

ARIAS GRILLO: La actividad cautelar en los procesos constitucionales...

**LA ACTIVIDAD CAUTELAR EN LOS PROCESOS
CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA: Especial referencia
al ordenamiento jurídico costarricense**

Dr. Rodrigo Arias Grillo^()*

Abogado costarricense

(Recibido 28/06/07; aceptado 10/03/08)

(*) Candidato a Doctor de la Universidad Carlos III de Madrid.
Derecho Público.

e-mail: herediano@mail.com

RESUMEN

El progreso a través de los años de la actividad cautelar dentro del derecho constitucional, manifestado principalmente por el papel y protagonismo de sus tribunales constitucionales, nos motiva a tratar de determinar el marco jurídico de adopción de la tutela cautelar constitucional. Lo anterior nos lleva a preguntar: ¿Es el tratamiento legal de las medidas cautelares distinto según sea el proceso constitucional que se persigue? Esta investigación utilizó para su elaboración un método analítico de la actividad cautelar dentro de los procesos constitucionales de a) protección de derechos fundamentales –recurso de amparo y habeas corpus–, b) control de constitucionalidad y c) conflicto de competencia. Los resultados –generales y específicos– demuestran que el ámbito de adopción y aplicación de las medidas cautelares varía según sea la naturaleza del proceso constitucional, así como por el fin que se persigue dentro del mismo y por los presupuestos jurídicos que rigen –por mandato legal expreso o discrecionalidad jurídica– un determinado ordenamiento jurídico. Finalmente, éstos resultados se proyectan en cada uno de los procesos constitucionales analizados, con la intención de aportar al estudio doctrinal y práctico de las medidas cautelares constitucionales en sus fines más nobles: a) la protección de los derechos fundamentales y b) el control de constitucionalidad.

Palabras clave: medidas cautelares, procesos constitucionales, recurso de amparo, habeas corpus, derechos fundamentales, control de constitucionalidad, conflicto de competencia, derecho procesal constitucional.

ABSTRACT

Over the years, the progress regarding precautionary measures in constitutional law, expressed mainly by the role and empowerment of the constitutional courts, encourages us in trying to determine the legal framework by which constitutional precautionary measures are adopted. This brings us to a question: ¿Does the legal treatment of precautionary measures differ depending on the type of constitutional procedure that is been followed? This research was conducted by means of an analytical method of the precautionary tutelage within the constitutional procedures of a) protection of basic and fundamental rights –constitutional guarantees and habeas corpus; b) control of constitutional block, and c) competency conflicts. The results –general

ARIAS GRILLO: La actividad cautelar en los procesos constitucionales...

and specific– demonstrate that the scope for the adoption of precautionary measures varies depending on the nature of the constitutional procedure, as well as the aim sought and the prevailing legal requirements –by written law or by legal discretion– in a specific legal system. Finally, the abovementioned results are projected in each of the constitutional procedures analyzed, with the purpose of contributing to the doctrinal and practical study of the constitutional precautionary measures in their most noble aims: a) the protection of basic and fundamental rights and b) control of constitutional block.

Key words: precautionary measures, provisional remedies, constitutional guarantees, habeas corpus, basic rights, fundamental rights, constitutional law, constitutional procedures, constitutional process, procedural law.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Aproximación jurídica a las medidas cautelares
 1. Justificación y elementos esenciales de la actividad cautelar
 2. Presupuestos jurídicos
 3. Legitimación de las medidas cautelares constitucionales
 4. Tipología
- III. Las medidas cautelares en los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus
 1. Recurso de amparo
 - 1.a Naturaleza y objeto de las medidas
 - 1.b Medidas cautelares suspensivas
 - 1.c Medidas cautelares preventivas o anticipatorias
 2. Recurso de Habeas Corpus
 - 2.a Amenaza de detención o privación de libertad
 - 2.b Perturbaciones a la libertad del recurrente
 - 2.c Reubicación penitenciaria.
 - 2.d Derecho de traslado
 - 2.e Prisión preventiva
- IV. Las medidas cautelares en los procesos de control de constitucionalidad y conflictos de competencia
 1. Procesos de control de constitucionalidad
 - 1.a Regla general
 2. Excepciones o salvedades
 3. Conflictos de competencia
 - 3.a Naturaleza del conflicto de competencia
 - 3.b La tutela cautelar competencial
- V. SÍNTESIS DEL TRABAJO

I. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento del objeto de la jurisdicción constitucional –aquel que se entiende en el presente trabajo como la garantía de la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional, así como los derechos y libertades fundamentales– depende de una armonía entre elementos materiales y formales.

Es de interés de este autor analizar consecuentemente una de las ramas esenciales dentro del ámbito formal de la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de los procesos de control de constitucionalidad, la cual trata sobre las medidas cautelares –típicamente civiles– pero que a través de la evolución del derecho constitucional contemporáneo y la preponderancia de un reciente rol de los tribunales constitucionales, se ha ido incorporando a los mecanismos propios de tutela constitucional.

II. APROXIMACIÓN JURÍDICA A LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Justificación y elementos esenciales de la actividad cautelar

La justificación de las medidas cautelares dentro del derecho procesal –clásico y moderno– interesa en tanto se pueda con éstas encontrar un sentido a la incorporación a un determinado ordenamiento jurídico, del denominado *juicio cautelar*, el cual GUASP define como *aquél que tiene por objeto facilitar el proceso principal garantizando la eficacia de los resultados, y las medidas del mismo nombre en él adoptadas*.⁽¹⁾

Los procesos constitucionales –entiéndase aquí como los mecanismos de tutela de los derechos y libertades fundamentales y aquéllos referentes al control de constitucionalidad– requieren de una agilidad y garantía procesal idónea para hacer exactamente eso mismo: el resguardo, atención, tutela y eficaz cumplimiento de los derechos fundamentales. La Sala Constitucional de Costa Rica, al referirse a la tutela cautelar, establece que ésta “(...) es constitucionalmente obligatoria cuando pueden desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes”.⁽²⁾

(1) GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*, 3ra. edición, tomo segundo, Madrid, 1968, página 683.

(2) Sala Constitucional de Costa Rica. Voto 6224-2005.

En cuanto a la efectividad de la decisión jurisdiccional, Martínez de Velasco establece: “*Adivinar cuál sea y llegar a él es una misión casi imposible en la que el azar no deja de estar presente. Por ello, resulta indispensable acudir a herramientas con las que, actuando sobre los efectos de uno de los elementos en juego, el tiempo, fijar ese punto de encuentro. Son las mediadas cautelares*”.⁽³⁾

Asimismo podemos justificar las medidas cautelares como remedio procesal al definirlos como “instrumentos para garantizar que durante el desarrollo del proceso el derecho cuya tutela se solicita permanezca íntegro a fin de posibilitar que la eventual sentencia en la que se llegue a reconocer el derecho resulte útil para su titular mediante la ejecución de sus pronunciamientos” (Martínez de Velasco).

De todo lo dicho, justificar la aplicación de las medidas cautelares, en este caso específicamente a los procesos constitucionales, no podría completarse sino después de verificar que sus características esenciales cumplan –como se verá a continuación– satisfactoriamente con el fin por las cuales han sido introducidas al ordenamiento jurídico en cuestión. Seguidamente se enumeraran las características esenciales o básicas de las medidas cautelares debidamente aceptada por la doctrina dominante en la materia:

a) Instrumentalidad. Esta característica ha sido definida por Calamandrei en el sentido de que las medidas cautelares “*no son nunca un fin en sí mismo, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente*”.⁽⁴⁾ (MARTÍNEZ DE VELASCO) Este tipo de medidas se denominan cautelares por eso mismo, porque son preventivas o precautorias, destinadas a prevenir la consecución de un determinado fin o bien prevenir lo que pueda dificultarlo.

b) Provisionalidad. Esta característica destaca, junto con la instrumentalidad, como una de las esenciales de las medidas cautelares. Consiste en que los efectos de la medida cautelar son provisionales, es

(3) MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelin. *Las medidas cautelares en los procesos constitucionales*. /En/ Manual Práctico de medidas cautelares: Procesos Constitucionales, ordinarios y especiales. Coord. Enrique Collado García-Lajara, Granada, Editorial Comares, 2000, página 4.

(4) MARTÍNEZ DE VELASCO. *Las medidas...*, *op. cit.*, pág. 32.

decir, que existen o surgen efectos siempre de manera temporal. Esta característica se define de la siguiente manera: “*La nota de provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad básica de las medidas cautelares. Si lo que en definitiva se trata de proteger y tutelar la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente el que dicha sentencia tarde en obtenerse*”⁽⁵⁾ (CORTEZ DOMÍNGUEZ).

c) Jurisdiccionalidad. La medida cautelar sólo puede ser ordenada por un órgano con potestad jurisdiccional (y con esfera competencial idónea), es decir, tener autoridad y poder suficiente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En cuanto a los procesos constitucionales, la jurisdiccionalidad también contempla los tribunales especiales, dentro de los cuales se pueden catalogar los Tribunales Constitucionales. Sobre la naturaleza de la potestad de dictar medidas cautelares, se establece que “*(...) la adopción de las medidas cautelares, en cuanto implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye una potestad claramente jurisdiccional y, por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo a aquellos órganos que tienen encomendado su ejercicio*”⁽⁶⁾ (ORTELLS RAMOS).

d) Funcionalidad. Consecuente con los elementos de instrumentalidad y provisoriedad, la medida cautelar debe siempre cumplir una función específica, por lo cual eso impide su taxatividad al momento de regular su existencia dentro del ordenamiento jurídico. En los procesos constitucionales, es vital que dicha medida acuda a la función preventiva o precautoria de los derechos fundamentales que se pretenden tutelar. Rubén Hernández Valle la caracteriza como: “*La medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege. Por ello, las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos constitucionales, sino que más bien deben ser numerus apertus a fin de que cumplan la función de tutela efectiva en el caso concreto.*”⁽⁷⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

(5) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal*, 6ta. edición, T. 1, V. 2, Valencia, 1992, pág. 515.

(6) ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional*, T. II, vol. 2do, Barcelona, 1991, pág. 270.

(7) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2005, pág. 136.

e) Variabilidad. Las medidas cautelares, en estricto apego a la jurisdiccionalidad de los órganos que las dictan y ejecutan, puede ser modificadas o adaptadas a cambios y/o incidencias que puedan ocurrir o suscitar en el caso concreto. En este sentido, la variabilidad consiste en la posibilidad de modificar una medida cautelar cuando dicha variación mejore o cumpla de manera más efectiva la función de tutela efectiva del derecho que se pretende proteger.

f) Sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*. Dicho carácter no es unánimemente considerado –por la doctrina– como elemento esencial y autónomo de las medidas cautelares, pero para efectos del presente trabajo se añadirá como tal. Se establece que la medida cautelar es siempre parte de un proceso principal y que ésta se podrá ver afectada si dicho proceso principal sufre alguna alteración sustancial. En otras palabras “*Las medidas cautelares, además de ser provisionales, de tener como límite máximo de vigencia la duración del proceso principal, se encuentran sometidas a un lapso de tiempo a la cláusula rebus sic stantibus, de modo tal que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial*”.⁽⁸⁾

2. Presupuestos jurídicos

La doctrina predominante en materia de medidas cautelares señala que existen dos presupuestos jurídicos por excelencia, sin negar la existencia de presupuestos adicionales para la adopción de tales medidas. Estas dos medidas se conocen como: a) *Periculum in mora* y b) *Fumus boni iuris*.

a) *Periculum in mora*. Calamadreí define dicho presupuesto de la siguiente manera “*el periculum in mora que está en la base de las medidas cautelares no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino específicamente el peligro de aquél ulterior daño marginal que podría derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario, de la resolución definitiva*”.⁽⁹⁾

(8) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Colex, 1993, pág. 43.

(9) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...) Op. cit.*, pág. 55.

El Tribunal Constitucional español, al referirse al criterio de dicho presupuesto, establece que “(...) *no puede ser otro que el utilizado para acordar o denegar libremente la suspensión no producida automáticamente (...), esto es, el de atender a la imposibilidad o dificultad de reparar los perjuicios que la entrada en vigor de la disposición impugnada podría originar.*”⁽¹⁰⁾

Adicionalmente, la Procuraduría General de la República de Costa Rica, órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia, ha dispuesto para lo que interesa lo siguiente “*En relación con el peligro en la demora o periculum in mora, podemos indicar que, cuando se inicia un proceso y se prevé que el resultado de la sentencia firme va a tardar cierto tiempo, el cual puede poner en peligro el derecho reclamado o la efectividad de la sentencia, es mejor cautelar ese derecho, es decir asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a resultar inoperante e inútil. En ese sentido, el periculum in mora consiste en el temor fundado de que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada, grave o irreparablemente, durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal.*”⁽¹¹⁾

b) Fumus boni iuris. El segundo presupuesto consustancial para la adopción de medidas cautelares se conoce jurídicamente como “*la apariencia de buen derecho*”. La doctrina reconoce que para que este presupuesto sea demostrado, no es necesario un estudio exhaustivo de los expedientes por parte del juez constitucional, sino que “(...) *para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de la plena convicción del juez.*”⁽¹²⁾

(10) Auto Tribunal Constitucional Español. 674/1984. Fundamento Jurídico Único.

(11) Procuraduría General de la República de Costa Rica. Dictamen C-123-2004 del 23 de abril del 2004. <http://www.pgr.go.cr>

(12) ORTELLS RAMOS, Manuel; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada: Editorial Comares, 1996, pág. 14.

La apariencia exigida por dicho presupuesto llama a una cierta seriedad y fundamento de la medida cautelar solicitada. En este sentido, el juez constitucional no deberá examinar con detenimiento todos los elementos de prueba, sino lo que interesa para el juez constitucional es que la medida sea seria jurídicamente, con fundamento y buena intención, como bien lo señala asimismo la PGR disponiendo que “(...) *para decretar una medida cautelar, ésta debe de fundarse en cierto grado de probabilidad de que la pretensión de la demanda principal es fundado y seria, esto es, que aparentemente va a ser admitida en sentencia. En ese sentido, la indagación del fumus boni iuris, se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada; basta con que el juez compruebe y llegue al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante, probable o presumiblemente, será reconocido en la sentencia definitiva*”.⁽¹³⁾

El estudio jurídico de las medidas cautelares nos lleva a determinar otros presupuestos sustanciales para su adopción. En este sentido, Hernández señala al interés público como un elemento objetivo necesario para que operen las medidas cautelares. El interés público resulta ser un limitante para la adopción de las medidas cautelares, en donde el juez constitucional debe siempre valorar si “(...) *la medida cautelar se debe rechazar cuando su imposición cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado*”.⁽¹⁴⁾

3. Legitimación para solicitar/adoptar las medidas cautelares constitucionales

El tema de la legitimación para la solicitud y adopción de medidas cautelares se reduce a la determinación de las partes del proceso y del juez constitucional. En este sentido, existen dos sujetos legitimados que son: a) juez y b) el recurrente.

En este sentido, Hernández señala los supuestos en donde las medidas cautelares pueden ser o no ser decretadas:

(13) Procuraduría General de la República de Costa Rica. Dictamen C-123-2004 del 23 de abril del 2004. <http://www.pgr.go.cr>

(14) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 137.

a) Por mandato legal. Se refiere a la situación en donde se adopta o no una medida cautelar sin necesitar un juicio previo del juez constitucional. En este supuesto, es la ley la que decide sobre la procedencia o no de las medidas cautelares solicitadas por el recurrente.

El ordenamiento jurídico peruano –mediante el Código Procesal Constitucional y sus reformas– nos demuestra un ejemplo de una norma permisiva en cuanto a la procedencia de las medidas cautelares y una norma prohibitiva de las mismas, según el tipo de proceso constitucional que se trate, la contenida en el artículo 15 que dispone que “*Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento (...)*”,⁽¹⁵⁾ y por su parte la segunda se contiene en el artículo 105 que al referirse a la improcedencia de las medidas cautelares afirma que en “*En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares*”.⁽¹⁶⁾ En este caso, ninguna persona estaría legitimada de accionar una medida cautelar en un proceso de inconstitucionalidad, por mandato expreso de ley.

De igual manera en los ordenamientos jurídicos donde se regula la suspensión del acto violatorio o impugnado mediante la interposición del recurso de amparo, se está adoptando por mando legal expreso el efecto de una medida cautelar.

b) Por decisión discrecional del juez. Este supuesto se aleja del primero por cuanto aquí sí se necesita un acto volitivo por parte del juez constitucional. Sobre el alcance de las posibles medidas por adoptar, Hernández señala que “*Esta facultad del juez constitucional es muy amplia y le permite al juez constitucional dictar no sólo medidas cautelares típicas, sino también de naturaleza atípica, es decir, de carácter innovativo*”.⁽¹⁷⁾ En este supuesto es necesario aclarar que la intención del juez constitucional debe versar sobre dos pilares, la primera sería la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial, y la segunda la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

(15) República de Perú. Ley No. 28946 del 22 de diciembre del 2006. *Ley que modifica e Código Procesal Constitucional*. Consultada Octubre 24, 2007.

(16) República de Perú. *Código Procesal Constitucional*. Ley Número 28237 publicada el 31 de mayo del 2004.

(17) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 138.

c) Por iniciativa de la parte/recurrente. Este supuesto es sencillo, por cuando detalla la posibilidad de que la parte solicite una medida cautelar cuando considera que existe la posibilidad de que sin ésta se le vaya a lesionar un derecho o libertad fundamental. Por ser parte del proceso, está legitimado a recurrir el acto y contar con los instrumentos procesales previstos en el ordenamiento jurídico para velar por sus intereses, dentro de estos, se encuentran las medidas cautelares.

Como se comentó en el punto sobre el mandato expreso, la parte no siempre puede recurrir, dado que existen situaciones en donde por la naturaleza del proceso constitucional, se le prohíbe o limita esa posibilidad tanto a la parte como al juez, por regularse expresamente la improcedencia de las medidas cautelares en el proceso correspondiente.

Existe la situación de que un tercero/s se vea perjudicado por los efectos de la medida cautelar y solicite ser parte del proceso, o bien introduzco vía incidente un tipo de litisconsorcio necesario, que escapa de la legislación en materia de jurisdicción constitucional en muchos países, pero bien puede ser aceptada y adoptada por el juez constitucional sí así lo considera pertinente. Todo lo anterior el espíritu de la efectiva tutela cautelar en donde *resulta indispensable la presencia de todas aquellas personas que pudiesen verse involucradas en la sentencia estimatoria de un tribunal.*⁽¹⁸⁾

4. Tipología

A diferencia de una clasificación bipartita clásica del derecho civil, en donde se reconoce la división de las medidas cautelares en reales o personales, dichas medidas dentro de su aplicación a los procesos constitucionales gozan de un tipo de clasificación distinta. Carnelutti y Hernández señalan que las medidas cautelares constitucionales se clasifican primordialmente en tres categorías:

a) La medida cautelar inhibitoria. Se origina de la raíz latina “*inhibere*” que significa el *impedir o reprimir el ejercicio de facultades*, por lo cual la medida cautelar inhibitoria se da cuando el Juez constitucional impide la realización de la acción u objeto impugnado.

(18) Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 000029-F-2007 de las 11:00 horas del 19 de enero del 2007. Expediente: 03-100398-0297-CI.

El proceso cautelar inhibitorio se puede ilustrar como una suspensión transitoria dentro del proceso constitucional, en donde su adopción por parte del juez constitucional recae en el juicio cautelar en donde deber prevalecer el mayor resguardo de los derechos y libertades fundamentales en determinado caso concreto.

A manera de ejemplo, si se le otorga un permiso a una empresa para la construcción de una gasolinera, y los vecinos consideran que tal construcción degrada su derecho a un medio ambiente sano y equilibrado y pone el peligro su derecho a la salud, éstos pueden recurrir vía amparo al juez constitucional. Prima facie, el juez constitucional podría ordenar la suspensión de la construcción de la gasolinera al considerar que de no decretarla al instante la violación a los derechos fundamentales alegados podrían ser de difícil o imposible reparación

b) La medida cautelar restitutoria o de reestablecimiento. Se origina del latín “*restituere*” que significa *llevar algo al estado que antes tenía*. La medida cautelar restitutoria lo que pretende es eso mismo, el reestablecimiento a la situación anterior en cuanto a los derechos fundamentales que se alegan violentados por el recurrente.

En cuanto a los derechos de libertad de reunión y asociación, podríamos pensar en el caso en que se ordene el cierre de un centro o asociación por considerarse de fines ilícitos. En esta situación el juez constitucional podría, a solicitud de los recurrentes, ordenar la apertura o reestablecimiento del centro mientras transcurre el tiempo en que se resuelve el amparo interpuesto.

c) La medida cautelar preventiva o anticipatoria. Sobre esta medida Hernández dispone “(...) *se produce cuando el juez anticipa el cambio probable o posible de la situación (...) es bastante utilizada en los procesos constitucionales y es la que produce, en la praxis, problemas jurídicos de difícil solución*”⁽¹⁹⁾ (HERNANDEZ VALLE).

Los problemas a los que se refiere Hernández se dan por el hecho de que el juez constitucional al adoptar una medida cautelar anticipatoria podría estar de cierta manera otorgando el amparo antes de la sentencia definitiva.

(19) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 141.

De igual manera, se da el caso en que el juez constitucional podría decretar la adopción de *una medida cautelar en contra de lo dispuesto en un reglamento o inclusive hasta una ley, en donde provisionalmente se otorga por ejemplo una autorización de medicamentos a favor del recurrente que vaya en contra del reglamento de ente hospitalario* o bien de lo dispuesto en alguna ley de salud aplicable al caso concreto (Hernández).

De tales medidas preventivas o anticipatorias se obtienen ventajas y desventajas en cuanto a su adopción: la primera en cuanto se resguarda a criterio del juez constitucional los derechos fundamentales del recurrente mientras se realiza el proceso constitucional que dirime el conflicto planteado, mientras que el segundo conlleva el problema jurídico de otorgar las pretensiones planteadas por el recurrente antes de que existan un voto firme que así lo disponga, por lo cual podría desvirtuar de cierta manera la finalidad del proceso constitucional como tal.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE AMPARO Y HABEAS CORPUS

1. Recurso de amparo

1.a Naturaleza y objeto de las medidas

Dentro del recurso de amparo –en el ordenamiento jurídico costarricense que aquí interesa– la interposición del mismo suspende para el recurrente la aplicación de los efectos de las leyes u otras disposiciones normativas impugnadas, así como la de los actos concretos impugnados.

En el marco descrito, al interponer un recurso de amparo, éste acto no tiene efectos suspensivos en cuanto a los efectos generales de la ley.⁽²⁰⁾ En este contexto, existe una *suspensión automática* de los efectos del acto impugnado al momento de la interposición del mismo

(20) Costa Rica, Ley de Jurisdicción Constitucional, No. 7135 del 11 de Octubre de 1989. Artículo 41. Consultada 10 de Noviembre, 2007.

“Artículo 41.- La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquellas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados. (...)”

para el recurrente, lo cual hemos dicho que se reconoce como una medida cautelar por mando legal expreso.

La tutela cautelar adoptada mediante el recurso de amparo tiene “(...) una clara finalidad preventiva con el objeto de conjurar el peligro que para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria del amparo puede tener la ejecución de un acto frente al que se impetra la protección del tribunal Constitucional. Se trata de garantizar la efectividad de la tutela que está llamando a prestar el máximo intérprete de la Constitución (...)”⁽²¹⁾ (MARTÍNEZ DE VELASCO).

Así las cosas, las medidas cautelares dentro de los procesos constitucionales de amparo cuentan con dos vertientes principales: a) las medidas suspensivas y b) las medidas preventivas o anticipatorias.

1.b Medidas cautelares suspensivas

Dentro del ordenamiento costarricense, el recurso de amparo representa un mecanismo de tutela que suspende los efectos de la ley o cualquier otra disposición normativa que se impugne, pero únicamente en cuanto se refiere a los efectos propios en perjuicio de la parte agraviada. No obstante, la continuación de los efectos del acto impugnado sí proceden en casos excepcionales mediante *la tutela cautelar constitucional*.⁽²²⁾

(21) MARTÍNEZ DE VELASCO. *Las medidas...*, *Op. cit.*, pág. 18.

“Artículo 41.- La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquellas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados. (...)”

(22) (...) en casos de excepcional gravedad la Sala podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que dependa el funcionario u órgano demandado, o aún de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las cautelas que considere procedentes para proteger los derechos o libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor.” Costa Rica, Ley de Jurisdicción Constitucional, *Ibíd.* 41. Consultada 04 de Junio, 2007.

Es aquí donde se marca una diferencia procesal en cuanto a la postura de otros ordenamientos jurídicos como el español, en donde la regla general es que los efectos del acto impugnado no se suspendan sino que continúen. En este contexto, en España lo que procede de manera excepcional es la suspensión del acto impugnado, es decir, ocurre lo inverso al caso de Costa Rica.

Asimismo en el ordenamiento español se establece la suspensión de actos de los poderes públicos mediante amparo siempre y cuando su objeto sea “(...) *evitar que el eventual amparo de derecho o libertad por razón del cual se promueve el recurso se malogre, porque el acto se ejecuta privando al amparo de utilidad*”.⁽²³⁾

Ahora bien, en España la suspensión sí procede en una situación calificada (*como mecanismo excepcional y como parte de su actividad cautelar*). Esta ponderación cuenta con tres características o nociones jurídicas elementales: a) *La suspensión del recurso de amparo en España requiere o supone que dicha suspensión no lesione un interés constitucionalmente protegido, algún derecho fundamental o libertad de la persona*; b) *Las medidas cautelares suspensivas son medidas excepcionales que sí proceden en el recurso de amparo, cuando así lo considere el Tribunal Constitucional (juicio cautelar)*; y c) *Las medidas cautelares suspensivas tienen como fin el resguardo de los derechos fundamentales y la correcta utilización de los medios y competencias atribuidos al Tribunal Constitucional para hacer valer el amparo y su finalidad*.⁽²⁴⁾

(23) Auto del Tribunal Constitucional Español. 3/1981 (Fundamento Jurídico Primero).

(24) “Dos. Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala (...), de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona. (...) la Sala o la Sección podrá adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad. ESPAÑA, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional Artículo 56.

ARIAS GRILLO: La actividad cautelar en los procesos constitucionales...

Nuevamente dentro del análisis del derecho costarricense, las medidas cautelares suspensivas cuentan así mismo con ámbitos de acción, uno general en cuanto a la especialidad de la jurisdicción y el segundo en cuanto al tipo de acto susceptible de amparo en el cual procedan este tipo de medidas.

En cuanto al primero, las medidas cautelares que pretendan suspender efectos deben siempre estar en directo ejercicio con un derecho fundamental. Es regla general en este país que *la jurisdicción constitucional no puede sustituir la ordinaria en la solución de conflictos de naturaleza civil que no involucren directamente la el ejercicio de algún derecho fundamental.*⁽²⁵⁾

En cuanto al segundo, la suspensión de los efectos procede únicamente en los *actos positivos que limitan o eliminen derechos subjetivos del recurrente, pero sin que ningún otro particular derive derechos subjetivos de ellos (...) por cuanto en al hipótesis si no se produce dicha suspensión, se le puede producir un daño irreparable al recurrente, con lo que la eventual sentencia estimatoria a favor suyo sólo tendría efectos resarcitorios y no de reestablecimiento del derecho fundamental conculcado o amenazado de violación*⁽²⁶⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

Finalmente la Sala Constitucional de Costa Rica ha aportado valiosa jurisprudencia sobre el efectivo suspensivo del recurso de amparo así como de los lineamientos jurisprudenciales tendientes a la adopción de las medidas cautelares suspensivas, en donde entre algunas otras, se rescatan por relevancia las siguientes:

a) Carga de la prueba de la Administración. Corresponde a la autoridad recurrida la carga de la prueba para justificar la continuación de los efectos del acto impugnado, dado que la suspensión de tales efectos operan de pleno derecho salvo casos de excepción. Es deber de la autoridad recurrida demostrar que hay mayor daño o perjuicio (cierto e inminente) al interés público que el ocasionado al agraviado por la ejecución del acto impugnado.

(25) Costa Rica. Sala Constitucional. Voto 4838-93 de las 10:36 horas del 1 de octubre de 1993.

(26) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 148.

b) Vigencia de las medidas cautelares suspensivas. El efectivo suspensivo por mandato legal inicia a partir de la notificación de la admisión del recurso de amparo a las partes, sea mediante medio idóneo de notificación ordinaria, por parte de certificación del juez constitucional, certificación notarial, o cual otro medio fehaciente. El efecto de la medida cautelar suspensiva autorizada por juez constitucional (de oficio o a petición del recurrente) entra en vigencia por los mismos supuestos de notificación del primer supuesto. Por otro lado, los efectos de las medidas desaparecen desde que se desestime el recurso, sin ser necesaria la notificación de la sentencia desestimatoria.

c. La duración de los efectos suspensivos del acto corresponde al máximo órgano constitucional. En este caso la Sala Constitucional se ha pronunciado diciendo que *“la ley (...) señala que los actos impugnados deber ser suspendidos de pleno derecho, con la sola interposición del recurso. Le excepción a esta regla, es decir, el mantenimiento de le ejecución de o los actos impugnados, es decisión que éste reservada a la Sala en pleno”*.⁽²⁷⁾

1.c Medidas cautelares preventivas o anticipatorias

Habíamos dicho que las medidas cautelares preventivas o anticipatorias son aquellas en donde el juez constitucional anticipaba el cambio probable o posible de la situación en conflicto. Las medidas anticipatorias dentro de recurso de amparo no tienen una regulación jurídica expresa en el ordenamiento costarricense, pero lo que no es objetable es su existencia diaria en el quehacer jurisdiccional de la Sala Constitucional de este país.

Resulta interesante la comparación que hace Vecina Cifuentes del Tribunal Constitucional español con el Bundesverfassungsgericht alemán, aludiendo que éste último ostenta mayores potestades cautelares al establecer la posibilidad de *regular una situación mediante medidas provisionales, cuando el interés general lo exija, para evitar un daño inminente*. Añade asimismo, *“(...) el BVerfG cuenta con una potestad cautelar genérica, en virtud de la cual, puede adoptar tanto medidas cautelares conservativas como plenamente anticipatorios de la pretensión del actor (...)”*⁽²⁸⁾ (VECINA CIFUENTES).

(27) Costa Rica. Sala Constitucional, Voto 6568-93 de las 16:06 horas del 14 de diciembre de 1993.

(28) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...)*, Op. cit., pág. 78.

La Sala Constitucional de Costa Rica también cuenta con una *potestad cautelar genérica* similar a la que hace referencia Vecina Cifuentes, en donde se pueden dictar medidas cautelares consideradas procedentes, así como medidas de conservación y/o seguridad que la prudencia aconseje, para evitar riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencias de los hechos realizados. Hernández resalta que dentro del entorno costarricense los campos de la salud, el ambiente y la seguridad social son los más atinados para la adopción de este tipo de medidas, por cuanto por su misma naturaleza tratan con derechos fundamentales propios de la dignidad humana, la calidad de vida de los ciudadanos y su propia vida.

Sobre el tema del medio ambiente, la misma jurisprudencia constitucional ha establecido que el amparo es la vía idónea, bajo estricto apego al principio precautorio, para velar por su tutela, incluida la cautelar. En este contexto, los amparos relacionados con “(...) *el medio ambiente deben ser resueltos por este tribunal, ya que es esta la vía creada por la Constitución para la tutela de los derechos fundamentales que se alegan amenazados, estos derechos, por su especialidad, requieren de una tutela expedita que sólo pueden garantizar el proceso sumario de amparo. (...) es de la mayor importancia constitucional (...) tiene relación directa con las tutelas del orden fundamental (...)*”⁽²⁹⁾

Pensemos entonces en el caso en donde se autoriza el funcionamiento de una empresa química cerca de un área considerada de interés y protección ambiental, sin el estudio ambiental realizado, el juez constitucional podría *prima facie* adoptar una medida cautelar que ordene el cierre temporal de la empresa. Es decir, se otorga la pretensión del recurrente, pero con motivo de que el no otorgarla significaría o podría significar daños de imposible o difícil reparación.

En temas de seguridad social y de salud, la adopción de medidas preventivas o anticipatorias son aún más directas y propias del ser humano. En estos casos la tutela cautelar debe velar por la calidad de vida de las personas, en el peor de los casos por la calidad *mínima* de vida para que ésta sea considerada digna y protegida por el ordenamiento jurídico.

(29) Costa Rica. Sala Constitucional, Voto 2000-10466 de las 10:17 horas del 24 de noviembre del 2000.

Verbigracia, pensamos en algún adulto mayor en estado crítico que necesita de un determinante medicamento para salvarlo de la muerte. En este caso el juez constitucional puede adoptar la medida cautelar preventiva, otorgándole de manera provisional al recurrente las dosis de medicina necesaria para su supervivencia mientras se tramite el amparo. Se repite aquí el problema práctico-jurídico de la adopción de dichas medidas, en donde es muy difícil que un juez constitucional al otorgar una medida como éstas, luego llegue a desestimar el amparo y desproveer al afectado de los medicamentos que en etapas anteriores otorgó para su supervivencia. Es una discusión vigente en la doctrina moderna que cuestiona si la adopción de tales medidas preventivas o anticipatorias no son más que el otorgamiento de las pretensiones del recurrente antes de que se dicte la sentencia definitiva.

2. Recurso de Habeas Corpus

El recurso de habeas corpus dentro de ordenamiento jurídico costarricense, como proceso exclusivamente constitucional, garantiza la libertad e integridad de las personas ante cuatro supuestos fácticos que se resumen en: a) actos u omisiones que vengan de cualquier autoridad inclusive la judicial; b) amenazas a la libertad y las perturbaciones o restricciones que por parte de la Administración se establezcan indebidamente, c) restricciones ilegítimas del derecho de traslado dentro del territorio nacional; d) restricciones ilegítimas a la libre permanencia (salida e ingreso al territorio nacional).

La tutela cautelar empleada por el juez constitucional depende de la situación del caso concreto, y del tipo de recurso de habeas corpus que se trate. La doctrina moderna determina la tipología del habeas corpus haciendo su distinción entre su *naturaleza reparadora, preventiva, restringida y correctiva*⁽³⁰⁾ (HERNANDEZ VALLE). En este contexto, resulta necesario aclarar que *la tutela cautelar que proporciona la jurisdicción constitucional no deberá ser observada como una instancia más dentro del proceso penal*,⁽³¹⁾ por lo cual las medidas cautelares sólo

(30) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 145.

(31) (...) el procedimiento de habeas corpus no puede ser desvirtuado para, por medio de él, cambiar la función del Tribunal y constituirlo en una tercera instancia (...) “en ningún caso se ha incursionado en el mérito de los autos para sustituir a los tribunales que conocen los asuntos de la

deberían ser adoptadas dentro de supuestos específicos como los siguientes:

2.a Amenaza de detención o privación de libertad

Propio del recurso de *habeas corpus preventivo*, la adopción de medidas cautelares dependen del cumplimiento o no de ciertos lineamientos proporcionados por la jurisprudencia constitucional. En este contexto, es importante marcar la diferencia entre los rumores de peligro de detención y las amenazas de peligro de detención. En la praxis jurisdiccional, los primeros *no lesionan ningún derecho, sino hasta que efectivamente dicho acto tenga vicios de ejecutividad, porque antes sólo resulta su mera especulación respecto a la posibilidad de que dicha lesión efectivamente se concrete.*⁽³²⁾ En definitiva, no proceden medidas cautelares en casos en donde lo que existan sean rumores de detención o privación de libertad.

Antes el caso de las amenazas, éstas deben *ciertas, graves e inminentes y en proceso de ejecución*⁽³³⁾ para que las medidas cautelares preventivas procedan. Aplicando los anteriores criterios, el juez constitucional puede adoptar medias cautelares dentro del proceso de *habeas corpus* en donde se tenga como finalidad cautelar el impedir, precaver o evitar una detención que se considera ilegítima y arbitraria.

2.b Perturbaciones a la libertad del recurrente

Propio del *recurso de habeas corpus restringido*, en donde la tutela cautelar procede siempre y cuando lo que se éste lesionando es

competencia ordinaria, a menos que se presentare un grave error en la apreciación de las pruebas o en la interpretación del derecho que conlleve una lesión a legítimo derecho a la libertad.” Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 2000-10397 de las 09:08 horas del 24 de noviembre del 2000.

(32) Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 603-91 de las 15:44 horas del 20 de marzo de 1991.

(33) “(...) no es cualquier amenaza la que produce tal efecto, sino que la misma debe ser precisa, grave, cierta, actual, concreta e inminente, pues de no ser así se estaría en presencia de un futuro incierto que podría no ocasionar ninguna violación a ese preciado derecho constitucional (...).” Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 1142-94 de las 15:03 horas del 01 de marzo de 1994.

la quietud y el sosiego de un ciudadano en cuanto a su libertad personal a raíz de perturbaciones efectuadas por una autoridad.

La tutela cautelar que emana este tipo de recurso cuenta con una limitación sustancial en cuanto a su procedencia y adopción. En este sentido, resulta necesario demarcar las fronteras de los términos perturbación con los de investigación (judicial o policial); en donde el primero trata de un trastorno en la quietud de una persona con respecto a su libertad personal, mientras que el segundo es propio de una conducta en donde su fin es aclarar el actuar ilegítimo de una o varias personas. Las medidas cautelares restringidas no proceden cuando esta de por medio una investigación policial.⁽³⁴⁾

En definitiva, las medidas cautelares sí proceden cuando el trastorno es evidenciable, cierto e inminente, por lo cual el juez constitucional debe adoptar tales medidas con el fin de impedir la continuación de dichas perturbaciones. En este orden de ideas, lo correspondiente sería ordenar a la autoridad correspondiente el cese inmediato de toda acción o actividad con tal finalidad, en miras al resguardo del derecho de libertad personal del recurrente.

2.c Reubicación penitenciaria

Propio del recurso de *habeas corpus correctivo*, no deja de ser una modalidad calificada del recurso preventivo visto anteriormente. Las medidas cautelares proceden cuando un juez constitucional vislumbra una amenaza inminente en la integridad física de un detenido dentro de una prisión, centro penitenciario, centro de detención policial, centro de reclusión y/o cualquier otra dependencia con tales fines.

El fin de la medida cautelar correctiva es que al detenido *se le traslade de sitio dentro de una prisión o se le envíe a otra distinta por estar amenazado en su integridad personal por otro reclusos, el juez constitucional emite una medida cautelar inmediata a fin de que al recurrente se le reubique inmediatamente en otro sitio de la prisión para garantizar su integridad y seguridad personal*⁽³⁵⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

(34) “(...) El hecho de que presuntos oficiales (...) se hayan avocado a investigar al promovente (...) no tiene el efecto de lesionar la libertad e integridad personales de aquél, por lo que no constituye una circunstancia amparable (...)”. Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 6592-94 de las 14:45 horas del 09 de noviembre de 1994.

(35) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 145.

2.d Derecho de traslado

La tutela cautelar dentro este derecho se manifiesta en situaciones jurídicamente distintas que conllevan implicaciones en cuanto a temas de libertad personal, de traslado y tránsito, entre otras. Aquí, las medidas cautelares deben tener como finalidad el resguardo y garantía de derechos de libertad de tránsito, traslado y movimiento. Igualmente, veremos como en casos muy calificados las medidas cautelares pueden declararse improcedentes aún cuando la detención no cuente con las garantías del debido proceso y el principio de inocencia constitucionalmente consagradas.

En este sentido, podríamos pensar en el caso de las pensiones alimentarias, en donde el apremio corporal se encuentra previsto por el ordenamiento jurídico costarricense y por el cual las medidas cautelares resultarían improcedentes a la luz de la normativa vigente.

Ahora bien, merece destacarse la importancia que ha tenido la jurisprudencia constitucional en cuanto a la valoración de medidas restrictivas o cautelares de la libertad física en casos calificados, como lo sería el narcotráfico. El juez constitucional cuenta en estos supuestos con un ámbito de discreción fáctica a la hora de decidir sobre la libertad del afectado, que inclusive mediante la tutela cautelar podría ampliar las causas para denegar a excarcelación.⁽³⁶⁾

En las detenciones administrativas y policiales, propias del *habeas corpus reparador*, las medidas cautelares no proceden, porque lo que se encuentra en disputa no es la violación o no de un derecho fundamental sino la legalidad de la detención como tal (Hernández).

(36) “(...) esa ampliación corresponde al análisis específico de un determinado tipo de delincuencia: el narcotráfico. (...) las previsiones normativas dichas (...) se nos presentan como ideales en tanto que dejar al juez un ámbito de discreción fáctica a la hora de decidir sobre la libertad del imputado, discrecionalidad que no puede llegar a inquietarnos porque, como también ha precisado la jurisprudencia constitucional misma, “tiene como límites criterios de justicia, técnica lógica y conveniencia, que deben quedar patentes en la decisión judicial”. Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 4382-95 de las 15:24 horas del 8 de agosto de 1995.

2.e Prisión preventiva

La prisión preventiva es definida por la jurisprudencia constitucional costarricense como una medida cautelar excepcional, que sólo puede perseguir fines de aseguramiento procesal. Asimismo, la regla general dentro del proceso penal dispone que al imputado se le presume inocente hasta que en sentencia se demuestre lo contrario, por lo cual la privación de su libertad con anterioridad a dicha sentencia debe ser únicamente por una medida cautelar con los fines antes descritos.

Ahora bien, en cuanto al proceso constitucional de habeas corpus, la interposición de dicho recurso no suspende la prisión preventiva en favor del imputado. El razonamiento a seguir da a entender que no se puede otorgar lo solicitado interlocutoriamente, es decir, el habeas corpus no puede servir de agente liberador de un imputado en una causa penal. Asimismo, resulta difícil pensar que una medida cautelar constitucional desnaturalice o se sobreponga a una medida cautelar judicial, por la naturaleza excepcional y aseguradora de esta última para con el proceso penal que se sigue.

La garantía de la tutela cautelar dentro del habeas corpus se reduce a la constatación de ciertas condiciones previas e indispensables para decretar la prisión preventiva. En este contexto, es necesario que dentro del proceso penal existan indicios comprobados de una conducta delictiva, y para que se mantenga la medida cautelar es necesario que ésta sea fundamentada mediante resolución del juez ordinario. Así las cosas, el deber del juez constitucional en esta situación se reduce a comprobar *el cumplimiento de los requisitos establecidos, así como la fundamentación de la medida en aspectos objetivos de índole procesal, puesto que son criterios de necesario acatamiento para la limitación de un derecho tan importante como lo es la libertad personal.*⁽³⁷⁾

Por todo lo anterior, resulta difícil justificar la utilidad de una medida cautelar constitucional en un habeas corpus presentado en contra de una medida cautelar judicial. En definitiva, no procede la medida cautelar constitucional en estos supuestos y su interposición no suspende la prisión preventiva ni el impedimento de salida del país, en el sentido de que lo único procedente es el habeas corpus para la revisión por parte del juez constitucional de la prisión preventiva como tal.

(37) Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 1509-98 de las 9:36 horas del 6 de marzo de 1998.

IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA

En el ordenamiento jurídico costarricense la tutela cautelar en los procesos de control de constitucionalidad y conflictos de competencia es sin duda mucho más restringida, y a la vez caracterizada por una falta de claridad al momento de definir sus rasgos operativos y supuestos fácticos de admisibilidad y/o adopción.

1. Procesos de control de constitucionalidad

Lo primero a resaltar, es que por regir dicho ordenamiento por el sistema concentrado de control de constitucionalidad, es el tribunal o sala constitucional la única que ostenta de forma exclusiva la competencia para expulsar leyes que adolezcan de vicios de inconstitucionalidad, y que de forma coherente pueda *asumir potencialmente la potestad cautelar frente a aquellas leyes sometidas a su consideración por los órganos que la Constitución legitima* (Vecina).

Lo anterior difiere del régimen de tutela cautelar del sistema difuso de constitucionalidad, propio del sistema norteamericano, en donde cualquier órgano judicial cuenta con la competencia de poder desaplicar la ley inconstitucional, y por tanto, si bien puede desaplicarla no habría porque no pudiese suspenderla o asumir una potestad cautelar frente a ella.⁽³⁸⁾

1.a Regla general

La primera consideración que aquí nos ocupa es el efecto suspensivo de los procesos de acción de inconstitucionalidad y de la consulta (judicial y/o legislativa) de constitucionalidad. El ordenamiento

(38) “(...) existen algunos (institutos jurídicos) que sí cumplen una evidente función cautelar (...) se trata de las *temporary injunctions* y las *interlocutory injunctions*, concedidas con *order o writ*, que son órdenes dirigidas por el juez a un sujeto privado o público de hacer o no hacer una determinada acción para evitar prejuicios en el tiempo necesario para demostrar el propio derecho en el procedimiento jurisdiccional ordinario.” VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...)*, *Op. cit.*, pág. 93.

jurídico costarricense dispone que el efecto de admitir una acción de inconstitucionalidad o consulta judicial es *suspender el dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada (...) hasta tanto no haya emitido el pronunciamiento del caso.*⁽³⁹⁾ En efecto, esta suspensión es una modalidad de medida cautelar automática por mandato legal expreso.

La consulta de constitucionalidad genera la suspensión en la tramitación del proceso o recurso hasta tanto el órgano constitucional no evacue la consulta. La jurisprudencia constitucional explica que dicha suspensión *significa que el juez deba abstenerse de dictar el acto que genere dudas de constitucionalidad, para no hacer nugatorio el cumplimiento de lo que en definitiva se resuelve en esta sede.*⁽⁴⁰⁾ Asimismo, la consulta judicial de constitucionalidad, en cuanto a su alcance cautelar, no tiene efectos suspensivos en procesos distintos de aquél en que se formuló.

2. Excepciones o salvedades

Ahora bien, la regla general antes expuesta cuenta con una serie de excepciones que merecen su comentario. Primeramente, si bien la admisión de la acción de inconstitucionalidad y/o la consulta de constitucionalidad resulta en la *suspensión del dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada, esto no es así en los casos de que deba aplicarse la norma impugnada durante la tramitación del proceso, debido a que la suspensión opera en el momento procesal en que se hace necesario aplicarla* (es decir, el proceso no debe suspenderse hasta que se encuentre en la etapa procesal de la decisión final, sino debe hacerlo necesariamente con anterioridad). En este contexto, el alcance de esta tutela cautelar automática tiene una finalidad de aseguramiento procesal, en donde al juez ordinario se le impide continuar con las etapas siguientes o bien dictar un fallo definitivo o final dentro del proceso.

(39) Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 4676-93 de las 14:39 horas del 28 de septiembre de 1993.

(40) Sala Constitucional, Voto 851-96 de las 09:12 horas del 16 de febrero de 1996.

La segunda excepción conlleva una superposición del interés público sobre la regla general. En estos supuestos, es evidente y manifiesta la necesidad del juez constitucional de negar la tutela cautelar y librar el efecto suspensivo que supone la admisión de la acción de inconstitucionalidad y las consultas de constitucionalidad (judicial y legislativa) a los procesos en que ésta se aplica. Con fines ilustrativos, “(...) *si alguien recurre por vicios formales el entero Código Civil es evidente que el juez constitucional tiene la facultad de autorizar su aplicación irrestricta en todos los juicios, pues de lo contrario se produciría un grave disloque a la administración de justicia y a la paz social*”⁽⁴¹⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

Similar premisa se encuentra en la suspensión cautelar de las leyes autonómicas en España, en donde el interés público es considerado excepción o salvedad del acuerdo de suspensión que existe en la ejecución del acto impugnado. En este contexto, el Tribunal Constitucional dispone que *el juicio cautelar se convierte básicamente en un juicio de ponderación de los daños que le ejecución podría causar a los intereses públicos cuya tutela tiene encomendada el Estado, para el caso de no adoptarse la suspensión cautelar o levantarse la ya acordada (...) de tal forma, que la solución adoptada sea la más conveniente al interés general y la que menos perjuicios pueda causar sea cual sea la decisión final.*⁽⁴²⁾

3. Conflictos de competencia

El juicio cautelar en los procesos constitucionales de los conflictos de competencia encuentra su asidero jurídico en la misma Constitución Política costarricense. En este sentido, la jurisprudencia constitucional rescata la misión del órgano máximo de control de constitucionalidad estableciendo, entre otras, que “*esta Sala debe ofrecer un reparo a las violaciones que se cometan en el ejercicio de las competencias de la autoridad, no importando en ese caso, si a la comunidad le interesaba que se actuara como se hizo, puesto que la Constitución Política es el marco dispuesto por la sociedad para que dentro de sus disposiciones actúen los organismos públicos y de ahí la*

(41) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 152.

(42) Auto Tribunal Constitucional Español 382/1983, de 5 de agosto, Folio jurídico 1. /En/ VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...)*, *Op. cit.*, pág. 161.

conclusión final a la que asistimos, según la cual su olvido o torcida aplicación torna ilegítima la actuación del Estado”.⁽⁴³⁾

Dentro del contexto de nociones básicas de este tipo de proceso constitucional, en el ordenamiento costarricense no existe una enumeración taxativa de los órganos que pueden interponer este tipo de conflictos en sede jurisdiccional, sino más bien incluye dentro de su ámbito de acción a los Poderes del Estado, las municipalidades, entes descentralizados y demás personas del Derecho Público. Ahora bien, el órgano constitucional, por su propia naturaleza, puede *únicamente atender conflictos que se basen sobre disputas de competencias constitucionales*.⁽⁴⁴⁾ Es decir, cualquier conflicto de competencia o medida cautelar interpuesta que se base sobre criterios de legalidad competencial no es susceptible de tutela constitucional.

3.a Naturaleza del conflicto de competencia

La naturaleza de las medidas cautelares en los procesos de conflictos constitucionales de competencia se entienden mejor al entender la naturaleza propia de este proceso. En este contexto, la doctrina clasifica dos tipos de conflictos de competencia: a) el conflicto positivo y b) el conflicto negativo.

- **Conflicto positivo.** Propio de la disputa entre dos o más órganos públicos que sienten que el conocimiento de una pretensión se encuentra dentro de su esfera competencial. Es este sentido, la disputa se basa en declarar quien ostenta la competencia para la situación específica. Como se trata de un conflicto entre órganos propio del derecho público, son éstos órganos los que originan este tipo de conflictos ante el juez constitucional.

(43) Sala Constitucional, Voto 76-92 de las 16:30 horas del 15 de enero de 1992.

(44) “(...) se refiere a ‘conflictos o atribuciones constitucionales’, no a cualquier clase de conflictos de competencia (específicamente, no a los conflictos administrativos entre entes públicos por razón de competencias atribuidas a éstos por normas de rango inferior a la Constitución (...)). Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 572-94 de las 9:12 horas del 28 de enero de 1994.

La naturaleza del fallo constitucional en este proceso es *declarativa* y *anulatoria*: el primero en cuanto declara la competencia a favor de una de las partes en conflicto, y la segundo porque puede darse el caso en donde el juez constitucional ordena anular los actos que la parte vencida haya realizado en cuanto a la pretensión objeto del conflicto de competencia.

• **Conflicto negativo.** Ocurre en supuestos en donde raíz de una pretensión interpuesta por una parte (pública o privado; jurídica o física) ante dos o más instancias u órganos públicos, ninguna de ellas se declara competente para conocer la pretensión planteada. En este caso, el juez constitucional emite un fallo declarativo, en donde indica cual órgano o entidad pública es la encargada de conocer la pretensión planteada.

La naturaleza del fallo constitucional es *declarativo e impositivo*: la primera en razón de que declara quien es el órgano competente para realizar la acción, y la segunda por cuanto el juez constitucional debería establecer un plazo prudencial para que el órgano declarado competente conozca de la pretensión planteada en ejercicio de su atribución competencial constitucionalmente reconocida.

3.b La tutela cautelar competencial

Las medidas cautelares constitucionales en esencia tienen una naturaleza predominantemente *suspensiva* en este tipo de procesos. La idea aquí es clara, las medidas cautelares deben adoptarse como un instrumento de aseguramiento procesal, conservación o innovación de la situación existente; en donde en este caso prevalece el interés de definir con certeza la atribución constitucional o esfera competencial en disputa.

Por otro lado, las medidas cautelares pueden tener también efectos *anulatorios* cuando el juez constitucional determina que deben anularse actos o resoluciones tomadas por un órgano mientras se resuelve el conflicto de competencia planteado. Este supuesto es propio de los conflictos positivos, en donde la pretensión (objeto del conflicto de competencia) es perseguida por varios órganos o entidades públicas y por ende, pueden haberse dictado actos o resoluciones específicos que deben ser remitidos a la tutela cautelar por medio del accionar del juez constitucional. En cuanto a la determinación de la función del juez constitucional "(...) es claro que el juez constitucional podría ordenarle a dicho órgano que se abstenga de continuar dictando actos y

realizando conductas materiales en ejercicio de la competencia cuestionada, hasta que el conflicto se resuelva por el fondo (...)⁽⁴⁵⁾ (HERNANDEZ VALLE).

El ordenamiento jurídico costarricense no regula satisfactoriamente el tema de la tutela cautelar en este tipo de procesos constitucionales, no obstante, como así sucede en la jurisdicción peruana, el “(...) *Tribunal Constitucional deberá realizar una función creativa y técnica de interpretación constitucional, pero no especulando dogmáticamente con las normas, sino concretizándolas al problema planteado, de acuerdo con los principios y métodos constitucionales, para hallar razonablemente la delimitación competencial correspondiente(...)*”⁽⁴⁶⁾ (LANDA). Todo lo anteriormente descrito persigue la finalidad de la prevención cautelar, en estricto resguardo del interés público en cuanto a los efectos que puedan suscitarse de la ejecución de actos o decisiones provenientes de conflictos de competencia, en donde el daño causado sea inminente y de difícil o imposible reparación.

En definitiva, la naturaleza de la Sala Constitucional costarricense permite que dentro de los límites constitucionales a la configuración de las medidas cautelares se introduzca la adopción de la tutela cautelar para dirimir conflictos de competencia.

V. SÍNTESIS DEL TRABAJO

A manera de conclusión se deducen las principales ideas y comentarios planteados en el anterior trabajo:

Parte General:

- Los procesos constitucionales como mecanismos de tutela requieren de una agilidad y garantía procesal idónea para lograr el resguardo, atención, tutela y eficaz cumplimiento de los derechos fundamentales. Dentro de estos mecanismos nos encontramos con las medidas cautelares constitucionales.

(45) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 152.

(46) LANDA, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2003, pág. 156.

ARIAS GRILLO: La actividad cautelar en los procesos constitucionales...

- Las medidas cautelares constitucionales, para su correcta adopción por parte del juez constitucional, deben contar con sus características básicas de instrumentalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad, funcionalidad y variabilidad.

Las medidas cautelares constitucionales cuentan con una tipología distinta a las medidas cautelares meramente civiles, por lo cual las primeras se distinguen por su naturaleza inhibitoria (impedir el ejercicio de facultades), restitutoria o de reestablecimiento (llevar algo al estado que antes tenía), y preventiva o anticipatorio (anticipación de un daño o perjuicio).

Recurso de amparo:

- Las medidas cautelares dentro del proceso constitucional de amparo cuenta con dos vertientes principales: las medidas cautelares suspensivas y las medidas cautelares preventivas o anticipatorias.
- Las medidas cautelares constitucionales que pretendan suspender efectos deben siempre estar en directo ejercicio con un derecho fundamental. La jurisdicción constitucional no puede sustituir la jurisdicción ordinaria en la solución de conflictos que no involucre directamente derechos fundamentales.
- El efecto suspensivo de la medida cautelar constitucional entra en vigor desde la notificación de la admisión del recurso de amparo a las partes por medio fehaciente e idóneo. Las medidas desaparecen desde el momento en que se desestime el recurso sin ser necesaria la notificación de la sentencia desestimatoria.
- La Sala Constitucional de Costa Rica cuenta con una potestad cautelar genérica que le permite dictar medidas cautelares (así como medidas de conservación y/o seguridad que la prudencia aconseje), para evitar riesgos materiales o evitar que se produzcan daños como consecuencia de los hechos realizados que sean objeto de la jurisdicción constitucional.

Recurso de habeas corpus:

- La tutela cautelar que proporciona la jurisdicción constitucional no debe ser observada como una instancia más dentro del

proceso penal, por lo cual las medidas cautelares sólo deberán ser adoptadas dentro de supuestos jurídicos específicos.

- No proceden medidas cautelares constitucionales en casos en donde lo que existe son rumores de detención o privación de libertad.
- Las medidas cautelares constitucionales restringidas no proceden cuando este de por medio una investigación policial. Es decir, las medidas cautelares constitucionales en supuestos de perturbación a la libertad no proceden cuando el recurrente es objeto de una investigación judicial o policial.
- En casos muy calificados como el del narcotráfico el juez constitucional pueden declarar improcedentes las medidas cautelares solicitadas por el recurrente aún cuando la detención no cuente con las garantías del debido proceso y del principio de inocencia.
- En el proceso constitucional del habeas corpus la interposición del recurso no suspende la prisión preventiva en favor del imputado. El habeas corpus no puede servir como un agente liberador (de naturaleza cautelar) de un imputado en una causa penal.

Procesos de control de constitucionalidad:

- En un sistema concentrado de control de constitucionalidad como el de Costa Rica, la Sala Constitucional (tribunal constitucional) es la única que ostenta de forma exclusiva la competencia para expulsar leyes que adolezcan de vicios de inconstitucionalidad y que puede asumir potencialmente la potestad cautelar frente a aquellas leyes sometidas a su consideración.
- La tutela cautelar dentro de un sistema difuso de control de constitucionalidad, supone que todo órgano judicial cuenta con la competencia de poder desaplicar la ley inconstitucional, o bien suspenderla o asumir potencialmente la potestad cautelar frente a ellas.
- En Costa Rica, al admitirse una acción de inconstitucionalidad o consulta de constitucionalidad se suspende el dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada hasta tanto no haya emitido el pronunciamiento del caso. Esta suspensión es una modalidad de medida cautelar automática por mandato legal.