

PRÓLOGO

Prologar esta obra me resulta sumamente grato, por un lado, porque el tema de las medidas cautelares es una de las líneas de estudio que me han preocupado mucho en los últimos años, tanto desde un punto de vista doctrinal como en la práctica forense y, por otro lado, porque el autor de esta obra guarda conmigo una estrecha relación de amistad y compañerismo laboral en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Por lo tanto, una obra como esta, que se ofrece hoy a los estudiosos del Derecho, constituye a la vez un gran honor conferido por mi dilecto amigo el MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta, a quien íntimamente agradezco, aunque es una gran responsabilidad puesto que la tarea de emprender en relación al carácter de la obra científica titulada “MEDIDAS CAUTELARES: Eficacia y determinación de responsabilidades” y su considerable extensión, su plan y su sistemática, exceden los límites de mis fuerzas y también de mi capacidad. Si a pesar de esto último me he decidido a aceptar ese generoso ofrecimiento, tal actitud se ha debido al hecho de conocer de un modo general la obra, y conocer su ajuste terminológico, tarea esta última a la que se ha dedicado el autor.

En ella encontraremos, las manifestaciones del derecho a la protección jurisdiccional o como dice la Constitución Española el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro de la cual tenemos la formulación de la pretensión declarativa, la pretensión de ejecución e indudablemente también la pretensión cautelar como un equilibrio entre el poder y la libertad, a través de las manifestaciones de la función jurisdiccional consistentes en juzgar que se hace en un proceso declarativo que tiene por finalidad decir el derecho, y hacer ejecutar lo juzgado referido al proceso de ejecución forzosa y que constituye esencialmente la función ejecutiva, pero estas manifestaciones se complementan sustancialmente con la función cautelar que tiene la finalidad garantizar el cumplimiento de aquellas.

Se trata de una obra con una estructura amplia, de rigor sistemático, de concepciones bien logradas y donde en la mayoría de los capítulos que la integran se advierte una extensión más allá que cualquier otra obra similar, por

lo que inmerso en la empresa de este libro, el autor plantea un análisis de las medidas cautelares, extendiéndose por el ámbito del Derecho privado, así como del Derecho público.

Advirtiendo como expresaba Calamandrei que “la cautelaridad había nacido ante la imposibilidad del proceso ordinario de dar respuestas inmediatas en aquellas coyunturas en que la necesidad de hacer las cosas pronto se daba de bruces con la necesidad de hacer las cosas bien”.

Pero debemos considerar que nuestros tiempos no son los de Calamandrei, y tal como expresa María Carolina Eguren, “ahora es época de saltos cuánticos y de inmediatez, donde la “diosa informática” minimiza las dimensiones de tiempo y espacio desde el Olimpo del mundo, jugando a los dados con internet, los satélites y la explosión de las tecnologías de información y comunicación. Ante el acceso multitudinario a las redes sociales que borra las diferencias culturales y los millones de negocios diarios formalizados por la web por obra y milagro de un doble clic; la cautelaridad cobra una vitalidad inusitada, ahora que el Derecho procesal se ve compelido a adaptarse a los tiempos que corren, a correr en el tiempo y a través del tiempo, bajo riesgo de desmoronar la alicaída credibilidad que aún conserva el sistema jurisdiccional”.

Las medidas cautelares entonces, se aplican: a) para evitar la desconfianza o el menosprecio de la justicia y salvaguardar el imperio de sus decisiones, corresponde a los jueces aplicar las medidas cautelares que procuran la efectividad de la sentencia; b) la función cautelar, es una función garantista con una finalidad instrumental garantizadora de la tutela judicial pedida ya sea declarativa, ya sea de ejecución; c) la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas, que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

En este libro, se aprecia desde sus primeras líneas su claridad y concisión y a pesar de la amistad que me une al autor, ello no turba mi juicio respecto de su obra; por el contrario, me permite saber que la calidad de su texto es el reflejo de su calidad humana y su solvencia técnica y académica, al mostrarnos en este texto sus lecciones sobre el complejo instituto de las medidas cautelares con la capacidad de sintetizar una perspectiva a partir de diversos cuerpos legales, desde la Constitución de la República, pasando por el Derecho civil, el Derecho de familia, Derecho ambiental, Derecho administrativo, Derecho procesal penal, incluyendo desde luego, dada su aplicación supletoria el Código Procesal Civil y

Mercantil; encontramos en las páginas que siguen un tratamiento integral de ese instituto procesal que constituye una útil herramienta didáctica y de trabajo, en la cual encontramos la finalidad de la medida cautelar que resumimos en: a) asegura la ejecución; b) conservar el estado de las cosas tal como se encontraba al inicio del proceso principal y c) garantizar la efectividad de la sentencia.

Todo esto, justifica el proceso cautelar como un proceso autónomo, que es una sub función autónoma de la jurisdicción, junto a la declarativa y a la de ejecución que hace necesario la aplicación de un proceso propio para su realización, por tanto, en principio las medidas cautelares solo se pueden adoptar a instancia de partes; sin embargo, el autor nos ilustra que esta concepción especialmente del Derecho privado sucumbe en el ámbito del Derecho público en el cual se pueden adoptar aún de oficio, por lo tanto, la legitimación para la solicitud que descansa en el demandante o el reconviniendo para solicitarla, o en el demandado o reconvenido a través de la contracautela para evitar la eficacia de la medida, se ven hasta innecesarias en los procesos o procedimientos distintos de aquellos que tutelan el Derecho privado.

Modernamente, las medidas cautelares se justifican como dice la jurista brasileña Ada Pellegrini Grinover, por la urgencia a: “evitar a las partes y a la administración de justicia el costo del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación; b) asegurar rápidamente la ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y que sufrían daños irreparables por la demora de la condición plenaria, y c) evitar el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de instrumentos de garantías previstos para el procedimiento ordinario”, en este contexto, las medidas cautelares constituyen la pretensión cautelar que se tramita en el proceso cautelar cuya autonomía es similar a la de los procesos de conocimiento o de ejecución forzosa previstos en el Código Procesal Civil y Mercantil y derivados del inciso 1º del art. 172 de la Constitución de la República, por lo tanto, alejado de pretensiones eruditas y con un generoso afán práctico, el autor de esta obra vuelca parte de su experiencia profesional y académica en estas lecciones sobre medidas cautelares, enseñándonos que la congruencia de este instituto esta referida a que en la tutela de derechos de naturaleza privada solo se pueden adoptar las medidas solicitadas, de las cuales se deben adoptar las menos gravosas y también se pueden adoptar medidas distintas de las solicitadas si resultan de menos gravedad.

En la actualidad es imposible asumir una respuesta tuitiva, real, efectiva, rápida y con garantías, sin pensar en la tutela cautelar como manifestación necesaria en el ejercicio de la función jurisdiccional declarativa y de su ejecución, teniendo en cuenta que la oportunidad procesal para adoptar las medidas cautelares puede tener lugar antes de la demanda, después de presentada la demanda, durante la sustanciación de un recurso y aún durante la ejecución de la resolución judicial, ya que se caracterizan por su instrumentalidad al auxilio de otros procesos; provisionalidad en el sentido que no pueden ser definitivas; temporalidad por ser de duración limitada; variabilidad ya que pueden ser modificadas durante su vigencia y la proporcionalidad en atención a los fines pretendidos, todo sin olvidar que el proceso cautelar atraviesa dos momentos, la adopción de la medida por un lado, y la ejecución de la misma por otro; por ello, el autor nos muestra que ahora, es posible adoptar medidas cautelares antes del inicio del proceso.

Finalmente, el MSc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta, en esta obra de gran utilidad para estudiantes como para profesionales del Derecho, así como para los distintos operadores del sistema, nos demuestra que en las medidas cautelares está implícita la idea de aseguramiento de la eficacia de una resolución futura que necesariamente habrá de producirse, o de la efectividad de una resolución ya existente en cuya sede teórica se ha elaborado la doctrina sobre las medidas cautelares.

No dudo entonces, en recomendar su estudio, el que sin duda debe de hacerse con una visión crítica constructiva; teniendo en cuenta el tiempo de su autoría y el dinamismo de las instituciones analizadas.

El derecho y la posibilidad de impedir su agravio, son sustancialmente una sola cosa.

Frase célebre del Jurista Italiano, Giorgio Del Vecchio.

Dr. José Antonio Martínez
Profesor de Derecho procesal
Departamento de Derecho Privado y Procesal
Escuela de Ciencias Jurídicas
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador

INTRODUCCIÓN

En el presente texto, denominado “*Medidas cautelares: eficacia y determinación de responsabilidades*”; se analizan las medidas cautelares, las que se enmarcan dentro de la garantía de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva que le asiste a toda persona; tema que inicialmente podría ubicarse en el Derecho procesal, sin embargo, la institución jurídica analizada también tiene cabida en el Derecho sustantivo.

En los primeros apartados se analiza la tutela cautelar, expresada en las medidas cautelares previstas en las diversas ramas del Derecho; luego se hace un análisis más profundo de estas, desde el Derecho penal económico y del Derecho administrativo.

El trabajo se realiza, teniendo en cuenta la necesidad de analizar la tutela administrativa y judicial preventiva en el ordenamiento jurídico en general, considerando los potenciales daños y perjuicios que puede generar en el titular del derecho y en el interés legítimo afectado por su adopción. Como consecuencia, se ha analizado la eventual responsabilidad funcional e institucional, para luego mostrar o plantear los mecanismos de restitución y/o resarcimiento del daño causado.

Es decir que, se comienza planteando las generalidades de la tutela cautelar efectiva como expresión del derecho a la garantía o derecho instrumental de acceso a la justicia, luego se analizan las medidas cautelares, sus definiciones, caracteres y presupuestos habilitantes. Posteriormente, se hace un recuento de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Posteriormente, se desarrollan las consideraciones generales de la acción de extinción de dominio, vista como una herramienta contra la criminalidad económica, con la que pretende dar respuesta al problema jurídico económico causado por la complejización de la criminalización y que, de igual manera, se explica cómo el Estado, orientado por la criminología, ha erigido dentro de su política criminal, nuevos mecanismos de combate a la criminalidad organizada, entre los que se encuentra la mencionada acción.

Asimismo, se plantea que una vez habilitada la acción de extinción de dominio, para cuyo ejercicio se creó una jurisdicción especializada en esta materia (en la que antes, durante y después del proceso que en el ejercicio de esta acción se sigue), se erigen las medidas cautelares, las que restringen o lesionan derechos y, por tanto, generan perjuicios en contra de quien se han dictado, particularmente si luego la acción es desestimada.

No obstante la finalidad que persigue la acción, se hace un análisis de esta sobre la base de la vigencia del Estado constitucional de Derecho y se afirma que la Ley Especial de Creación de la Acción de Extinción de Dominio ha debido desarrollar quien habría de ser responsable por los perjuicios que causare la adopción de las medidas cautelares ante una eventual desestimación de la acción de extinción; y al no desarrollarlo, ha parecido apropiado analizar esta omisión, como uno de los ejes de la investigación.

Por lo anterior, se analiza la eficacia de las medidas cautelares en el marco de la tutela judicial efectiva, adoptadas en los diversos procesos o procedimientos, con especial énfasis a las que son adoptadas dentro del proceso de extinción de dominio, y además, se analiza la eventual responsabilidad de los funcionarios que intervienen en ellas, ante una eventual desestimación de la acción de extinción de dominio.

Se pretende determinar la eficacia normativa e institucional de las medidas cautelares adoptadas en el ejercicio de la acción especial de extinción de dominio en el combate a los delitos de corrupción en El Salvador y si existen o no mecanismos de tutela y parámetros de determinación de responsabilidad ante una eventual desestimación de la acción.

Luego de varios los años de funcionamiento de la jurisdicción especializada de extinción de dominio, ante la cual se han tramitado múltiples procesos en los que, casi en su mayoría, se han dictado medidas cautelares, particularmente la incautación de bienes; se analiza en qué medida la adopción de medidas cautelares en esta jurisdicción son realmente tales y si han sido o no eficaces en el combate a los delitos económicos en general y al de corrupción en particular.

En el desarrollo de este texto se utilizaron y analizaron instrumentos normativos nacionales e internacionales, proyectos de ley, jurisprudencia, doctrina de expositores nacionales y extranjeros, principalmente penalistas y administrativistas que han desarrollado la dogmática jurídica relacionada con la investigación.

El contenido del libro se presenta en cuatro capítulos: en el capítulo I se plantean las generalidades de la tutela cautelar, sus fundamentos constitucionales, las generalidades de las medidas cautelares y su relación con los derechos humanos, el contenido de la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar efectiva como expresión de aquella y las medidas cautelares como derivación del derecho a la protección jurisdiccional. Luego, se analizan las generalidades de las medidas cautelares, su objeto y naturaleza, clasificación y tipología, caracteres y presupuestos de procedencia; finalmente, se plantean los efectos de las mismas.

En el capítulo II, consciente que tal institución jurídica tiene cabida en todas las áreas del Derecho, se desarrollan las medidas cautelares desde el ordenamiento jurídico salvadoreño, particularmente, se analizan las medidas cautelares en el Derecho civil, Derecho de familia, Derecho ambiental, Derecho administrativo y en el Derecho procesal penal. Finalmente, se analiza la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil.

Posteriormente, en el capítulo III, se desarrollan las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio en El Salvador, sus presupuestos habilitantes o de procedencia, el procedimiento u oportunidad de adopción. Al cierre del capítulo, se analiza la administración de bienes o derechos sujetos a tutela cautelar en extinción de dominio.

Se muestra como algunas medidas no cumplen los caracteres de esta y, por ello, no son medidas cautelares sino verdaderas formas de adquirir el dominio de las cosas por parte del Consejo Nacional de Administración de Bienes (en adelante CONAB o Consejo); por tanto, son violatorias a la garantía del debido proceso.

Asimismo, se plantea un breve análisis de la acción de extinción de dominio, sus nociones conceptuales, caracteres, supuestos de procedencia, entre otros; se presenta en términos genéricos, el proceso que se sigue en el ejercicio de la acción en El Salvador y se compara con otros países; finalmente, se muestra un análisis comparado de esta acción con otros modos públicos de adquirir el dominio de las cosas.

Se deja constancia que, a pesar que casi la totalidad de los autores consultados sostienen que la acción de extinción de dominio no es una sanción sino una consecuencia patrimonial, originada en la adquisición o destinación ilícita de los bienes; no se comparte al cien por cien tal afirmación, ya que la expresada consecuencia es materialmente, en algunos casos, una sanción accesoria, y porque

en la mayoría de los instrumentos internacionales consultados, esta acción estaría contenida en el comiso, excepcionalmente el denominado “comiso sin condena”.

En el capítulo IV se analiza la teoría del daño, su tipología; el derecho del afectado por la adopción de una medida cautelar desestimada o dictada en perjuicio de un tercero de buena fe, los diferentes medios o modos para obtener resarcimiento y, finalmente, los mecanismos para alcanzarlo.

Por último, en el capítulo V, se desarrolla la eficacia general de la adopción de las medidas cautelares, luego la eficacia institucional en la adopción y ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio de la Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil; del Órgano Judicial, en la adopción y control de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio, y del CONAB, en la ejecución o administración de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio.

Luego, se presenta la eficacia normativa en la adopción y ejecución de las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio plasmadas en la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita, en su reglamento y en las resoluciones administrativas y judiciales.

También, se muestra la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, los parámetros para su determinación (objetiva del Estado y subjetiva del funcionario) por daños morales y/o patrimoniales causado por el ejercicio ilícito de la acción de extinción de dominio. Finalmente, se analiza la extinción de la acción en los delitos, particularmente en los delitos de corrupción.

Es decir que, en el texto se desarrolla la noción conceptual referida a las medidas cautelares; se presentan diversas definiciones, su objeto, naturaleza y clasificación; luego se plantean los presupuestos procesales básicos y especiales de procedencia. Sin perjuicio a que les rige el principio de universalidad, solamente se plantean algunas (las más comunes) medidas cautelares que, según el ordenamiento jurídico salvadoreño se pueden adoptar, especialmente en el Derecho penal, administrativo, civil, familia; después, se muestran las medidas cautelares que, de forma específica, se adoptan en el proceso de extinción de dominio.

Se plantea la influencia que, para la adopción de las diversas medidas analizadas, ejerce el ordenamiento jurídico internacional, universal y regional; la que se puede inferir de los considerandos de las leyes emitidas. También, se abordan los eventuales daños y perjuicios, morales y materiales que pueden causar las

medidas cautelares, ya sean estas de naturaleza personal o real; por lo que se hace un esfuerzo para dejar constancia que el Estado y/o sus funcionarios podrían ser demandados a fin de que respondan por los daños y perjuicios causados, especialmente ante el supuesto de desestimación parcial o total de la acción de extinción de dominio. Con el propósito que, quien se considere afectado por la adopción de las medidas precautorias, se plantean diversos mecanismos resarcitorios, tanto a nivel nacional como internacional.

Asimismo, se estudian los daños y perjuicios generales causados por las medidas cautelares, específicamente a los terceros de buena fe y exentos de culpa, así como los casos de desestimación de la acción de extinción de dominio; los tipos de daños y perjuicios causados por las medidas cautelares adoptadas, tanto patrimoniales y morales; los mecanismos para determinar los daños y perjuicios sufridos y sus modalidades de resarcimiento.

Se realiza un análisis acerca de la eficacia institucional y normativa en la gestión, adopción, administración y fiscalización de las medidas cautelares del proceso de extinción de dominio; a fin de mostrar si las instituciones relacionadas con estas y las normas jurídicas contentivas, están logrando los fines o propósitos con las que se establecieron.

Luego, se examina la eventual responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, ante la posibilidad de causar daños y perjuicios con la gestión, adopción, administración y fiscalización de medidas cautelares sobre los bienes o derechos de sus titulares; especialmente, ante una probable desestimación de la acción de extinción y su consecuente devolución del bien en el buen estado en que hubiere sido incautado, más los frutos o beneficios que su administración haya generado; o en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Se analizan los supuestos de responsabilidad objetiva y subsidiaria del Estado y los supuestos de responsabilidad subjetiva y directa de los funcionarios, cada uno según su intervención en las medidas cautelares adoptadas en el proceso de extinción.

De igual manera, se realiza un análisis documental y dogmático de la aplicación de las causas de extinción de la acción penal, especialmente en los delitos de corrupción que se han analizado en capítulos anteriores y que, aun en el supuesto de absolución en estos delitos y atendiendo la autonomía de la acción de extinción de dominio, se ven expuestos a enfrentar un proceso de extinción de dominio.

Concluida la estructura capitular, se deja constancia de unas conclusiones recomendatorias y se presenta la bibliografía básica usada en la investigación, entre la que destacan libros especializados, artículos de revistas científicas, resoluciones judiciales de tribunales nacionales y extranjeros, tratados y leyes relacionadas al problema.