial, núm. 239, t. 337, del 22 de diciembre de 1997.

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

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

Finalmente, es de señalar que las tres leyes de amparo relacionadas contienen disposiciones vinculadas con el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el tribunal competente en la tramitación del amparo, en virtud de eso, en el supuesto que la autoridad demandada no cumpla con la resolución que ordena la suspensión del acto reclamado, aquél se lo comunicará al superior jerárquico de ésta y, en caso en que éste no la cumpla “pedirá al Poder Ejecutivo la fuerza armada necesaria para hacer cumplir sus providencias”¹⁴.

Si no obstante lo anterior, el acto reclamado se consuma de un modo irremediable, se mandará procesar al funcionario responsable¹⁵.

2. Ley de Procedimientos Constitucionales

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

Al igual que en las anteriores normativas, el auto de admisión de la demanda de amparo contiene varios pronunciamientos, entre ellos, sobre la procedencia o no de decretar la suspensión del acto reclamado o, en general, cualquier medida cautelar. Pero, además de eso, supone el inicio de un incidente dentro del proceso de amparo, dirigido, como veremos posteriormente, a recabar más elementos para resolver nuevamente sobre las medidas cautelares. En otros términos, es un pronunciamiento consustancial al auto de admisión de la demanda de amparo¹⁶, y que, por tanto, lo efectúa oficiosamente el tribunal.

A diferencia de las anteriores leyes que han regulado el amparo en El Salvador, la vigente establece algunos lineamientos que debe tomar en consideración la Sala de lo Constitucional al momento de pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado, los cuales relacionamos a continuación, pero que analizaremos posteriormente a la luz de la jurisprudencia constitucional¹⁷, a saber:

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

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

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

17 *Infra*, pp. 8-23.

- a) Naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos: aquéllos que producen efectos positivos¹⁸.
- b) Presupuesto para la adopción de la suspensión del acto reclamado: *periculum in mora* o el daño o efectos negativos que el transcurso del tiempo ocasionaría en lo relativo a la eficacia de la sentencia¹⁹.
- c) Efectos que produce la resolución que deniega la suspensión del acto reclamado: no pasa en autoridad de cosa juzgada²⁰.

Así, en el auto de admisión de la demanda de amparo, la Sala, en virtud de lo expuesto anteriormente, tendrá que requerirle, como parte del procedimiento que inicia con dicha resolución, un primer informe a la autoridad demandada, quien deberá rendirlo dentro del plazo de veinticuatro horas²¹, en el que tendrá que concretarse a expresar si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen. En el supuesto en que dicho informe no sea rendido por aquélla, se presumirá la existencia del acto reclamado²².

Posteriormente, mandará a oír al fiscal de la Corte en la siguiente audiencia —veinticuatro horas—. Con su contestación o sin ella, la Sala hará un nuevo pronunciamiento sobre la suspensión del acto reclamado: decretándola, en caso de que no lo haya hecho en el auto de admisión; revocándola, si la decretó, o confirmando la decretada o denegada anteriormente²³.

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

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

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

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

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

23 Artículo 23. “Recibido el informe o transcurrido el plazo sin que el demandado lo rindiere, se mandará oír en la siguiente audiencia al Fiscal de la Corte. Con la contestación

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

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

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

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

del fiscal o sin ella, la Sala resolverá sobre la suspensión, decretándola, declarándola sin lugar o, en su caso, confirmado o revocando la provisional si se hubiere decretado”.

26 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que se pronuncia sobre el objeto del proceso —y ejerce su derecho de defensa— y precluye, consecuentemente, la oportunidad de modificar la demanda de amparo²⁴.

Estimamos que el diseño contenido en el capítulo II del título III de la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales, que retoma prácticamente el de las anteriores normativas, no es el adecuado, pues, si bien es cierto, al inicio del proceso el Tribunal no cuenta con los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre la medida cautelar, el mismo, para lograr satisfacer dicha necesidad, deja de lado la celeridad con que debe de tramitarse un proceso de esta naturaleza y, en la práctica, no alcanza el resultado que pretende, que es enriquecer el conocimiento de la Sala para hacer el nuevo pronunciamiento sobre las medidas cautelares. Ello es así, ya que dicho incidente en el fondo suspende el curso del procedimiento de la pretensión de amparo, en concreto por un lapso no menor de sesenta y cinco días²⁵, lo cual, analizándolo a la luz de los resultados que puede producir, carece de justificación, ya que en la práctica los elementos que arroja el primer informe son mínimos, no sólo en virtud de la actitud propia de la autoridad demandada en relación con el proceso, sino en consideración a los límites temporales y de contenido que la misma ley le fija al referido informe, en específico, al plazo de veinticuatro horas para rendirlo y el sentido concreto sobre el que debe pronunciarse.

Además de eso, en teoría, el fiscal de la Corte, al momento de evacuar la audiencia que se le confiere, tendría que verter su opinión con base en los elementos incorporados en la demanda y el informe de la autoridad demandada,

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

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

los cuales, sobre todo en el caso de esta última, son mínimos, en virtud de eso difícilmente puede hacer mayor aporte en relación con el tema de las medidas cautelares, lo cual ha llevado a que el fiscal, por ejemplo desde el 2003 a 2006, no haya hecho uso de dicha audiencia en ninguna ocasión²⁶.

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

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

3. Jurisprudencia constitucional

Hemos sostenido, en páginas anteriores, que la jurisprudencia constitucional ha tenido un papel relevante, en algunos aspectos, en torno a la temática de las medidas cautelares. En este apartado intentaremos abordar aquéllos a los que frecuentemente hace referencia la Sala de lo Constitucional en sus resoluciones, específicamente, la finalidad de la suspensión del acto reclamado, su naturaleza, características y los actos susceptibles de ser suspendidos.

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

A. Finalidad

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

Dicha disposición es congruente con el contenido del derecho a la protección jurisdiccional, concretamente con el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten, pues a través de la suspensión provisional del acto reclamado se pretende atacar una de las variables que puede impedir que la sentencia definitiva logre su efecto reparador y quede, por tanto, en una simple declaración de meros propósitos, desprovista de eficacia o, en otros términos, “evitar que la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal y una vana ostentación de lentos artificios destinados, como la guardia en la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”²⁷.

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

las medidas cautelares, ...aparecen como los medios jurídico-procesales, cuya función es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión ...garantizando así el eficaz funcionamiento de la justicia. En ese sentido, las medidas cautelares, lejos de constituir un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la pretensión del demandante,

27 Calamandrei, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Papua, Cedam, 1936, p. 11; citado por Chinchilla Marín, Carmen, “Comentario al artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 881. Podetti, en similar sentido, señala que el objetivo de “las diligencias cautelares consiste en proporcionarle a las sentencias de mérito la posibilidad de que resulten eficaces, y con ello evitar que la acción jurisdiccional sea objeto de burla y, también, que el proceso sea considerado un vano torneo de actitudes declamatorias carente de proyecciones prácticas”. Podetti, José Ramiro, “Las medidas cautelares y el embargo preventivo”, *Revista de Derecho Procesal*, 1943, primera parte, p. 138.

constituyen un mecanismo —dictado ab initio o en el transcurso del proceso— tendente a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se dicte en el mismo, por lo que no definen derechos ni resuelven controversias²⁸.

Ahora bien, a pesar de que la finalidad de las medidas cautelares es común para todo tipo de procesos, cabe señalar que en el caso del amparo presenta ciertas singularidades vinculadas con su objeto²⁹, ya que es un proceso que, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, tiene principalmente una dimensión subjetiva³⁰: brindar una tutela reforzada de las categorías jurídicas protegibles de trascendencia constitucional³¹.

En ese sentido, se trata de un proceso que, si bien comparte con los demás la finalidad de tutelar las categorías de trascendencia constitucional, a diferencia de los otros, es el único que tiene exclusivamente ese objeto y, por tanto, la sentencia que se pretende lograr que sea plenamente eficaz contendrá principalmente un pronunciamiento singular: si ha existido o no la lesión a una categoría jurídica de trascendencia constitucional³².

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

29 Sobre el tema véase Chinchilla Marín, Carmen, “Comentario al artículo 56 de...”, cit., nota 27, pp. 879 y 880.

30 Sobre la dimensión subjetiva del amparo en El Salvador véase Montecino Giralt, Manuel Arturo, *El amparo en El Salvador*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005, pp. 53-56.

31 La Constitución en su artículo 247 señala que son protegibles por el amparo los derechos que “otorga la presente Constitución”, sin embargo la jurisprudencia ha señalado que la expresión derechos, contenida en la precitada disposición, “equivale a categorías subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico que no se limitan a derechos subjetivos. Dicho de otra forma, el vocablo derecho en nuestra Constitución no sólo comprende la categoría técnica jurídica de derechos subjetivos, sino que agrupa a varias otras... Por lo tanto, el instrumento procesal del amparo procede contra todo acto... que vulnere cualquiera de las categorías subjetivas protegibles por la Constitución”. Sentencia definitiva pronunciada en los amparos 22-A-94 y acumulado 27-M-94, el 5 de febrero de 1996. Sobre el tema véase también Montecino Giralt, Manuel Arturo, *ibidem*, pp. 76-84.

32 Sobre la dimensión objetiva del amparo en El Salvador véase Montecino Giralt, Manuel Arturo, *ibidem*, pp. 130-135. Asimismo, en la jurisprudencia constitucional la improcedencia pronunciada en el amparo 306-2000, el 20 de septiembre de 2000. En igual sentido, entre otras, las improcedencias proveídas en los amparos 196-2000, el 13 de septiembre de 2000, y 312-2000, el 29 de septiembre de 2000.

Pero además de eso, hemos dicho, con anterioridad, que el amparo es un mecanismo de tutela reforzada, lo cual implica que en muchos de los casos el acto reclamado ha sido dictado por una o varias autoridades judiciales dentro de un proceso jurisdiccional, en el que hipotéticamente ya han efectuado un pronunciamiento sobre la pretensión objeto del proceso, lo cual supone, en consecuencia, que hay una persona a quien ya se le ha dado la razón después de la tramitación de un proceso en el que las autoridades demandadas han fallado teniendo como parámetro de actuación la Constitución y las leyes, tal como se desprende de los artículos 172³³ y 185³⁴ de la Constitución, y, que, como titular del derecho a la protección que es, tiene derecho a que la sentencia pronunciada se ejecute en los términos en que se ha proveído.

Resulta, por tanto, paradójico —o, si se quiere, chocante— limitar la eficacia, a través de una medida cautelar, de uno o varios actos provenientes de una o varias autoridades que tienen, en última instancia, entre sus funciones la tutela de los derechos, pues hay una presunción de que sus actuaciones están apegadas a la Constitución³⁵. Implica, que “el autor del desafuero es precisamente quien debía ampararnos”³⁶.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en la interlocutoria pronunciada en el amparo 16-2002³⁷, en la que señaló que resulta imperioso ponderar que la adopción de una medida cautelar en el ámbito procesal constitucional reviste carácter extraordinario, en tanto que supone sustraer la eficacia u operatividad dimanante de los actos dictados por las autoridades públicas, los cuales en principio han sido examinados desde una perspectiva constitucional...

33 Artículo 172.3. “Los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”.

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

35 Al respecto, véase Chinchilla Marín, Carmen, “Comentario al artículo 56 de...”, cit., nota 27, pp. 880 y 881.

36 Guaita Martorell, Aurelio, “El recurso de amparo contra tribunales”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 13, invierno de 1982-1983, p. 67.

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

Pero además de que el precitado artículo 20 de la Ley de Procedimientos Constitucionales nos permite deducir la finalidad de las medidas cautelares, el mismo fija uno de los presupuestos esenciales que debe apreciar el Tribunal para decretar la suspensión del acto reclamado —y, en general cualquier otra medida cautelar—: el daño o el efecto negativo que el tiempo necesario para la tramitación del proceso puede ocasionar para la ejecución de la decisión definitiva que se pronuncie en el mismo, en específico a la categoría constitucional cuya tutela reforzada se solicita, conocido también como *periculum in mora*³⁸.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en igual sentido en relación con el contenido del *periculum in mora*, por ejemplo en la interlocutoria proveída en el amparo 84-2001³⁹, en la que señaló que:

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

Ahora bien, no debe vincularse necesariamente este presupuesto para la adopción de las medidas cautelares con la mora judicial⁴⁰, pues es claro que la tramitación de todo proceso, por su propia naturaleza, requiere de un plazo, ya que se trata de un conjunto de actos que deben desplegarse en el tiempo⁴¹. Hablamos simplemente del tiempo del proceso, del razonable, para que ese conjunto de actos que tienen su razón última en la Constitución, se

38 Al respecto, véase Fix-Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, México, Porrúa, 1999, pp. 59-61; Chinchilla Marín, Carmen, "Comentario al artículo 56 de...", cit., nota 27, pp. 885-888; Gimeno Sendra, Vicente y Garberí Llobregat, José, Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional), Madrid, Colex, 1994, pp. 221 y 222; Fernández Farrere, German, El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 339 y 340, y Burgoa, Ignacio, El juicio de amparo, México, Porrúa, 2002, pp. 705-713.

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

40 Sobre el tema véase Ramírez, Jorge Orlando, Función precautelar, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 154; Peyrano, Jorge Walter, Medida cautelar..., cit., nota 7, p. 26, y Arazí, Roland, Medidas cautelares, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 8 y 9.

41 Véase supra p. 2. Sobre la relación tiempo y proceso, véase Ramírez, Jorge Orlando, ibidem, p. 5.

efectúen y permitan al Tribunal pronunciar sentencia. Eso sí, no podemos ignorar que muchas veces ese tiempo del proceso es excesivo, ya sea por problemas vinculados al funcionamiento de los juzgados y tribunales e incluso, en algunos casos, por una deficiente estructura del proceso, lo cual, en ambas hipótesis, hace que el proceso sea largo y, sobre todo, contrario al derecho a la protección jurisdiccional.

En ese sentido, si al inicio del proceso de amparo, o en la tramitación del mismo, la Sala de lo Constitucional no advierte que exista un peligro que incida negativamente en su eficacia, debido a que el acto reclamado no está pronto a ejecutarse o su ejecución no conllevará un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva que ampare al impetrante, se abstendrá de decretar una medida cautelar. Y es que, en algunas ocasiones, el Tribunal puede advertir, sobre todo cuando hay fecha cierta para la ejecución del acto reclamado, que al momento en que se pronuncie sentencia el acto no se habrá ejecutado o, también, que la ejecución del acto impugnado, antes de que se pronuncie una eventual sentencia estimatoria, no ocasionará un daño que no sea reparable a través de la misma.

No localizamos en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, como existe en la de otros países⁴², supuestos en los que la Sala de lo Constitucional no haya decretado la suspensión del acto reclamado, o cualquier otra medida cautelar, porque el daño no sea irreparable por la sentencia definitiva, a pesar de que sí se han iniciado procesos en los que, a nuestro parecer, no era necesaria, por ejemplo en aquellos amparos en los que el perjuicio invocado por los impetrantes es de tipo económico, tal como se puede advertir en el amparo 696-2006⁴³, en el que específicamente se reclamaba contra la imposición de una multa, supuesto en el que el Tribunal, en el auto de admisión de la demanda, decretó la suspensión del acto reclamado, aduciendo que, además de

42 En España, por ejemplo, no se suspende el acto reclamado, por regla general, en supuestos en los que se impugnan resoluciones judiciales con contenido económico, pues su ejecución no puede producir un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva, tal como lo declaró en el ATC 275/90. Sin embargo, si encontramos en la jurisprudencia española casos en los que, no obstante ser el agravio de tipo económico, decreta la suspensión, pues el perjuicio económico no es reparable por la sentencia definitiva (AATC 565/86 o 52/89).

43 Proveído el 8 de noviembre de 2006. En similar sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 27-2007, del 18 de enero de 2007, y 55-2005, el 3 de marzo de 2005.

existir apariencia de buen derecho, había “un verdadero peligro en la demora, ya que de no paralizar el cobro... podría afectarse de manera irremediable el patrimonio del pretensor”. Consideramos que si bien es cierto la ejecución del acto reclamado podría haber ocasionado un perjuicio al patrimonio del impetrante, no compartimos la idea de que el mismo hubiera sido irreparable por la sentencia definitiva en caso fuera estimatoria, sobre todo teniendo en cuenta que el acto provenía de la administración, y ésta, salvo que concurren circunstancias especiales, difícilmente se encontraría imposibilitada de dar cumplimiento a una sentencia que le obligue a devolver la cantidad de dinero que recibió, en este caso concreto, en concepto de la multa que impuso.

Por el contrario, existen supuestos en los que no obstante el acto reclamado ocasiona al impetrante del amparo un perjuicio de tipo económico, consideramos que sí es indispensable que la Sala decrete una medida cautelar, pues, de no ordenarse ésta, los efectos del acto reclamado pueden alcanzar a terceros de buena fe. Tal como sucedió en el amparo 630-2006⁴⁴, en el que como medida cautelar se ordenó a la autoridad judicial demandada que se abstenga de “realizar la venta en pública, ya que de no paralizar la ejecución del proceso ejecutivo mercantil número..., los bienes embargados podrían ser vendidos en pública subasta o adjudicados en pago de conformidad a la ley...”.

También hallamos casos en los que no ha decretado medida cautelar alguna, porque el tiempo del proceso no incidirá en la ejecución de una eventual sentencia definitiva, como se puede advertir en la interlocutoria a través de la que se admite la demanda incoada en el amparo 525-2004⁴⁵, en la que al respecto sostuvo que no es posible apreciar que:

Existe un verdadero peligro en la demora, pues no justifican cómo el devenir temporal de este proceso tornaría irremediable las vulneraciones alegadas, haciendo imposible la ejecución de un eventual fallo estimatorio... En tal sentido, en virtud de que no se ha establecido que el desarrollo del presente

44 Proveída el 27 de octubre de 2006. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 320-2006, el 4 de julio de 2006 y 421-2006, el 22 de agosto de 2006.

45 Pronunciada el 23 de septiembre de 2004. En similar sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 737-2006, el 23 de noviembre de 2006 y 41-2007, el 18 de enero de 2007.

amparo supondrá un peligro para la efectiva tutela de los derechos invocados, es pertinente denegar la suspensión de la actuación debatida.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para decretar una medida cautelar en el amparo no basta el *periculum in mora*⁴⁶, sino que, además, es fundamental que concorra otro presupuesto: apariencia de buen derecho, denominado también *fumus bonis iuris* o *fumus iuridicius*⁴⁷, tal como lo señaló, por ejemplo, en el auto de admisión del amparo 12-2002⁴⁸, en el que declaró que la adopción de una medida cautelar “se encuentra condicionada por la concurrencia simultánea de dos presupuestos básicos, que deben ser examinados por el ente jurisdiccional en el caso concreto, a saber: la probable existencia de un derecho amenazado —*fumus bonis iuris*— y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso —*periculum in mora*—”.

Dicho presupuesto adicional al *periculum in mora* se encuentra referido al juicio de probabilidad —no de certeza— que efectúa el Tribunal en relación con la violación constitucional alegada por el impetrante del amparo, al momento de pronunciarse sobre la procedencia de decretar la suspensión del acto reclamado o cualquier otra medida cautelar. Se trata, por así decirlo, de la formulación de una hipótesis, la cual, por imperativo legal, debe hacer tanto al inicio del proceso como después de que el fiscal de la Corte evacua la audiencia que se le confiere de conformidad con artículo 23 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, lo que no excluye que, en virtud de la naturaleza de las medidas cautelares, la haga en cualquier estado del proceso, específicamente cuando se modifiquen o alteren los datos, relacionados con la violación constitucional invocada por el impetrante del amparo, que le sirvieron al tribunal para decretarlo denegarla, según el caso.

46 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 1999, p. 65; Gimeno Sendra, Vicente y Garberí Llobregat, José, *Los procesos de amparo...*, cit., nota 38, pp. 220 y 221; Fernández Farrere, German, *El recurso de amparo según la...*, cit., nota 38, pp. 343-349, y Chinchilla Marín, Carmen, “Comentario al artículo 56 de...” , cit., nota 27, pp. 888-892.

47 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el...*, cit., nota 38, p. 65.

48 Proveída el 14 de febrero de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 16-2002, el 14 de febrero de 2002, y 128-06, el 20 de abril de 2006.

En relación con el contenido de dicho presupuesto, la Sala de lo Constitucional ha establecido, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 12-2002⁴⁹, que:

El *fumus bonis iuris* hace alusión a la apariencia fundada del derecho, la que se obtiene analizando los hechos alegados con las restantes circunstancias que configuran la causa, permitiendo la formulación de una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de la satisfacción positiva de la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida.

En la jurisprudencia constitucional salvadoreña podemos advertir que la Sala de lo Constitucional ha utilizado básicamente dos criterios para determinar la concurrencia del *fumus bonis iuris*: la existencia de un precedente jurisprudencial y la narración de hechos constitutivos de una violación constitucional.

Respecto al primer criterio, se puede advertir que el Tribunal ha considerado que concurre el presupuesto del *fumus bonis iuris*, cuando, del estudio de la fundamentación de la pretensión de amparo, aprecia que ésta es similar a otra que ya fue resuelta en forma favorable con anterioridad; es decir, que si se comprueban los hechos y no hay cambio jurisprudencial alguno, la sentencia que se pronunciará en ese proceso también será estimatoria de la pretensión incoada. Tal ha sido la postura sostenida por la Sala, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 12-2002, en el que declaró que:

partiendo del precedente jurisprudencial citado y los datos aportados, se puede entender suficientemente configurada la apariencia de buen derecho, en vista de que se han expuesto de manera profusa los conceptos de violación de los derechos constitucionales invocados, hecho que permite con probabilidad estimar fundado el reclamo propuesto, ante la desatención de la solicitud de atención médica especializada realizada por el demandante.

En relación con el segundo criterio, el utilizado con más frecuencia por el Tribunal, se advierte que éste se sustenta, al igual que el anterior, en la fundamentación de la pretensión de amparo incoada, con la diferencia que en este caso la apariencia de buen derecho la desprende de la narración de

49 Proveída el 14 de enero de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 682-2001, el 21 de diciembre de 2001 y 681-2001, el 8 de enero de 2002.

la violación constitucional que expone, en concreto porque de comprobarse la misma se estarían lesionando las categorías invocadas por el impetrante. Por ejemplo, en la interlocutoria proveída en el amparo 158-2001⁵⁰, la Sala de lo Constitucional, al examinar si concurría el presupuesto en comento, señaló que respecto a la configuración de la apariencia de buen derecho, es importante destacar que, básicamente, el fundamento jurídico de la pretensión de la parte actora radica en las supuestas violaciones al derecho... y el derecho...; en este sentido, este Tribunal estima que los elementos argumentativos planteados por la parte actora para apoyar las presuntas vulneraciones en su esfera jurídica resultan lo bastante convincentes para estimar la viabilidad de brindar una respuesta jurisdiccional afirmativa a la queja formulada, esto se traduce en el establecimiento —a partir de los datos aportados— de un juicio de probabilidad positiva y objetiva sobre la veracidad de las transgresiones constitucionales invocadas, aspecto que permite el pronunciamiento de una providencia cautelar.

Finalmente, siempre en relación a la apariencia de buen derecho, encontramos que la Sala de lo Constitucional, al analizar la concurrencia de este presupuesto, en algunos casos efectúa una valoración que podemos calificar como compleja, pues no se ha limitado a apreciar si la fundamentación se encuentra referida a un supuesto resuelto con anterioridad en forma favorable o revela una posible lesión constitucional, sino que, también, ha efectuado un examen negativo o, si se quiere, ha valorado las consecuencias que podría producir la adopción de una medida cautelar, partiendo de una realidad que la misma jurisprudencia constitucional ha plasmado en sus resoluciones: la

50 Pronunciada el 19 de abril de 2001. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 100-2001, el 13 de marzo de 2001 y 123-2001, el 30 de marzo de 2001. Este criterio ha sido utilizado por la Sala para no decretar ninguna medida cautelar, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 69-2006, el 9 de junio de 2006, en el que señaló que los “datos aportados y el argumento esgrimido por... nos permiten, en esta etapa liminar, que esta Sala realice una hipótesis afirmativa respecto de las posibles violaciones constitucionales argüidas para adoptar la medida cautelar solicitada; sin embargo, en virtud del carácter dinámico de este proceso, es posible, una vez analizados los informes y documentación presentados por la autoridad demandada y el resto de alegatos de la parte actora... que se modifique la decisión adoptada por este Tribunal..., ello en virtud del principio *rebus sic stantibus*”.

incidencia que las medidas cautelares pueden tener en los intereses generales u otros derechos fundamentales de un tercero⁵¹.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional, por ejemplo, en el auto proveído en el amparo 552-2004⁵², señaló que el juicio sobre:

La apariencia de buen derecho en materia de amparo, en virtud que su ordenación trasciende a la órbita de lo individual por su evidente contenido de interés público, se encuentra integrado por una doble y antitética ponderación de probabilidad, una positiva y la otra negativa. Desde una óptica positiva, el órgano jurisdiccional debe apreciar la existencia de un derecho fundamental vulnerado por el acto impugnado, y, desde una óptica negativa, prever también los daños que a los intereses generales u otros derechos fundamentales de un tercero puede ocasionar la protección cautelar mediante la suspensión de los efectos del acto reclamado, de tal suerte que si tales daños ocasionaran un trastorno grave e irreversible a dichos intereses o derechos, debe denegarse la petición de suspensión.

Del contenido de la jurisprudencia citada, además de desprenderse el otro de los aspectos que la Sala examina al momento de valorar la concurrencia del *fumus bonis iuris*, podemos conocer los criterios objetivos específicos que utiliza para efectuar el referido juicio negativo: los daños que a los intereses generales puede ocasionar una medida cautelar y la afectación a derechos fundamentales de terceros.

En relación con el primero de los criterios utilizados por el Tribunal para efectuar el juicio negativo, el daño que a los intereses generales puede ocasionar una medida cautelar, la Sala de lo Constitucional, por ejemplo en el auto de admisión del precitado amparo 552-2004, sostuvo que la peticionaria expuso:

Circunstancias fácticas y jurídicas... que satisface(n) desde un enfoque positivo la apariencia de buen derecho, y, por otra parte, se colige la existencia de un peligro en la demora del proceso... Sin embargo, es imperioso ponderar que la finalidad de dichos trabajos... es evitar las inundaciones ocasionadas

51 Por ejemplo en la interlocutoria pronunciada en el amparo 706-2001, el 6 de diciembre de 2001. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos.

52 El 20 de octubre de 2004.

por el invierno... En ese sentido, se observa que los beneficios resultantes de la actuación del servicio público comentado sufrirían un importante menoscabo si este Tribunal acordara suspender los efectos de las obras..., lo que generaría graves perjuicios, de diversa índole, a un nucleado grupo de habitantes de aquella región.

Respecto al segundo de los criterios, localizamos algunas resoluciones en las que el Tribunal no decretó ninguna medida cautelar en aplicación del mismo, tal es el caso de la interlocutoria pronunciada en el amparo 174-2005⁵³, en la que declaró que:

Debido a la naturaleza y complejidad del presente caso, la tutela cautelar que podría brindarse al suspender la eficacia del precepto impugnado afectaría la administración de la sociedad... y, a su vez, incidiría negativamente en los intereses de los demás accionistas de la misma que no se han abocado a esta sede; en tanto que ello colocaría a..., en una posición privilegiada en lo relativo al ejercicio de sus derechos accionarios frente a los demás socios en la respectiva junta de serie. Así las cosas, resulta evidente que particularizar la comentada medida podría generar graves perjuicios a los intereses de todos y cada uno de los accionistas de la..., puesto que ello alteraría las condiciones en que ejercen sus derechos sociales, específicamente su derecho al voto; situación que además podría repercutir en la organización y funcionamiento de esa sociedad. En definitiva, para evitar que la tutela requerida por la citada sociedad pueda ocasionar mayores perjuicios que la propia disposición atacada en la administración y, posiblemente, la organización de la..., esta Sala considera procedente denegar la adopción de la medida precautoria propuesta por la actora, todo para efecto de garantizar que el precepto anotado se aplique de manera igualitaria a todos sus destinatarios.

B. Naturaleza

En cuanto a la naturaleza⁵⁴ de la suspensión del acto reclamado, la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales no contiene disposición alguna que

53 El 30 de junio de 2005.

54 En cuanto a la naturaleza del acto reclamado la doctrina, en general, sostiene que se trata de una medida cautelar; al respecto, véase Fix-Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el derecho..., cit., nota 38, p. 64; Chinchilla Marín, Carmen, "Comentario al artículo 56 de...", cit., nota 27, pp. 879-881, y Gimeno Sendra, Vicente y Garberí Llobregat,

se refiera a ella; sin embargo, la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha declarado, por ejemplo en el auto de admisión del amparo 626-2000⁵⁵, que la “suspensión del acto reclamado se enmarca dentro de la categoría de las medidas cautelares”. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional, al momento de determinar el catálogo de medidas cautelares susceptibles de ser decretadas, ha sido bastante progresista, pues ha sostenido que cabe la posibilidad de decretar otras medidas cautelares distintas a la suspensión del acto reclamado contenida en la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales; es decir, se ha pasado de un sistema de lista cerrada, como el contenido en todas nuestras leyes que han regulado el amparo, a uno de lista abierta en donde el criterio determinante es la idoneidad de la medida adoptada. Y es que no puede ser de otra manera, ya que si las medidas previstas en la Ley no son las idóneas para posibilitar que la sentencia de amparo sea plenamente eficaz, debido a la complejidad de las distintas situaciones que se van presentando dentro del proceso, se vuelve indispensable que el Tribunal, a través de la interpretación de la normativa procesal vigente, actualice los instrumentos procesales con los que cuenta para lograr una verdadera tutela jurisdiccional.

En esa dirección, la Sala de lo Constitucional, en el auto de admisión del amparo 626-2000, señaló que:

Existen supuestos fácticos en que la mera suspensión del acto o actos impugnados resulta insuficiente o idónea para procurar la plena efectividad de la función cautelar, por lo que se requiere la adopción de medidas peculiares que superen lo que tradicionalmente implica la simple paralización de las actuaciones atacadas, en estos casos, este Tribunal se encuentra plenamente habilitado para decretar las providencias que estime indispensables a fin de garantizar la efectiva realización de su actividad jurisdiccional.

José, Los procesos de amparo..., cit., nota 38, p. 220. Sin embargo, Burgoa condiciona su naturaleza jurídica al expresar que la consideración de la suspensión del acto reclamado como medida cautelar es correcta “si se toma en cuenta que dicho fenómeno o situación procesal conserva la materia del amparo, impidiendo que el acto de autoridad impugnado en la vía constitucional se ejecute... Sin embargo, estimar a la suspensión como medida o providencia cautelar con las modalidades que a estas instituciones atribuye la doctrina de derecho procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica”. Burgoa, Ignacio, El juicio de..., cit., nota 38, p. 711.

55 Interlocutoria pronunciada el 14 de diciembre de 2000. En el mismo sentido, entre otras, las interlocutorias pronunciadas en los amparos 420-97, el 18 de diciembre de 1997 y 176-2001, el 15 de mayo de 2001.

Ahora bien, como puede desprenderse de la decisión antes citada, consideramos que la misma no sólo va dirigida a abrir, en forma tradicional, el catálogo de medidas cautelares susceptibles de ser decretadas, sino que se puede advertir, al menos teóricamente, un interés en superar el clásico concepto de medidas cautelares o, en términos más precisos, en modificar la tipología legal en torno a los procesos cautelares, la cual hasta ese momento era unitaria.

En ese sentido —reiteramos— la jurisprudencia citada, si bien en un primer momento, se puede aseverar que amplía el catálogo de medidas cautelares, es dable afirmar que la misma no se queda sólo en eso, sino que hay, además, una ampliación de la tipología, pues ahora el Tribunal puede adoptar medidas cautelares no sólo dirigidas a lograr “la simple paralización de las actuaciones atacadas”. En otras palabras, se trata de un cambio que incide en la naturaleza de las medidas cautelares que el Tribunal puede decretar para dotar de eficacia el proceso.

Se pasa, por tanto, de un sistema en el que el único tipo de medidas cautelares que podían adoptarse era conservativo, dirigido a “conservar o inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal”⁵⁶, como lo son la suspensión del acto reclamado, prevista en la ley vigente, y el resto de configuración tradicional que pudieran decretarse a partir de la ampliación efectuada por la Sala de lo Constitucional en el auto de admisión del amparo 626-2000, a otro donde el Tribunal puede mandar a innovar; es decir, ordenar la alteración del Estado de hecho o de derecho existente antes de que se pronuncie la decisión definitiva en el proceso de amparo, que, por ejemplo puede consistir en mandar a la autoridad o particular demandado, según el caso, a que retrotraigan las resultas consumadas del acto reclamado o, en términos generales, que éstos hagan o dejen de hacer algo contrario al acto que se considera lesivo de las categorías invocadas por el impetrante⁵⁷.

La interlocutoria citada fue un primer precedente, sobre todo para dictar en el caso concreto otra medida cautelar distinta a la suspensión del acto reclamado, en concreto la anotación preventiva de la demanda de amparo; sin

56 Peyrano, Jorge Walter, *Medida cautelar...*, cit., nota 7, p. 13.

57 Cfr. *ibidem*, pp. 21-23.

embargo, en el auto de admisión del amparo 12-2002⁵⁸, la Sala de lo Constitucional adoptó una medida cautelar innovativa, específicamente que a un paciente que padecía SIDA, a quien se le había negado el tratamiento idóneo, se le diera, desde la admisión de la demanda, dicho tratamiento.

Del texto del último auto de admisión citado, resulta pertinente resaltar dos aspectos. En primer lugar, la justificación que hace el Tribunal, por cierto bastante genérica, de la procedencia de otras medidas cautelares, que en este caso fue innovativa, y, en segundo lugar, los efectos que produce este tipo de medidas cautelares en relación con la causal de sobreseimiento contenida en el artículo 31 núm. 5: “por haber cesado los efectos del acto reclamado”.

Así, en relación con el primer aspecto, la Sala justificó la procedencia de otras medidas cautelares en los términos siguientes:

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

Se advierte del texto de la interlocutoria citada, que el Tribunal recurre básicamente a dos temas. Por un lado, a la necesidad de que la tutela jurisdiccional sea eficaz, a la que nos hemos referido con anterioridad y, por otro, al de las potestades jurisdiccionales implícitas, ya que expresamente la resolución precitada señala que la “potestad cautelar representa un elemento esencial”; es decir, que se trata de un componente de la actividad jurisdiccional que su existencia no depende de una previsión legislativa, sino que es un elemento necesario

58 Interlocutoria pronunciada el 14 de enero de 2002. En igual sentido, la interlocutoria proveída en el amparo 12-2002, el 14 de enero de 2002.

o indispensable para que la Sala de lo Constitucional puede ejercer de forma natural la potestad jurisdiccional⁵⁹; en otras palabras, forman parte de la propia naturaleza de la tutela reforzada que efectúa el Tribunal a través del amparo.

Y, en relación con el segundo, es decir, la incidencia de la medida cautelar en relación a la cesación de los efectos del acto reclamado, el Tribunal señaló que:

el hecho de que en este amparo se disponga una medida cautelar innovadora para posibilitar la subsistencia del actor durante el desarrollo del proceso, no debe interpretarse como una cesación de los efectos de la omisión cuestionada, en virtud de la naturaleza provisional e instrumental de aquélla, lo que permitiría revocarla o alterar su contenido en el devenir procesal si se modifican las circunstancias que han determinado su adopción, y además, dado que la misma no sustituye la respuesta que, en principio, es exigible al funcionario presuntamente responsable de las violaciones alegadas. Por estas razones, es posible sustanciar la pretensión deducida con el objeto de pronunciar una sentencia que ponga fin de manera definitiva a la controversia planteada.

Como se advierte en la resolución citada, el Tribunal hace énfasis en el carácter provisional e instrumental de la medida cautelar innovativa adoptada, así como en la posibilidad de que la misma pueda ser revocada o alterada en el devenir del proceso, a efecto de excluir la concurrencia de la causal de sobreseimiento “cesación de los efectos del acto reclamado”, lo cual es plenamente atendible, ya que, en ese proceso en concreto, no se alegaba ausencia total de tratamiento sino que se discutía sobre la idoneidad del que le estaba suministrando la autoridad demandada.

Se trataba, por tanto, de una situación en la que los datos aportados por el demandante permitieron al Tribunal efectuar “un juicio de probabilidad positiva”, lo cual podía haber sido desvirtuado en el transcurso del proceso⁶⁰. Y es que, de lo contrario, si el juicio de la Sala no fuera de probabilidad sino de

59 Cfr. Peyrano, Jorge W., *El proceso atípico*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 993, pp. 19 y 20. En igual sentido, Peyrano, Jorge Walter, *Medida cautelar...*, cit., nota, pp. 106 y 107, y Ramírez, Jorge Orlando, *Función...*, cit., nota 40, p. 337.

60 La doctrina enmarca dentro de la categoría medidas cautelares innovativas a supuestos similares al citado, al respecto, véase, Ramírez, Jorge Orlando, *Función...*, cit., nota 40, pp. 340-342.

certidumbre, o que el interés tutelable fuera cierto y manifiesto, o que en lugar de mera verosimilitud hubiera mayor grado de certeza a la luz de pruebas inequívocas, pasaríamos al campo de las medidas autosatisfactivas, las cuales, en virtud de la situación de certeza apuntada, son definitivas⁶¹, y por tanto, conllevan la cesación de los efectos del acto reclamado.

En ese sentido, el juicio efectuado por el Tribunal en los supuestos en los que decreta una medida cautelar innovativa, al igual que en el caso de las medidas conservativas, es de probabilidad o simplemente conlleva la formulación de una hipótesis sobre la lesión constitucional alegada por el impetrante y no implica, como se podría creer, que en los supuestos en que las adopta tenga un mayor grado de convicción; es decir, la intensidad de la convicción o el grado de certeza del Tribunal es el mismo o, en otras palabras, lo que determina que se decrete una medida cautelar innovativa no es el grado de certeza, sino la idoneidad de las mismas para dotar de eficacia al proceso de amparo. En virtud de eso, éstas se continúan caracterizando, entre otras, por ser instrumentales, provisionales y, además, por ser revocables y alterables en el transcurso del proceso y, por tanto, en los supuestos en los que se decretan, sus efectos están sujetos a los resultados del proceso; es decir, no hacen cesar de manera definitiva los efectos del acto reclamado.

C. Actos susceptibles de ser suspendidos

La Ley de Procedimientos Constitucionales, en su artículo 19.2, establece la naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos. Así, la citada disposición señala que la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos⁶².

La limitación establecida en cuanto a la naturaleza de los actos susceptibles de ser suspendidos a través del amparo es congruente con el tipo de medida cautelar previsto en la Ley para el caso del amparo —conservativo, tal como apuntábamos anteriormente—, ya que la suspensión del acto reclamado sólo puede desplegar sus efectos respecto de un acto que sea susceptible de pa-

61 Cfr. *ibidem*, pp. 110-113.

62 Sobre el concepto de actos positivos, véase Burgoa, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 2000, pp. 21 y 22, o Burgoa, Ignacio, *El juicio de...*, cit., nota 38, p. 713.

ralizarse, “pues lo negativo, lo que no tiene o no puede tener una existencia positiva, es imposible de suspenderse, es decir, paralizarse o hacerse cesar”⁶³.

Ahora bien, la limitación señalada también tiene incidencia en lo relativo al ámbito temporal de los actos sobre los que la suspensión del acto reclamado puede desplegar sus efectos, idea que también es congruente con el tipo de medida conservativa prevista en la Ley, ya que este tipo de medidas sólo pueden desplegar sus efectos sobre actos de tipo futuro, que están por realizarse y, bajo ningún supuesto sobre actos consumados. En otros términos, nunca invalidan, ni anulan, no tienen efectos retroactivos⁶⁴, a que dicha función se encuentra reservada a la sentencia definitiva, pues, de lo contrario, a través de un pronunciamiento distinto a ésta, sin que previo al mismo se tramite en su totalidad el proceso de amparo, se estaría otorgando una tutela anticipada o una preestimación de la pretensión incoada⁶⁵.

La jurisprudencia sobre el tema se ha limitado a sostener que la suspensión del acto reclamado procede únicamente contra actos de tipo positivo, y ha excluido, por dicha razón, la posibilidad de que se decrete para actos consumados o negativos.

Por ejemplo, en el supuesto en que el acto reclamado se ha consumado ha sostenido que respecto a la procedencia de adoptar una medida cautelar en el caso en estudio, es necesario señalar que el acto reclamado se ha consumado plenamente...; situación que evidencia de forma clara la inexistencia de situaciones que puedan preservarse mediante la adopción de una medida cautelar, por lo que resulta improcedente, en este caso, ordenar la suspensión de los efectos del acto impugnado⁶⁶.

Asimismo, en los casos en que el acto reclamado es una omisión, incluso sin mayor motivación, ha declarado reiteradamente sin “lugar la suspensión de los actos reclamados por tratarse de omisiones”⁶⁷.

63 Burgoa, Ignacio, *ibidem*, p. 710.

64 *Idem*.

65 *Idem*.

66 Interlocutoria pronunciada en el amparo 753-2006, el 13 de diciembre de 2006. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 436-2005 del 8 de septiembre de 2005 y 505-2005, el 13 de septiembre de 2005.

67 Interlocutoria pronunciada en el amparo 705-2006, del 9 de noviembre de 2006. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 37-2006, el 19 de enero de 2006, y 489-2005, el 26 de septiembre de 2005.

Consideramos que la postura de la Sala de lo Constitucional en este tipo de supuestos ha sido cómoda, e incluso podemos calificarla como contradictoria con sus propios pronunciamientos, pues si ya con anterioridad había considerado que la regulación vigente no prevé las medidas cautelares idóneas para asegurar la eficacia del proceso de amparo y, por dicha razón, abrió la posibilidad de que se decreten otras medidas cautelares, entre ellas las de tipo innovativo, lo previsible sería que en estos casos se adoptara una postura congruente con la apertura señalada, que no necesariamente debe conllevar a que en el caso concreto se adopte una medida cautelar, pues es claro que al momento de resolver sobre su procedencia debe analizarse la concurrencia de algunos presupuestos, pero sí tener como premisa que, incluso en los supuestos en que los actos no son de carácter positivo, se pueden decretar medidas cautelares.

D. Características

En cuanto al tema de las características de las medidas cautelares, encontramos abundantes resoluciones en las que la Sala de lo Constitucional ha hecho referencia a las mismas y, en concreto, ha señalado que éstas se caracterizan, principalmente, por ser instrumentales, provisionales, urgentes, alterables, modificables, revocables, extinguidos, no pasar en autoridad de cosa juzgada y funcionales.

En este apartado intentaremos hacer referencia a aquellas características que localizamos mayoritariamente en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de los últimos diez años, así como al contenido que le ha atribuido a cada una de ellas.

Instrumentalidad. Ya que están precedidas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad, esto es, que más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva; en ese sentido, tal como lo señala Fairén Guillén, el proceso cautelar más que hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia⁶⁸.

68 Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 90-98, el 21 de junio de 1999. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas proveídas en los amparos 172-2001, el 16 de abril de 2002, y 591-2002, el 22 de mayo de 2003.

Provisionalidad. En virtud de que “sus efectos tienen duración limitada, no aspiran a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza están destinados a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia o resolución sobre el fondo del asunto”.

Urgencia, “pues además de la idea de peligro —entendido en sentido jurídico— precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad”.

Alterabilidad, modificabilidad y revocabilidad

Esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, de acuerdo al principio *rebus sic stantibus*, sea por aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo, o disminución del *fumus boni iuris*, o, tal como lo señala el profesor Fairén Guillén, de como manifieste el principio *rebus sic stantibus*, depende el que, denegada una medida cautelar, ello no pueda evitar que se inste y conceda —esta vez sí— en torno al mismo asunto, siempre que el estado de los hechos se hubiese modificado⁶⁹.

Se extinguen a término o a plazo. “Es decir, que sus efectos se extinguen en el momento en que se emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal”.

No surten efectos de cosa juzgada. “Pues su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada”.

Funcionalidad. “Es decir, tienen que adaptarse a la naturaleza y clase del derecho que se ejercita y se pretende, deben adecuarse al tipo de pretensión que se propone”⁷⁰.

69 Sentencia definitiva proveída en el amparo 1311-2002, el 4 de marzo de 2003. En igual sentido, entre otras, las sentencias definitivas pronunciadas en los amparos 523-2004, el 22 de junio de 2005, y 140-2004, el 14 de abril de 2005.

70 Sentencia definitiva pronunciada en el amparo 84-2001, el 15 de abril de 2002. En igual sentido, entre otras, las interlocutorias proveídas en los amparos 12-2002, el 14 de enero de 2002, y 176-2001, el 15 de mayo de 2001.

Las características de las medidas cautelares antes relacionadas, así como su contenido, son coincidentes con las que la doctrina mayoritaria les ha atribuido. Ahora bien, consideramos que en algunos casos, sobre todo cuando estamos en presencia de amparos contra omisiones y actos consumados, las decisiones de la Sala no ponen de manifiesto el contenido de algunas de las características citadas, ya que en ambos supuestos omite decretarlas, alegando que la naturaleza del acto reclamado lo impide, cuando el mismo Tribunal ha aceptado que cabe la posibilidad de dictar medidas distintas a las meramente conservativas, dentro de las cuales encontramos algunas que efectivamente pueden garantizar la eficacia del proceso frente a este tipo de actos.

Así, en estos supuestos específicos, el contenido que la Sala le ha otorgado a la instrumentalidad y a la funcionalidad de las providencias cautelares es ignorado cuando se proveen este tipo de resoluciones, pues, no obstante, existir dentro del catálogo de medidas cautelares fijado por el Tribunal algunas, que son funcionales para lograr la eficacia de la actividad juzgadora, no se ordenan.

III. Conclusiones

Consideramos que el papel de la Sala de lo Constitucional, en los últimos años, en torno a la temática de las medidas cautelares ha sido importante; sin embargo, el mismo no es suficiente a efecto de lograr, a través del amparo, una verdadera protección reforzada de los derechos, siendo por ello indispensable una reforma legal, pues a través de ella se podría, además de dar certeza respecto al tipo de medidas cautelares susceptibles de decretarse, fijar con claridad los presupuestos para su adopción y superar las dificultades que tiene el procedimiento cautelar vigente, en lo concerniente tanto a su diseño —y sobre todo su incidencia dentro del proceso de amparo— como a la eficacia del mismo.

En otras palabras, se trata de una reforma que debe de enfocarse en tres aspectos concretos:

- Tipos de medidas cautelares susceptibles de decretarse.
- Presupuestos para su adopción.
- Procedimiento.

De lo contrario, se corre el riesgo de que la protección reforzada del amparo se convierta en “un vano torneo de actitudes declamatorias carente de proyecciones prácticas”.