

**UNIVERSIDAD DE BELGRANO BUENOS AIRES-
ARGENTINA.**



**“PRINCIPALES ASPECTOS CARACTERÍSTICOS
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.”**

Tesina para optar por el título de:

Especialización en Derecho Administrativo

Sustentada por:

José Amado Inoa Almonte

Buenos Aires., República Argentina

**PRINCIPALES ASPECTOS
CARACTERÍSTICOS DE LAS
MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

CONTENIDO

• Introducción.....	4
• CAPITULO PRELIMINAR. Precisiones sobre el proceso contencioso administrativo y la participación del Estado.....	7
• Marco Conceptual sobre el Proceso Contencioso Administrativo.....	7
• La Participación del Estado en el Proceso Contencioso Administrativo.....	11
• CAPITULO I. Identificación las medidas cautelares como figura procesal.....	23
• Particularidades de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.....	23
• Presupuestos procesales esenciales para la adopción de las medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo.....	33
• CAPITULO SEGUNDO. Perspectivas de la tutela cautelar: género y garantía.....	45
• Características de las medida cautelar en el derecho común.....	45
• Correlación de la tutela cautelar con la tutela judicial efectiva.....	52
• Conclusión	58
• Bibliografía	60

Introducción

Iniciaremos esta introducción con las palabras de Chiovenda: *“il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione”*.

Esta célebre frase ha sido utilizada por casi todos los autores administrativistas que se han referido de alguna forma a la tutela cautelar, entendiendo que en ella se encuentra la esencia que fundamenta la existencia de las protecciones cautelares de los ordenamientos jurídicos.

La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, materializada en las medidas cautelares, comprende una protección que se ofrece a las personas, en el curso de un proceso, a través de aquellos actos que garantizan sus pretensiones. En otras palabras, son decisiones provisionales que toma el juez, a petición de parte, cuyo propósito es el de asegurar la situación jurídica, el derecho o el interés, objeto del proceso principal, para evitar que el tiempo que tarda la decisión pueda tornarse en un perjuicio irreparable o de difícil reparación para ella.

Las medidas cautelares, entonces, vienen a ser las herramientas que ha dispensado el legislador para combatir los efectos negativos que el tiempo procesal pueda provocarle a la parte.

Su naturaleza jurídica ha sido discutida constantemente por las diferentes corrientes doctrinarias, debatiendo entre su nivel de autonomía procesal o su carácter incidental dentro del proceso.

Este trabajo de investigación tiene como objeto principal el estudio de esas medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Definitivamente, este trabajo es asistido, sobre todo, de la doctrina y la jurisprudencia española, cuyos autores y jueces han desarrollado una extensa labor analítica y descriptiva de las medidas cautelares, tanto en su ordenamiento como en el de la Comunidad Europea.

En primer lugar, hemos iniciado con un capítulo preliminar abordando ciertas generalidades del proceso contencioso administrativo y de la participación del Estado como sujeto procesal. Hemos creído necesario esta inclusión, debido a que esta jurisdicción posee particularidades muy propias que determinarán aspectos de mayor relevancia en el curso del desarrollo de los planteamientos expuestos.

Sobre la participación del Estado, una de las características fundamentales que dista a la jurisdicción contenciosa de las demás, hemos precisado las situaciones en las que el Estado, y más propiamente la Administración Pública, puede tomar parte en el proceso, explicando que no todas sus actuaciones son susceptibles de exportar la posibilidad de un recurso de esta naturaleza.

Más adelante, en el primer capítulo, se ha realizado un estudio profundizado sobre las medidas cautelares, explicando los diferentes puntos de vista que la doctrina expone sobre su naturaleza. Así como también las características que definen su estructura y comportamiento.

Los autores del tema han identificado diferentes características de las medidas cautelares, apegándose a las legislaciones y a la jurisprudencia que subsisten en sus ordenamientos. Sin embargo, hemos precisado los elementos constantes entre cada uno de ellos, que permitirán obtener una noción más acabada de esta figura.

Al tiempo de enunciar sus particularidades, hemos expuesto los presupuestos procesales necesarios para la concesión de las medidas cautelares por parte de los tribunales. Con respecto a estos presupuestos, existe mayor conciliación entre las diferentes doctrinas, e incluso, la jurisprudencia de los ordenamientos. No obstante, la importancia de este punto recae en los alegatos que utilizan los autores para sobreponer la verificación de un elemento sobre otro. Así, algunos se avocarán a la mayor relevancia del *periculum in mora*, otros a la preponderancia del *fumus boni iuris*, mientras algunos sustentan la importancia de la ponderación de los intereses contrapuestos.

En el desarrollo de nuestro segundo capítulo, hemos buscado abordar el análisis sobre las medidas cautelares desde dos ángulos que las vinculan con otras materias. De esta forma, se estudiarán las medidas cautelares como género.

Por último, vincularemos la tutela cautelar con la tutela judicial efectiva, demostrando que la relación entre ambas justifica la “constitucionalidad” de las medidas cautelares, toda vez que la tutela judicial efectiva es una garantía fundamental establecida en la Constitución y los tratados internacionales, sirviendo las medidas cautelares como garantía a esa tutela, es decir, como garantía a la garantía. Esto se fundamentará en la finalidad de las medidas cautelares de garantizar la ejecución de la sentencia definitiva que dicte el tribunal, resultando en la efectividad de la tutela que procuran las personas en el orden judicial.

CAPITULO PRELIMINAR

Precisiones sobre el proceso contencioso administrativo y la participación del Estado.

§ Marco Conceptual sobre el Proceso Contencioso Administrativo.

Para la conceptualización de términos compuestos los autores buscan su descomposición, ya que las palabras que los conforman le otorgan su sentido, tanto por su significación etimológica como por su finalidad u objeto.

En el caso de “Proceso Contencioso Administrativo”, es menester analizar por separado los significados de “proceso”, “contencioso” y “administrativo”, entendiendo que su conjugación es la que configura el concepto central en cuyo eje gira el presente estudio.

Por una parte, HERNÁNDEZ-MENDIBLE define *proceso* como “la secuencia, serie o cadena de actos coordinados que se efectúan como consecuencia de la interposición de la acción que han intentado las partes, con el fin de excitar al Estado, para que en ejercicio de su función jurisdiccional, les satisfaga sus pretensiones”¹. Por su parte, DURÁN MARTÍNEZ lo define en las palabras de FRUGONE como: “el conjunto de actos coordinados entre sí, combinados los unos con los otros, de tal manera que el anterior es el presupuesto del posterior y el

¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo. Caracas: Editora Vadell hermanos, 1998. P. 17.

*posterior, a su vez, condición del anterior, que tienden a un resultado común, que es la decisión definitiva*².

CABANELLAS DE TORRES ofrece varias definiciones de *proceso* en su Diccionario Jurídico Elemental, de las cuales tomaremos las tres que nos interesan: “1) *Las diferentes fases o etapas de un acontecimiento. 2) Conjunto de autos y actuaciones. 3) Litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal*”³. Aún cuando este autor las ofrece de manera independiente las unas de las otras, podemos observar que las tres se hallan en mayor o menor medida en la conceptualización del término que hacen los autores precedentemente citados.

Consideramos que, para los fines de este estudio, Hernández-Mendible ha sido más explícito que Frugone definiendo la palabra *proceso*, ya que éste último no se refiere ni al litigio ni a las pretensiones; explica que hay una coordinación de actos que buscan una decisión definitiva, pero no hace alusión al objeto de esta decisión como tampoco a quién tiene la atribución de tomarla. Su definición es muy amplia y general, por lo que partiremos de la primera que hemos elegido para los consecutivos planteamientos. Ésta nos resulta más apropiada entendiendo que, al igual que COUTURE⁴, Hernández-Mendible orienta su definición al procedimiento jurisdiccional exclusivamente, conveniente en el esclarecimiento conceptual del *Proceso Contencioso Administrativo*.

A continuación, identificamos algunos elementos coincidentes que permiten construir un significado común para el *proceso*:

² FRUGONE SCHIAVONE, H. *Principios fundamentales del procedimiento administrativo*. En PRAT, J.A. y et al. *Procedimiento Administrativo*. Montevideo: Acali Editorial, 1977. P.13. en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007. P. 12.

³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Decimosexta edición. Buenos Aires: Heliasta, 2003. P. 322.

⁴ Explica que el fin del proceso es lo que lo caracteriza: “*el proceso procura la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada*”, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Ob Cit.* P. 12.

- a) Se trata de un conjunto de actos, respetando un orden de consecución dado por las etapas en que se encuentre la acción.
- b) Se produce a partir de un litigio o una disputa, cuando las partes reclaman sus pretensiones.
- c) También explican que la finalidad u objeto que se busca es la respuesta del Estado a través del aparato jurisdiccional.

CABANELLAS incluye el término en su Diccionario Jurídico Elemental. Contencioso es: “*En general litigioso, contradictorio. El juicio seguido ante juez competente sobre derechos o cosas que disputan entre sí varias partes contrarias*”. Con respecto a la materia que nos ocupa, el autor agrega: “*Contenciosa es la jurisdicción de los tribunales que deben decidir contradictoriamente, en contraposición a los juicios de carácter administrativo y a los actos de la jurisdicción voluntaria. La jurisdicción encargada de resolver las cuestiones surgidas entre los particulares y la Administración se denomina contencioso-administrativa*”⁵. De esta manera, lo *contencioso* se entiende como un adjetivo que se resalta controversia o contradicción, a la vez que sirve para identificar la jurisdicción que tiene como atribución dirimir conflictos de carácter administrativo.

El término *administrativo* hace referencia a la participación del Estado en cualquiera de sus manifestaciones jurídicas, a través de las entidades estatales como de las entidades no estatales de derecho público, enmarcadas en la función administrativa. *Administrativo* se usa como adjetivo para distinguir el género de la especie; en este sentido, *contencioso* es el género, mientras que *contencioso administrativo* es la especie.⁶

Para precisar más este marco conceptual, debemos aproximarnos a la definición de *contencioso administrativo* en su

⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Ob Cit.* P. 90.

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A. *Ob Cit.* P. 8

forma compleja, con un análisis inductivo que nos permita revelar el concepto más próximo a esta especie.

Lo contencioso-administrativo *“manifiesta el carácter impugnatorio que este tipo de proceso tiene, en relación con una actuación administrativa previa”*⁷.

A partir de la conjugación de todos los conceptos que se importaron con anterioridad, es posible obtener una definición más precisa de Proceso Contencioso Administrativo. De esta forma, puede definirse como el conjunto de actuaciones coordinadas consecutivamente que tienen por objeto la resolución de un conflicto entre uno o más particulares y el Estado, en el ejercicio de una función administrativa, mediante la decisión de un tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se pueden extraer los principales elementos que han servido para alcanzar este concepto:

1. Más que actos, hemos optado por decir que son actuaciones, en el entendido de que no todas las manifestaciones de las partes en el curso de un proceso contencioso administrativo se dan en la forma de actos jurídicos.
2. Estas actuaciones son coordinadas consecutivamente porque el proceso está estructurado en etapas o fases que exigen que se realicen en determinados momentos, y no en otros, desde que la jurisdicción es apoderada.
3. Su propósito es resolver una disputa o controversia que exista entre un particular y el Estado. Más adelante nos referiremos a cuáles son los órganos del Estado y las

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Tercera edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. P. 840.

funciones de éstos que están controladas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

4. El proceso contencioso administrativo busca la respuesta del órgano jurisdiccional con relación al reconocimiento de las pretensiones de las partes objeto de la controversia, resultado que es obtenido por medio de una sentencia que expresa la decisión definitiva.
5. Existe una jurisdicción especial denominada “jurisdicción contencioso administrativa”, encargada de la administración de justicia en el marco de estos procesos.

§ La Participación del Estado en el Proceso Contencioso Administrativo.

Con relación a la identificación de las partes del proceso contencioso administrativo consideramos partir de un concepto más o menos general de Derecho Administrativo; MEUCCI: *“el conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder Ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad”*⁸. SAYAGUÉS LASO explica que es: *“la parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa”*⁹. Mientras que GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ explican el concepto de derecho administrativo como: *“el derecho propio y específico de las administraciones públicas en cuanto sujetos. Tiene carácter estatutario y constituye para sus singulares sujetos un verdadero derecho común, capaz de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes”*¹⁰.

⁸ En CABANELLAS DE TORRES, G. *Ob Cit.* P. 120.

⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava edición. Uruguay: Clásicos Jurídicos Uruguayos. Fundación Cultura Universitaria, 2002. P. 38.

¹⁰ ¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso Derecho Administrativo. Tomo I. Versión Latinoamericana en base a la duodécima edición. Lima y Bogotá: Palestra-Temis, 2006. P. 38

En principio, encontramos como intervinientes del proceso contencioso administrativo a los particulares y, en contraposición, al Estado, aunque este último no aparece en todas sus facetas. Hay situaciones específicas en las cuales el Estado puede participar del proceso; estamos hablando de su rol de Administración Pública, lo que significa que aparece en el escenario del proceso contencioso administrativo en el marco de sus funciones administrativas, exclusivamente.

Pero no es suficiente apuntar a la definición del Derecho Administrativo para ubicar con exactitud la presencia de la Administración Pública en el proceso contencioso administrativo; para lograrlo es igualmente necesario explicar el objeto de la jurisdicción administrativa, así como el criterio al cual se sujetan las actuaciones de la Administración Pública, ya que, de lo contrario, parecería que sólo el Poder Ejecutivo es susceptible de formar parte del proceso.

La finalidad de la jurisdicción que administra este proceso, según ALVARADO, es *“asegurar y garantizar que la administración respete la legalidad”*¹¹, a lo que se puede agregar que *“Allí donde no hay control jurisdiccional de la actividad del Estado no hay Estado de Derecho”*¹².

Por su parte, BREWER señala que desde el derecho administrativo hay algunos aspectos que se deben estudiar, de los cuales hemos tomado el siguiente: *“c) La función administrativa dentro de las funciones del Estado como tareas esenciales, cuya diferenciación*

¹¹ ALVARADO, Rosina de. El principio de legalidad o el control del Leviathan. En Revista de Ciencias Jurídicas No. 18. P. 145 y ss.

¹² *Ídem*.

no coincide ni con la separación de poderes ni con las actividades estatales.”¹³

Con estas precisiones que hemos incluido buscamos fundamentar el alcance del derecho administrativo e identificar las personas de derecho público que pueden intervenir en el curso de un proceso contencioso administrativo.

Es comprobado así que el Estado como sujeto procesal puede aparecer desde todos sus órganos, siempre que la controversia se enmarque en el ejercicio de las funciones administrativas. Podría pensarse que estas funciones se dan únicamente desde la Administración Pública central; sin embargo, otras entidades de derecho público, estatales o no, así como los demás Poderes del Estado, también pueden ser sujetos procesales toda vez que comporten alguna función administrativa. En este sentido, el Estado es presentable ante la jurisdicción contencioso administrativa por medio del Poder Ejecutivo y sus dependencias, de los organismos autónomos y descentralizados del Estado, de los municipios, de las entidades no estatales de derecho público, e incluso, de los Poderes Legislativo y Judicial, en el ejercicio de funciones eminentemente administrativas.

Esta última parte, sobre la posibilidad de procesar ciertas actuaciones del Poder Legislativo y del Poder Judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ha sido debatida en más de una ocasión. Pero haber explicado el fin de esta jurisdicción, el objeto del derecho administrativo y el propósito de la Administración Pública encuentra su principal razón en este momento.

¹³ BREWER CARÍAS, Alan. (2007). Citado por MORA BASTIDAS, Freddy. Derecho Administrativo I: contenido del Derecho Administrativo. Mérida: Universidad de los Andes. Consultado el día 1 de octubre de 2013. Disponible en http://webdelprofesor.ula.ve/economia/fremoba/docs/contenido_derecho_administrativo.pdf

Planteamos en las palabras de Durán Martínez que la jurisdicción contencioso administrativa tiene como propósito ejercer un control sobre el Estado para que exista una garantía en el cumplimiento de su finalidad principal que es el logro del bien común, ya que sin dicho control de la actividad estatal no hay Estado de Derecho; mientras que Alvarado prosigue con que ésta debe asegurar el respeto a la legalidad por parte de la administración. Si relacionamos estos postulados con la idea de Brewer, de que “*su diferenciación no coincide con la separación de poderes*”; obtenemos sin lugar a dudas un presupuesto concreto: el control jurisdiccional sobre la Administración recae sobre los tres Poderes del Estado, siempre que se encuentren en el ejercicio de una función administrativa. Esta función administrativa es la clave que abrirá las puertas a la participación del Estado en esta categoría de procesos.

Existen, por igual, casos en los que el alcance de lo contencioso administrativo trasciende la frontera de la función administrativa del Estado. Sucede cuando se abre un proceso cuya causa no se origina en una actuación de la función administrativa de la Administración Pública, sino en un acto de otra naturaleza.

Explicar esto exige evocar la clásica concepción del principio de separación de poderes planteado por Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes” de 1748, en la que se esboza un Estado dividido en tres poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sustentado en un sistema de frenos y contrapesos. Su inspiración fue el sistema constitucional de Gran Bretaña que marcaba la distinción entre los poderes del monarca, los del Parlamento y los de las cortes. Montesquieu propuso una real independencia del Judicial, considerando imprudente la vinculación que tenía con los demás poderes estatales. Este modelo político fue tomado por una gran parte de las constituciones europeas y por casi todas las constituciones

americanas, incluyendo al sistema de división de poderes de la República Dominicana y la República Argentina¹⁴.

La separación de poderes es la nota distintiva de una forma republicana de gobierno, que busca el establecimiento de lo que JORGE PRATS denomina un *“esquema organizatorio de control del poder”*; explica el autor que ésta *“se vincula con la existencia de un conjunto de competencias y funciones de los órganos políticos en términos de balance, de frenos y contrapesos (checks and balances)”*¹⁵.

No obstante, ese mismo sistema de frenos y contrapesos ha conducido a que en la actualidad la separación de poderes esté funcionalmente menos acentuada. Así ocurre cuando a un Poder del Estado le es otorgada una atribución que no es propia o consustancial a su naturaleza primigenia. Explica PROCIUK que: *“En el orden de la realidad lo que ocurre es que cada órgano en quien se distribuye el poder estatal tiene asignada una de las funciones señaladas como competencia predominante, sin que esa prevalencia obste a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materialmente distintas”*¹⁶. En suma, a la Administración le son reconocidas una serie de potestades administrativas que constituyen el *poder general de la Administración* ¹⁷, las cuales, según GARCÍA OVIEDO, *“constituye una nueva prueba contra la doctrina absolutamente separatista de los poderes públicos”*¹⁸. Estas potestades concedidas a la Administración Pública por parte del legislador, que quiebran la división totalitaria entre los poderes públicos, no son sino facultades

¹⁴ En la República Dominicana, el principio de la separación de los poderes del Estado se encuentra contemplado en el Art. 4 de la Constitución: ***“Gobierno de la Nación y separación de poderes. El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. (...)”***

¹⁵ JORGE PRATS, Eduardo. Derecho Constitucional. Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2005. v. 1, P. 614-615.

¹⁶ PROCIUK, Gustavo. El Derecho Administrativo. [en línea]. Buenos Aires. [Consultado el día 17 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.prociuk.com/Derecho%20Administrativo.pdf>

¹⁷ GARCÍA OVIEDO, Carlos. Instituciones de Derecho Administrativo. Sevilla, 1927. P. 128.

¹⁸ *Ibíd.* P. 129

necesarias que le permiten realizar eficazmente la labor administrativa.

Adhiriéndonos a la parte de la doctrina que considera que la Administración Pública y el Poder Ejecutivo son términos que se refieren a órganos distintos¹⁹, sostenemos que estas potestades no violentan la finalidad del orden político “organizatorio” que busca establecer el principio de división de poderes. Más bien, su propósito es la consolidación de las funciones de la Administración Pública (y muy específicamente, el carácter del Poder Ejecutivo como ejecutor de las leyes) para lograr cumplir con la función ordenadora del Estado.

En ese sentido, cabe señalar la división que hace GARCÍA OVIEDO en su obra “Instituciones del Derecho Administrativo” de las potestades de la Administración Pública en tres grandes grupos, que coinciden con la división de los poderes del Estado; explica el autor, entonces, que existe la potestad legislativa o reglamentaria, la potestad ejecutiva y la jurisdiccional.

En el primer caso, encontramos los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, como manifestación de la facultad legislativa o normativa que tiene este Poder del Estado. Por esta razón, también se le conoce como “potestad reglamentaria”. Este poder de crear normas que tiene el Ejecutivo encuentra sustento desde los textos legales, pero debe señalarse igualmente que hay razones políticas que la respaldan: se trata de la necesidad de reglar los detalles que, dada su amplitud, las leyes no regulan. Es lo que explica Goodnow, citado por AMIAMA: *“se considera que resulta una necesidad de la función ejecutiva, puesto que no se pueden ejecutar las leyes, particularmente las administrativas, sin tenerse al mismo tiempo la facultad de reglar*

¹⁹ Ver Thorpe, Picard, Posada. GARCÍA OVIEDO, C. *Ob. Cit.* P. 124-126.

*los detalles, de su ejecución por medio de reglamentos (...)*²⁰. Por su parte, GARCÍA OVIEDO interviene en el siguiente sentido: *“(...) el fundamento del reglamento y de la potestad de dictarlo estriba en la imposibilidad de aplicar la ley por sí sola, dada su naturaleza demasiado abstracta y sintética, por lo que se impone desentrañar sus preceptos adaptándolos a la realidad, que es lo que hace el reglamento”*²¹.

La importancia de este poder de legislar delegado en el Poder Ejecutivo, se localiza, definitivamente, en la necesidad de garantizar la ejecución de las leyes en las situaciones concretas que surjan por las necesidades que se generen en la sociedad. Las leyes se caracterizan por la amplitud que albergan sus disposiciones, razón por la cual de una misma ley podrían emanar tantos reglamentos como ejes contenga, que necesiten ampliarse para su aplicación y eficacia. Al respecto, MEILÁN GIL concuerda: *“El “gobierno de las leyes” es insuficiente. La complejidad que implica atender a las crecientes demandas de la sociedad reclama un protagonismo del tradicionalmente denominado poder ejecutivo. Su poder normativo será, sin embargo, delegado del legislativo, para mantener el principio de la denominada “soberanía de la ley”, del “imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular”, como dice el Preámbulo de la Constitución española de 1978”*²².

En Francia, por ejemplo, existe este poder reglamentario de la Administración con el mismo propósito, concedido desde la Constitución al primer ministro, como jefe de Estado y ejecutor de las leyes; así también al Presidente de la República, a través de la firma de los decretos que nacen en el consejo de ministros. Al respecto,

²⁰ AMIAMA, Manuel A. Notas de Derecho Constitucional. Séptima edición, actualizada, ampliada y anotada por Raymundo Amaro Guzmán. Santo Domingo: SEAP, 2008. P. 318.

²¹ GARCÍA OVIEDO, C. *Ob. Cit.* P. 129

²² MEILÁN GIL, José Luis. El poder normativo: a propósito de la ley y reglamento en el derecho español. En *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. Año 7, No. 8 (2007). San José, CR. P. 14.

autores franceses afirman: “*Le premier ministre également « assure l’exécution des lois » et cette formule, qui impliquait déjà traditionnellement l’exercice du pouvoir réglementaire (C.E. 8 août 1919, Labonne, Rec. Lebon p. 737), est cette fois, explicitement éclairée sur ce point par l’affirmation que « sous réserve des dispositions de l’article 13, il (le premier ministre) exerce le pouvoir réglementaire »*”²³.

Continuamos con la potestad ejecutiva, que es la facultad propia de la Administración de mandar, por esto también es conocida como poder de mando. Hauriou, citado por GARCÍA, explica que “*es un poder de acción directa (pouvoir d’action d’office)*”, a lo que agrega: “*(...) lo que quiere decir que el poder administrativo es esencialmente ejecutivo, esto es, que no sólo tiene facultad de decidir sino de llevar a efecto por sí mismo sus decisiones (...). Si la Administración careciese de poder autoritario no sería posible la vida administrativa (...)*”²⁴.

En resumidas cuentas, el poder de mando es la herramienta de autoridad que permite a la Administración (exclusivamente, al Poder Ejecutivo) materializar sus decisiones, confiriéndole capacidad para ejecutarlas.

Por último, abordaremos la jurisdiccional para concluir el renglón de las potestades de la Administración Pública.

Esta potestad de la Administración es la que, por su naturaleza, podría asemejarse a las funciones propias del Poder Judicial en el ámbito penal. Se trata de la capacidad de la Administración de sancionar a los particulares como consecuencia de una conducta contraria a la ley; es decir, ejercer un poder coercitivo sobre un individuo que ha faltado a una norma jurídica de carácter administrativo. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA se refiere a la

²³ LAUBADERE, A.; VENEZIA, J.C.; GAUDEMONT, Y. Traité de Droit Administratif. Tomo I. Quinceava Edición. Paris, 1999. P. 72.

²⁴ GARCIA OVIEDO, C. *Ob Cit.* P. 155-156.

sanción de la siguiente forma: *“Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”*²⁵, adicionalmente señala que: *“consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa”*.

Según la explicación de GARCÍA OVIEDO, la potestad jurisdiccional de la Administración tiene dos manifestaciones. Una de ellas es la función judicial administrativa, que le permite decidir en casos concretos *“lo que es derecho según la legislación establecida”*²⁶; se trata de que la Administración determine la aplicación de las normas legales frente a las reclamaciones de los particulares, por la vía administrativa, en ocasión de sus actos (recurso de reconsideración) o de actos de sus órganos inferiores (en el caso del recurso jerárquico). También presenta este doctrinario una segunda expresión de la potestad jurisdiccional, que es la facultad sancionadora de la Administración, como mecanismo coercitivo de corregir las faltas de los particulares cuando violen una ley del orden administrativo. Es de relevancia señalar que las sanciones que impone la Administración se proponen corregir faltas contra la normativa administrativa, dejando a los tribunales penales el conocimiento de los hechos que constituyen contravenciones, delitos y crímenes, constituyéndose así un sistema dual de represión contra las actuaciones ilegales de los particulares.

Este tópico genera un gran debate entre los doctrinarios, quienes contraponen sus criterios, en cuanto algunos consideran que es una potestad necesaria para el buen desenvolvimiento de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones, tal como lo afirma Colmeiro: *“la independencia de la Administración estaría*

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Ob Cit.* Tomo II. P. 1064.

²⁶ GARCÍA OVIEDO, C. *Ob Cit.* P. 159.

*comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva*²⁷ a lo que podemos agregar la inferencia de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *“La potestad administrativa sancionadora encuentra su razón de ser en un poder de policía general absoluto e inherente a la Administración Pública e independiente de la ley”*²⁸, al tiempo que otros autores difieren de esta postura, como quien afirma que este poder *“es incompatible con los postulados de un Estado estructurado con arreglo a la división de poderes (MATTES)”*²⁹.

Dando la razón a la corriente doctrinaria de García de Enterría y de Colmeiro, la jurisprudencia constitucional francesa ha analizado la potestad sancionadora de la Administración (en este caso se trataba del Consejo Superior Audiovisual) indicando que no vulnera el principio de separación de los poderes públicos y, más aún, continúa explicando el Consejo Constitucional Francés que este poder garantiza el cumplimiento de su misión, cuando se enmarca en los límites necesarios. Este aporte se encuentra en el fundamento 27 de la decisión 88-248, del 17 de enero de 1989, que dice lo siguiente: *“Considerando que, para la realización de estos objetivos de valor constitucional, puede el legislador someter las diferentes categorías de servicios de comunicación audiovisual a un régimen de autorización administrativa; que puede igualmente encargar a una autoridad administrativa independiente de velar por el respeto de los principios constitucionales en materia de comunicación audiovisual; que la ley puede, de igual forma, sin que sea afectado el principio de la separación de poderes, dotar a la autoridad independiente encargada de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión audiovisual de poderes de sanción dentro de los límites necesarios para el cumplimiento de su misión.”*³⁰

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Ob Cit.* Tomo II. P. 1065.

²⁸ ARAUJO JUAREZ, José. *“Tratado de Derecho Administrativo Formal”*. Cuarta edición. Caracas: Vadell Hermanos, 2005. P. 463.

²⁹ Ídem.

³⁰ *«Considérant que, pour la réalisation de ces objectifs de valeur constitutionnelle, il est loisible au législateur de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un*

La interpretación que ha hecho el Consejo Constitucional de Francia con esta decisión es otra prueba de que la potestad sancionadora de la Administración es una facultad necesaria para asegurar el cumplimiento de las leyes, además de no contradecir la división de poderes que rige a los Estados que han adoptado un sistema republicano de organización política.

En definitiva, el propósito de plantear estas otras funciones de la Administración Pública (y en algunos casos, específicamente el Poder Ejecutivo) es de incluirlas en el marco de las actuaciones administrativas que pueden ser objeto de un proceso contencioso administrativo ante los tribunales del Poder Judicial.

De esta forma, retomamos la idea propuesta con antelación, refiriéndonos al Estado como parte del proceso. Partiendo de ésta, reiteramos que son susceptibles del control jurisdiccional todas las actuaciones de naturaleza administrativa de los órganos que hemos enunciado con anterioridad; además, pueden igualmente ser atacadas por recurso contencioso administrativo las actuaciones que realice la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades normativas o reglamentarias, ejecutivas o de mando y jurisdiccionales o sancionadoras.

régime d'autorisation administrative; qu'il est loisible également de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission [...]». [en línea] Disponible en:

http://www10.gencat.cat/eapc_revistadret/revistes/revista.2007-05-08.9854996892/article.2007-05-09.8763556851/es/at_download/adjunt

CAPITULO I

Identificación las medidas cautelares como figura procesal

§ 1. Particularidades de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Presentar con coherencia un tema cualquiera demanda precisar con antelación el concepto y la naturaleza de las figuras que serán abordadas, ya que es la única forma de encauzar la perspectiva de quien aprecia la investigación que se ha realizado. Con respecto a las medidas cautelares, no hay excepción, puesto que para el establecimiento de sus elementos distintivos, como institución procesal en la jurisdicción contenciosa administrativa, debemos abordar ciertas implicaciones terminológicas.

De manera general, ha sido aceptada la tutela cautelar como *“un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente”*³¹.

Sin embargo, antes de profundizar el análisis partiendo de esta noción general, es conveniente explicar que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares hará variar su nomenclatura en las distintas doctrinas. Así lo explica DE LA SIERRA: *“Los debates sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares afectan a la denominación misma de esta institución”*³². Por esto, entonces, podrán

³¹ RESTREPO MEDINA, Manuel A. Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial. En Revista Vniversitas. [en línea] No. 12 (Julio-diciembre 2006); Bogotá: Pontificia Univesidad Javeriana. P. 65. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82511203.pdf>

³² DE LA SIERRA, Susana. Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Navarra: Ed. Arazandi, 2004. P. 43

llamárseles medidas cautelares, tutela cautelar o proceso cautelar, según los autores perciban su naturaleza.

Por una parte, “medidas cautelares” serán llamadas por aquellos que la conciban como una “concatenación de actos independientes y no reconducibles a una unidad”³³, agregando DE LA SIERRA que “En este caso, las medidas cautelares no aparecerían, en principio, como un proceso autónomo, sino como un incidente del proceso declarativo o como un medio de aseguramiento del proceso ejecutivo”³⁴. De su parte, RESTREPO revela que existen dos posturas doctrinarias, correspondiendo a esta corriente: “(...) quienes la definen como un procedimiento que anticipa parte de las actuaciones que forman la ejecución futura, cuyo carácter instrumental le impide contar con la autonomía propia del proceso, ya que la cautela por sí sola no se justifica, pues ella es el medio de protección de un derecho o estado que peligra”³⁵. En este sentido, son percibidas como un instrumento que forma parte de un proceso principal que busca garantizar la ejecución de la sentencia o evitar la vulneración irreparable de un eventual derecho reconocido en ella.

La otra perspectiva doctrinaria sobre la naturaleza de los instrumentos de protección cautelar la denomina “proceso cautelar” entendiendo que se trata de un proceso autónomo, es decir, independiente del proceso principal. Los autores que localizan la función cautelar desde esta teoría la ven como una *tertium genus*, diferente a los procesos de cognición o declarativo y de ejecución.³⁶

Este sector de la doctrina no considera la adopción de las medidas cautelares como parte de los procesos declarativo y ejecutivo,

³³ BARONA VILAR, S. *Las medidas cautelares: introducción*. En *Las medidas cautelares*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993. P. 11. Citado por DE LA SIERRA, Susana. *Ob Cit.* P. 43.

³⁴ *Ídem*

³⁵ RESTREPO MEDINA, M. *Ob Cit.* P. 69

³⁶ Sobre esta teoría ver a DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 43; RESTREPO, M. *Ob Cit.* P. 69

sino un proceso preventivo autónomo de protección de derechos a través de los mecanismos legales hasta la decisión definitiva del órgano jurisdiccional.

A pesar de que los autores se refieren a estos términos de “medidas cautelares” y “proceso cautelar” como nociones que hacen referencia al mismo instrumento procesal de protección, pero con naturalezas distintas, nos parece que los géneros tratados (medidas y proceso) marcan una diferencia entre un concepto y el otro, pero recaen sobre la misma especie (lo cautelar), conformando así el conjunto de elementos que abren paso a “la tutela cautelar” como verdadera expresión del derecho a una protección judicial anticipada que asegure la ejecutividad de la decisión en una futura sentencia favorable.

En otras palabras, a nuestro parecer, el derecho a la “tutela cautelar” se ejerce mediante el conjunto de mecanismos legales que se produce en el curso de un “proceso cautelar”, que culmina con la concesión de providencias o prerrogativas llamadas “medidas cautelares”, las cuales constituyen la revelación material o concreta de esa potestad del órgano jurisdiccional de garantizar la ejecución de la sentencia definitiva o, en contrario, de evitar la vulneración irreparable del derecho objeto del proceso principal.

Para asegurar el cumplimiento de su objetivo, e independientemente de su clasificación, las medidas cautelares poseen determinadas características que las identifican. Al respecto, la doctrina y los distintos tribunales judiciales, ordinarios y constitucionales, han enunciado estas características explicando por qué están contenidas en los instrumentos de protección cautelar en la materia contenciosa administrativa.

El primer elemento distintivo de las medidas cautelares es su instrumentalidad; en palabras del profesor Calamandrei, citado por DE LA SIERRA y por TESO: “*las medidas cautelares son “instrumentos del instrumento”, que es el proceso*”³⁷. Lo que quiere decir que la medida cautelar es un instrumento subordinado a un proceso principal, por lo cual también estará sujeta a la pretensión principal y a la duración del proceso.³⁸ Por esto también se le conoce como el carácter “accesorio” de la medida cautelar. No obstante en otros ordenamientos se les conoce con distintas denominaciones, la mayor parte de la doctrina mantiene el uso de este vocablo.

Esta es la naturaleza que le ha atribuido la legislación española, al establecer que “*El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada (...)*”³⁹. Primero, le llama incidente, con lo cual estampa su pertenencia al proceso principal; luego, conduce su sustanciación a un documento separado.

Agregan PASTOR y VAN GINDERACHTER: “*En efecto, las medidas provisionales se conciben siempre en el marco de un proceso principal, al que sirven por la vía de asegurar la efectividad de la decisión de fondo que le pondrá fin*”. HERNÁNDEZ-MENDIBLE también cita a Calamandrei: “*Ellas no son un fin en sí mismas, sino que buscan asegurar la eficacia de la sentencia que se produzca en el proceso principal, constituyen una anticipación de ciertos efectos de la futura sentencia de mérito, es decir, las medidas cautelares son un anuncio o una vanguardia de la sentencia de fondo*”⁴⁰.

³⁷ CALAMANDREI, P., cit., p. 22. Citado por DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 51.

³⁸ TESO GAMELLA, Pilar. Medidas cautelares en la justicia administrativa. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007. P. 22.

³⁹ Art. 131 de la Ley 29 del 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. BOE núm. 167, de 14 de julio. En MARTÍN REBOLLO, Luis. Leyes Administrativas. 11va edición. Colección Códigos Básicos. Navarra: Ed. Aranzadi, 2005. P. 1312.

⁴⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo. Segunda edición. Caracas: Ed. Vadell Hermanos, 1998. P. 22.

Por otra parte, la instrumentalidad también encuentra sustento en las demás características de las medidas cautelares. En el curso del análisis de éstas, podremos identificar cómo se va fortaleciendo este carácter accesorio.

No en vano coinciden los autores en explicar la provisionalidad sucediendo a la instrumentalidad. Esto se debe a la estrecha vinculación entre las dos características, en tanto que la accesoriedad de las medidas cautelares con relación al proceso principal conlleva que sean necesariamente provisionales. Así lo explica GIL IBAÑEZ: *“Siendo unas medidas instrumentales, es decir, que están al servicio del proceso principal, es lógico que sean meramente provisionales, ya que su permanencia depende del pleito al que sirven”*⁴¹. Sobre esto, *“Calamandrei vincula la característica de la provisionalidad con la instrumentalidad, dado que considera que la medida es provisional en tanto sirva de instrumento para la garantía del pleito principal”*⁴². De esto, podemos deducir que la provisionalidad se refiere a la extensión temporal de las medidas cautelares, es decir, a su permanencia o existencia mientras dure el proceso.

Este carácter provisional justifica la maleabilidad de las medidas cautelares, partiendo del principio *rebus sic stantibus*, por cuanto pueden ser modificadas o anuladas en cualquier momento posterior a su adopción⁴³ si se modifican las circunstancias por las que fueron concedidas, si se comprueba que hubo situaciones que no se tomaron en cuenta al concederse o si se verifica que afectan gravemente el interés público⁴⁴. Por esto, hay algunos autores⁴⁵ que

⁴¹ GIL IBAÑEZ, José L. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: una visión práctica. Madrid: Ed. Colex, 2001. P. 15.

⁴² DE LA SIERRA, Susana. *Ob Cit.* P. 57.

⁴³ En este sentido, se refieren DE LA SIERRA. *Ob Cit.* P. 209; VALLEFÍN, C. Protección cautelar frente al Estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. P. 55; y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob Cit.* P. 22.

⁴⁴ Estas tres posibilidades están contenidas en la legislación nacional en el Párrafo II del Art. 7 de la precitada Ley 13-07.

agregan la flexibilidad, mutabilidad o variabilidad como característica adicional a las que la doctrina general enumera. Por otro lado, también podrían ser ratificadas por la sentencia definitiva del tribunal, entendiendo que en algunas ocasiones la medida es un anticipo de la decisión de fondo, con lo que se confirma *ad futurum* la medida adoptada.⁴⁶

En definitiva, la provisionalidad de las medidas cautelares está representada por su carácter temporal; tiempo que puede ser indeterminado, pero no ilimitado, como explica TESO GAMELLA. Concluimos con las palabras de esta autora: “*La vida de las medidas cautelares no puede exceder a la del proceso principal (...) Su carácter provisional es esencial a su naturaleza*”⁴⁷.

A continuación, los doctrinarios han explicado el carácter urgente de las medidas cautelares como otra de sus características; algunos explican esta urgencia vinculada a la sumariedad que les distingue. Según TESO: “*Con carácter general, la urgencia es esencial a las medidas cautelares, es una nota definitoria que legitima la propia existencia de la institución cautelar*”⁴⁸. Por su parte, DE LA SIERRA continúa: “*La urgencia es una característica definitoria de las medidas cautelares, la que legitima su existencia (...)*”⁴⁹.

Así entonces, es como consecuencia de esta circunstancia emergente que la medida cautelar obtiene su carácter sumario, que no es más que la concesión de la providencia cautelar con un proceso cognitivo más simplificado, “*reduciéndose a juicios de probabilidad o verosimilitud*”⁵⁰.

⁴⁵ PALACIO, Lino; PODETTI, J. Ramiro; MORELLO, Augusto y SOSA, Gualberto. Citados por VALLEFÍN, Carlos. *Ob Cit.* P. 56. También ver RESTREPO MEDINA, M. *Ob Cit.* P. 74

⁴⁶ DE LA SIERRA, Susana. *Ob Cit.* P. 56.

⁴⁷ TESO GAMELLA, Pilar. *Ob Cit.* P. 23.

⁴⁸ *Íbid.* P. 24

⁴⁹ DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 58

⁵⁰ *Ídem*

La última característica en la que concuerdan los doctrinarios administrativistas es la homogeneidad de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas. Esto se refiere a que la eficacia de las medidas cautelares aumentará en tanto sean más conformes a la posible decisión sobre el fondo del asunto. Así lo expresa: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: *“Las medidas cautelares alcanzan una mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la ejecución del fallo definitivo”*⁵¹.

Esta identidad entre las actuaciones cautelares y ejecutivas *“individualizan las medidas cautelares frente a otros tipos de actuaciones de garantía, y significa que anticipan en el tiempo algunos de los efectos de una eventual sentencia favorable a la pretensión del demandante, con la finalidad de asegurar la efectividad de ésta”*⁵². Agrega TESO: *“El tipo de medida cautelar a adoptar (...) ha de adaptarse a la naturaleza de la pretensión que se ejercita. Su finalidad de aseguramiento justifica que pueda hablarse de cierta simetría con las medidas que previsiblemente serían las más idóneas para ejecutar la resolución judicial definitiva”*⁵³.

En la doctrina, existen dos aspectos coincidentes con respecto a esta característica:

a) por una parte, los autores explican que la homogeneidad procura la efectividad de la sentencia sobre el fondo. Esto es, según DE LA SIERRA, *“coherente con la función de las medidas cautelares de garantía de la eficacia de una sentencia que no desplegará completamente sus efectos en tanto no haya sido ejecutada”*⁵⁴. Podemos añadir que *“supone la anticipación de los efectos que*

⁵¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob Cit.* P. 22

⁵² PASTOR BORGOÑÓN, Blanca. VAN GINDERACHTER, Eric. El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas. Madrid: Civitas, 1993. P. 30.

⁵³ TESO GAMELLA, P. *Ob Cit.* P. 25.

⁵⁴ DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 59

*produciría la resolución sobre el fondo, cuya efectividad se trata de salvaguardar*⁵⁵; por otro lado, RODRÍGUEZ-ARANA resalta que la homogeneidad asegura la efectividad de la decisión final, lo cual trasciende asegurar la ejecución, toda vez que hacerla efectiva implica protegerla de las dificultades que puedan imposibilitar el desarrollo de sus efectos⁵⁶.

b) por la misma razón, la búsqueda de hacer efectiva la decisión de fondo ha conducido a la doctrina a concluir que las medidas provisionales o cautelares deben reflejar las pretensiones del proceso principal que serían reconocidas en una sentencia definitiva. Es decir que, la medida cautelar es una proyección anticipada de la decisión final que se ejecutará. En ese sentido, debe brindarse una tutela cautelar apropiada que *“se desprenda de la eventual sentencia favorable al demandante”*⁵⁷.

Nos parece adecuado indicar que lo anterior es una selección de las características comunes señaladas por la doctrina administrativa. Aunque existen otras particularidades que los autores de la materia han atribuido, en especial, atendiendo a las legislaciones que rigen en sus ordenamientos y a los elementos que han destacado los tribunales de cada una de sus jurisdicciones.

Habiendo finalizado la enumeración de las principales características que identifican a las medidas cautelares, con lo que podemos continuar con su clasificación, para cerrar este apartado de la presente investigación.

⁵⁵ TESO GAMELLA, P. *Ob Cit.* P. 25.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España. En: DAMSKY, Isaac; LOPEZ OLVERA, Miguel y PÉREZ CRUZ, Xóchitl (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [en línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/13.pdf>

⁵⁷ PASTOR; VAN GINDERACHTER. *Ob Cit.* P. 30

Para su clasificación, hemos optado por el modelo propuesto por HERNÁNDEZ-MENDIBLE, en el cual se distinguen los tipos de medidas cautelares de acuerdo a su tipificación nominal y a sus efectos.⁵⁸

La tipificación nominal determina la existencia de dos tipos de medidas cautelares, las nominadas y las innominadas. Siendo las primeras aquellas medidas que se encuentran de manera expresa en los textos legales; mientras que las últimas son las providencias que el juez está facultado a conceder en virtud de una cláusula general, con el fin de garantizar la ejecución de la sentencia frente a todas las situaciones en las que la norma no se expresa.

Las medidas cautelares nominadas son las medidas que clásicamente estaba facultado el tribunal para adoptar. Así, la suspensión del acto administrativo ha sido la medida cautelar por excelencia a lo largo de la historia, probablemente, en la búsqueda de equilibrar las prerrogativas de la Administración, para combatir el carácter ejecutivo y ejecutorio de sus decisiones. Explica TESO: *“Tradicionalmente nuestras leyes procesales únicamente han previsto la aplicación de una medida cautelar, la suspensión del acto administrativo recurrido”* ⁵⁹. Al respecto, contiene la legislación francesa la figura del *sursis à exécution*⁶⁰, que se trata de una de las tres formas de manifestación de la tutela cautelar en el ordenamiento galo.

Asegurar la tutela judicial efectiva, a través de la tutela cautelar, en muchas ocasiones implica más que la mera suspensión de un acto administrativo o puede ir más lejos que donde alcanza la legislación. Por esta razón, ha sido necesario que en el ordenamiento se incorpore

⁵⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob Cit.* P. 23

⁵⁹ TESO GAMELLA, P. *Ob Cit.* P. 93.

⁶⁰ Este procedimiento permite la suspensión de la ejecución del acto administrativo en el ordenamiento francés. El efecto suspensivo no se produce desde la interposición del recurso, sino que el juez, para concederla, tendrá que verificar *“consecuencias difícilmente reparables, además deben haber invocado “argumentos fundados y capaces de justificar su anulación”*. En TESO, *supra cit.*

un mecanismo que permitiese al juez adoptar las medidas que fueran necesarias para la fiel ejecución de la sentencia y la protección de los derechos objeto del recurso principal. De esta forma, se estableció una cláusula abierta que justifica la concesión de las denominadas “medidas cautelares innominadas”, cuyo propósito es el de reconocer el poder del juez para garantizar la efectividad de la sentencia a través de las medidas que sean precisas cuando no estuvieren expresamente enunciadas en la ley. Explica HERNÁNDEZ-MENDIBLE que *“constituyen el instrumento procesal mediante el cual el órgano jurisdiccional, en aquellos casos expresamente no regulados por el legislador, pero en virtud de una cláusula general o residual, adopta todas aquellas medidas cautelares que considera necesarias y pertinentes para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva”*⁶¹. Añade: *“(…) el tribunal además de adoptar la clásica medida cautelar de suspensión de la ejecución, puede adoptar cualquier otra medida de carácter positivo, que impongan una conducta a la parte demandada, haciendo efectivo el derecho que sirva de fundamento a la pretensión o realizando la obligación cumplida”*⁶².

Puede, entonces, el régimen legal que regula la administración de justicia de un ordenamiento, incorporar el sistema nominal de medidas cautelares, limitando al juez a la adopción, exclusivamente, de las que permita la ley. Como también podría adoptar un sistema de medidas cautelares innominadas, dejando el campo cautelar abierto a las necesidades que presente la situación de cada caso particular. Pero una tercera fórmula puede involucrar tanto las nominadas como las innominadas, creando un sistema mixto en el que algunas medidas cautelares están determinadas por la ley, mientras que otra cláusula admite la selección de medidas ajustadas a la particularidad del derecho reclamado o del peligro contra el cual se adopten.

⁶¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Ob Cit.* P. 23

⁶² *Id.* La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. En *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. Vol. 4 Núm. 4. (2004). P. 179.

La permanencia exclusiva de las medidas nominales, particularmente de la suspensión de los actos administrativos, se ha ido superando hasta alcanzar legislaciones más flexibles. Es lógico que se produzca este cambio debido a que sistemas tan cerrados de medidas cautelares restringen la plena realización de éstas y, en consecuencia, limitan la finalidad para la que están creadas.

El otro sistema de clasificación propuesto es el que las analiza desde sus efectos, a partir de los cuales pueden calificarse como medidas cautelares negativas y medidas cautelares positivas.

Las primeras, también son llamadas conservativas o de aseguramiento, porque buscan mantener la situación existente en el estado *quo*; tratan de evitar que se modifiquen las circunstancias presentes⁶³. Mientras que las positivas exigen de una prestación que, naturalmente, modifica la situación o al acto impugnado, así, recae dentro de las medidas cautelares innominadas.

§ 2. Presupuestos procesales esenciales para la adopción de las medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo.

La tutela cautelar es una de las principales garantías que posee el particular cuando se enfrenta a las actuaciones de la Administración Pública, ya que esta poderosa herramienta asegura que su derecho no se verá conculcado de manera irreparable, además de afianzar la ejecución de la sentencia definitiva que expresará la decisión del tribunal, constituyendo ambos logros pilares para la consolidación del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶³ HERNANDEZ-MENDIBLE, V. *Ob Cit.* P.23.

Debemos señalar que el juez, en su rol decisorio en la materia cautelar, tiene una minuciosa labor al evaluar los presupuestos procesales que permiten la adopción de estas medidas. Los requisitos para su concesión han sido incorporados por la legislación y por la jurisprudencia, entendiendo que si bien es cierto que las medidas cautelares constituyen una garantía para la ejecución de la sentencia y al derecho a una tutela judicial efectiva, además de “*garantizar la eficacia y, por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional*”⁶⁴, no menos cierto es que el proceso cautelar limita el principio de autotutela de la Administración, por el cual sus actos son ejecutivos y ejecutorios, poniendo en juego los intereses colectivos que representa el Estado.

En ese sentido, el tribunal debe estudiar la concurrencia de los principios procesales cautelares, que son el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la valoración de los intereses contrapuestos, lo que ha sido definido por CHINCHILLA como: “*la búsqueda de un difícil equilibrio*”⁶⁵; esto deberá hacerse, en palabras de la misma autora “*a través de un juicio ponderativo, y a partir de un sistema abierto de medidas provisionales que permita adoptar en cada momento la que sea necesaria para satisfacer la tutela cautelar*”⁶⁶.

Los autores del tema difieren sobre cuál de los dos primeros elementos es el más esencial en el transcurso de la apreciación para conceder las medidas cautelares. Hay quienes apelan a la preeminencia del peligro en la mora, mientras que otros consideran que la apariencia del buen derecho es primordial para otorgarlas.

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *Ob Cit.* P. 140.

⁶⁵ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. En *Revista de Administración Pública*. Núm. 131 (Mayo-Agosto 1993). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. P. 172. [en línea] [Consultado el 19 de octubre de 2013]. Disponible en:

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1993_131_165.PDF .

⁶⁶ *Ídem*.

Por su parte, CHINCHILLA MARÍN considera que el peligro en la mora es la base determinante en la configuración de las medidas cautelares, y sobre esto dice: *“La base determinante de las medidas cautelares es, en mi opinión, el denominado periculum in mora, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo (...). Sin este peligro, que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure éste, no puede hablarse de medida cautelares”*⁶⁷. Con este razonamiento, la autora plantea que las medidas cautelares encuentran razón fundamental en el eventual daño que puedan ocasionar a su solicitante, por lo que el peligro en la mora deviene en el elemento que justifica el otorgamiento de estas medidas.

Uno de los principales apoyos que utiliza la precitada doctrinaria es la decisión del Tribunal Constitucional español expresada en el Auto del 12 de febrero de 1992 que expresa lo siguiente: *“(...) dicha ponderación debe llevarse a cabo siempre y cuando se dé el presupuesto de hecho necesario para la adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 56.1 LOTC, es decir, la irreparabilidad o difícil reparación del perjuicio que la ejecutividad pudiera causar. No dándose el que es requisito esencial para la adopción de la medida cautelar en cuestión el criterio del fumus boni iuris resulta inoperante”* ⁶⁸ . En esta decisión del Tribunal Constitucional español, se da la razón a la corriente doctrinaria que sigue Chinchilla, ya que el mismo órgano establece que la presencia del peligro en la mora es tan determinante que, aún cuando parezca el derecho estar bien fundado, no puede otorgarse la medida cautelar sin ella.

⁶⁷ Ídem

⁶⁸ Auto del Tribunal Constitucional español del 12 de febrero de 1992. Citado por CHINCHILLA MARÍN, C. *supra* cit. 174.

EL *periculum in mora* o peligro en la mora es, en palabras de DE LA SIERRA: “*el peligro para el demandante de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus bienes, derechos, intereses, o situación jurídica*”⁶⁹, quien también se adhiere a la corriente de pensamiento que lo califica como el elemento principal de análisis para la concesión de la tutela cautelar: “*En efecto, el perjuicio que la mora procesal pueda ocasionar a los intereses implicados en el proceso es la razón de ser de las medidas cautelares en su acepción más genuina y, por ello, ha de constituir el elemento central de su régimen jurídico*”⁷⁰.

Está compuesto por dos elementos que señala HERNÁNDEZ-MENDIBLE: “*el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho, y la necesaria e inevitable lentitud del proceso*”⁷¹.

A partir de lo anterior, deducimos que este presupuesto presenta la alta probabilidad de que el solicitante de la medida cautelar sufra una lesión o un menoscabo, provocada por el tiempo que tarda el proceso en concluir. Esta razón, a juicio de los autores, es la que justifica la existencia misma de las medidas cautelares.

Debemos señalar que, con relación al tiempo al que se refieren los doctrinarios de la materia, no es un período que se extiende más allá del propio que debe tardar el proceso; en otras palabras, la tutela cautelar no encuentra su justificación en un proceso retardado por ineficacia en el desempeño de la administración de justicia, sino en el tiempo que tarda el desenvolvimiento natural para que un proceso se lleve a cabo de manera eficiente, con los plazos estrictamente necesarios para ofrecer una justicia de calidad.

⁶⁹ DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 226.

⁷⁰ *Ibid*, P. 223.

⁷¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela cautelar como garantía... *Ob Cit.* P. 162.

Entendemos que el está concebido más desde su naturaleza que desde su volumen, esto se corresponde con que el juez debe evaluar los posibles daños desde la óptica de su irreparabilidad. Explican PASTOR y VAN GINDERACHTER que “*La amenaza puede referirse a un perjuicio tanto material como moral*”⁷². Para estos fines, es conveniente distinguir entre los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, toda vez que los primeros son cuantificables y pueden ser remediados económicamente, mientras que los demás resultan de difícil apreciación económica por su naturaleza y, ante estos, es que la tutela cautelar adquiere su mayor importancia.⁷³ En acuerdo a lo expuesto, los tribunales deben de tratar, según le sea solicitado, otorgar protecciones en especie más que en dinero; “*el dinero, por regla, confiere una tutela adecuada si y sólo si puede ser utilizado para reemplazar la cosa específica que fue perdida*”⁷⁴.

Consideramos legítima la aseveración que mantienen los autores referidos, por la cual realzan la importancia de verificar el peligro en la mora desde la perspectiva de los daños irreparables por su naturaleza inmaterial.

Paralelamente, el otro presupuesto procesal que señala tanto la doctrina como la jurisprudencia es el *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho. Se trata de la constatación, por parte del tribunal, de los fundamentos de hecho y de derecho que le permitan, en principio, cuestionar la presunción de legalidad del acto que es objeto del recurso principal, reconociendo que es una presunción *iuris tantum*, que admite pruebas en su contra.

Afirman PASTOR y VAN GINDERACHTER: “*(...) el juez debe analizar, en el marco del procedimiento cautelar, la procedencia del*

⁷² PASTOR, B. y van GINDERACHTER, E. *Ob Cit.* P. 94.

⁷³ VALLEFÍN, C. *Ob Cit.* P. 70 y ss.

⁷⁴ Esta afirmación fue hecha por LAYCOCK, Douglas. The death of the irreparable injury rule. Citado por VALLEFÍN, C. *Ob Cit.* P. 70.

proceso principal, es decir, la seriedad de los fundamentos de hecho y de derecho alegados en apoyo de la pretensión principal”⁷⁵; esto quiere decir que debe constar un derecho aparente que sustenta la adopción de la medida.

Se habla de no prejuzgar lo principal, pero siempre será necesario tocar en alguna medida el fondo del asunto para poder determinar la legitimidad de la decisión cautelar que tome el juez. Así, el TS de España, indicó: “No es cierto que la adopción o no de esa medida cautelar que es la suspensión del acto administrativo deba decidirse prescindiendo total y absolutamente de la cuestión de fondo sobre la que versa ese acto. Porque si tal cosa se admitiera estaríamos desvirtuando el fundamento mismo de la medida cautelar que no es otro que asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte con carácter definitivo e irrecurable. Cosa distinta es que la decisión incidental de acordar o no la suspensión deba adoptarse sin prejuzgar el problema de fondo”.⁷⁶

En sentencia del mismo órgano jurisdiccional encontramos esta afirmación: “la tutela cautelar si bien ha de otorgarse a quien en principio ostente el *fumus boni iuris*, es decir, la apariencia de buen derecho, no es menos cierto que, para apreciar la misma, es menester que dicha apariencia en la posición del recurrente, se manifieste a través de hechos suficientemente alegados y acreditados por aquél, y que sea capaz de destruir *prima facie* la presunción de legalidad del acto recurrido en el asunto principal”⁷⁷. Es reiterado el vocablo “*prima facie*”, equivalente al valor aparente de los fundamentos que justifican el derecho del solicitante de la medida, lo que explicara CARRILLO

⁷⁵ PASTOR, B. y van GINDERACHTER, E. *Ob Cit.* P. 86.

⁷⁶ Ar. 1439 del Auto del Tribunal Superior español del 17 de febrero de 1990. En JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. El *fumus boni iuris*: un análisis jurisprudencial. Madrid: Iustel, 2005. P. 61.

⁷⁷ Ar. 3884 de la Sentencia del Tribunal Superior español del 30 de mayo de 1994, En *Ibíd.* P. 118

como: “un acercamiento “periférico” o “superficial” a la existencia del derecho discutido”⁷⁸.

Para lograr armonizar el grado de rigurosidad exigido a los fundamentos que justifican las pretensiones cautelares y evitar predisponer la decisión de lo principal, el juez debe considerar satisfecha la verosimilitud del derecho cuando esté convencido de que el demandante tiene una probabilidad razonable de ganar el litigio, mas no la plena seguridad de ello. Es entonces, la naturaleza misma y el alcance de la medida cautelar lo que determinará el grado de exigencia del tribunal para concederla.⁷⁹

Al igual que sucede con el *periculum in mora*, una parte de la doctrina considera que la verosimilitud del derecho, o *fumus boni iuris*, es el elemento principal de la medida cautelar, o sea, el punto esencial a observar para su concesión. Esta doctrina busca quebrar la tradicional concepción de que la clave para el otorgamiento de la tutela cautelar se encuentra en el daño inminente que podría generar el tiempo procesal, sostenida por importantes doctrinarios incluida la profesora Carmen Chinchilla.

Esta corriente es promovida por distintos autores, entre quienes podemos encontrar al Profesor Eduardo García de Enterría⁸⁰, quien afirma que es el presupuesto fundamental. En la doctrina latinoamericana, se expresa ROJAS FRANCO: “*El fumus boni iuris es el elemento más importante para otorgar la protección cautelar. Se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada, por lo que no*

⁷⁸ CARRILLO, Santiago. Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina. En: DAMSKY, Isaac; LOPEZ OLVERA, Miguel y PÉREZ CRUZ, Xóchitl (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [en línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/3.pdf>

⁷⁹ PASTOR, B. y van GINDERACHTER, E. *Ob Cit.* P. 89

⁸⁰ En *La batalla por las medidas cautelares* el autor aborda *in extenso* esta postura.

prejuzga el mérito del asunto”⁸¹; y LÓPEZ OLVERA: “*Si éste no se cumple, ya no es necesario analizar la existencia de peligro en la demora, porque por más que se demuestre la realidad del riesgo inmediato de perder el derecho que se intenta cautelar, la medida precautoria no puede ordenarse si previamente no se acredita que se ha vulnerado el derecho del peticionante*”⁸². Estos autores mantienen el criterio de que las medidas cautelares deben establecerse partiendo de la apreciación de las pruebas que reflejen la verosimilitud o apariencia de buen derecho, por encima de la valoración del peligro en la demora.

Aún cuando creemos plausibles las posturas de estos reconocidos doctrinarios de la materia procesal administrativa, tendríamos el arrojo de moderar cada una de ellas, proponiendo una media entre ambas, con un criterio menos radical sobre la preponderancia de un presupuesto sobre el otro.

Según lo que hemos constatado, la evaluación del peligro o daño irreversible y la verosimilitud del derecho, serán elementos cuyo análisis y valoración será determinada en cada caso particular. Somos de opinión que el tribunal debe examinar tanto las pruebas sometidas que justifiquen, en principio, el derecho, como también el perjuicio que puede ser sufrido por quien solicita la tutela cautelar. Pero estos presupuestos se impondrán, el uno sobre el otro, dependiendo de la naturaleza del objeto del proceso principal, como de la medida cautelar que se esté adoptando.

⁸¹ ROJAS FRANCO, Enrique, “*Medidas cautelares en el proceso administrativo de Costa Rica*”, En: DAMSKY, Isaac; LOPEZ OLVERA, Miguel y PÉREZ CRUZ, Xóchitl (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [en línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estado Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/14.pdf>

⁸² LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *La tutela cautelar en el proceso administrativo en México*, en Damsky, Isaac, et al. *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [en línea]. Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009. México. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/9.pdf>

En esa dirección, NAVARRO y SEDÍN revelan que: *“En todo caso, se debe, pues, valorar el criterio del fumus boni iuris. La diferencia se da únicamente en el alcance que se debe dar a dicha valoración. Cuando este criterio es la base de la decisión, debe examinarse el mismo de una perspectiva positiva, esto es, tienen que haber indicios claros y sólidos que hagan prever una futura estimación de la pretensión. Cuando el elemento determinante de la decisión es, sin embargo, la irreparabilidad del daño, se valorará la apariencia de buen derecho desde una perspectiva negativa”*⁸³; esta aseveración de los autores precitados nos deja un claro mensaje: el fallo cautelar puede darse tomando como presupuesto elemental la apariencia del buen derecho, pero también puede decidirse basándose en el peligro en la mora. Todo dependerá, como ya hemos dicho, de cada caso particular y de la apreciación del juez según las circunstancias de éste.

El tercer y último elemento que ha previsto la doctrina y la jurisprudencia para el otorgamiento de la tutela cautelar se encuentra en la ponderación de los intereses que se contraponen en el proceso. Reiteradamente hemos explicado que el proceso contencioso administrativo siempre se compone por una parte, que es el particular, y la otra, que es la Administración Pública. De esta forma, está claro que se encuentran dos tipos de intereses contrapuestos: el particular y el colectivo.

El interés público *“puede ser un querer valorativo general y total en una comunidad, pero no tiene necesariamente que serlo, bastando con que aparezca como la expresión de una mayoría, del que se tenga*

⁸³ NAVARRO, Karlos y SENDÍN GARCÍA, Miguel. Medidas cautelares y proceso contencioso administrativo en Nicaragua, En: DAMSKY, Isaac; *et al.* (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [en línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estado Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/11.pdf>

*conciencia como tal*⁸⁴. En otras palabras del mismo ESCOLA: “*no es más que un querer mayoritario orientado a la obtención de valores pretendidos, esto es, una mayoría de intereses individuales coincidentes, que es interés porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal conciencia mayoritaria, y que es público porque se asigna a toda la comunidad, como resultado de esa mayoría coincidente*”⁸⁵. Así vemos que el interés público se manifiesta como la voluntad de la mayoría de los individuos expresada en la conciencia colectiva direccionada a la satisfacción de los intereses individuales.

Es, entonces, desde la definición del derecho administrativo que encontramos la importancia del interés colectivo, tomando en consideración que este último es el fundamento esencial de esa rama del derecho, ya que la finalidad del derecho administrativo es lograr la satisfacción del interés público. Igualmente, ese interés colectivo impacta el concepto de la Administración Pública, como uno de los fines principales del Estado, que busca lograr la satisfacción de las necesidades y del interés de la colectividad.⁸⁶

El Estado, en este entendido, es quien debe procurar no sólo la satisfacción del interés general, sino el mantenimiento de éste, impidiendo que la voluntad de una minoría o de particulares produzca una ruptura en el ejercicio de la función representativa del Estado, a quien se ha delegado velar por él.

A partir de lo anterior, se desprende que el Estado tiene dos caras en el proceso: por un lado, como administración recurrida, es parte del proceso, por lo que debe defender los actos que de ella emanan; mientras que por el otro, el mismo Estado hace de órgano

⁸⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989. P. 239.

⁸⁵ *Ibíd.* P. 240.

⁸⁶ *Ibíd.* P. 235-236.

jurisdiccional que pondera los intereses que se enfrentan en el proceso.

Explica HERNÁNDEZ-MENDIBLE que *“El juez debe ponderar la irreversibilidad del daño que pueda causarse al interés del solicitante, con el daño que pueda sufrir el interés general y equilibrar provisionalmente esos intereses encontrados”*⁸⁷.

Se trata de medir, después de haber cerciorado el juez la concurrencia de los dos presupuestos anteriores, la intensidad del daño que puede producirse contra el interés del particular, si no es concedida la tutela cautelar, frente al perjuicio que puede recibir la colectividad, si es otorgada; también entra en contexto los terceros, cuyos derechos deben ser protegidos por el juez cautelar. Al respecto, citamos a TESO: *“Esta operación valorativa de ponderación consiste en calcular cuidadosamente y en detalle todos los intereses que resultan afectados –el que alega el recurrente, el de los terceros sean o no parte en el proceso y esencialmente los intereses generales-. El resultado de tal operación intelectual determinará el sentido del juicio cautelar, si procede o no la adopción de medidas.”*⁸⁸.

Sin embargo, una parte de la doctrina no considera que la afectación al interés general pueda ser invocada como una razón para la no concesión de la tutela cautelar, violentando el derecho del solicitante a una tutela judicial efectiva. Así opina García de Enterría quien *“considera que no puede invocarse el interés general para frustrar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...) no puede constituir el fundamento para negar la tutela cautelar”*⁸⁹; y PRITZ: *“No nos parece adecuado que una sentencia mencione a dicho interés público para denegar una petición jurídica de un administrado. Los jueces deben juzgar sobre la legitimidad del obrar estatal y ése*

⁸⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela judicial cautelar en... Ob Cit. P. 26

⁸⁸ TESO GAMELLA, P. Ob Cit. P. 70

⁸⁹ Referido en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela judicial cautelar... Ob Cit. P. 26

*debe ser el criterio para admitir o denegar pretensiones precautorias*⁹⁰.
Mencionado

Para nosotros, la ponderación no debe ceñirse a un criterio absolutista de interpretación de los intereses colectivos o particulares, sino que *“al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés particular, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino apreciando cada caso en concreto”*⁹¹. Tal como lo expusimos con el *periculum in mora* y con el *fumus boni iuris*, en la valoración de los intereses que intervienen en el proceso, dependerá ampliamente del caso concreto, es decir, del tipo de medidas que estén siendo solicitadas, de la firmeza de las pruebas que sustenten los dos elementos anteriores y de la naturaleza del acto objeto del proceso.

Por último, cabe señalar que en el contexto de los presupuestos procesales la doctrina y la legislación se refieren a la contracautela o caución, que es una fianza o garantía económica que es exigida cuando la medida cautelar pueda generar algún perjuicio, cuyo objeto es, precisamente, evitar que se produzca.⁹²

⁹⁰ PRITZ, Osvaldo. Medidas cautelares y control de la discrecionalidad administrativa. En CASSAGNE, Juan Carlos (Director). *Amparo y medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007. P. 409

⁹¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela cautelar como garantía de efectividad... *Ob Cit.* P.162-163.

⁹² Sobre esto se expresan: VALLEFÍN, C. *Ob Cit.* P. 177 y ss.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela judicial cautelar... *Ob Cit.* P. 27-28;

CAPITULO SEGUNDO

Perspectivas de la tutela cautelar: género y garantía

§ 1. Características de las medida cautelar en el derecho común.

En primer lugar, las cautelares son medidas provisionales, toda vez que no constituyen decisiones definitivas y ejecutivas de la jurisdicción que las provee. *Supra* hemos explicado el carácter provisional de las medidas cautelares, pero recordaremos que alude a la situación de interinidad para la cual son adoptadas, por lo que no pueden perdurar más que la existencia del proceso principal; por esta razón, su vigencia permanece hasta la decisión final que las torna ejecutivas, o bien, las extingue.⁹³

También hallamos el carácter instrumental, las medidas cautelares están por definición, ligadas a un proceso principal que determinará la vigencia de éstas. La decisión sobre el fondo confirmará las medidas provisionales como definitivas y ejecutivas, o bien, las extinguirá o levantará si el tutelado sucumbe.

⁹³ Al respecto puede retomamos los criterios de DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 56 y s.; y TESO GAMELLA, P. *Ob Cit.* P. 23.

De esto se desprende que el juez de lo cautelar no pueda estatuir sobre el fondo y, valore superficialmente las pruebas que se aportan para probar, en principio, el derecho reclamado.⁹⁴

No obstante, esta separación entre lo cautelar y lo principal, no puede ser absoluta, porque perdería su finalidad, en el entendido de que procura garantizar la ejecución de una eventual sentencia definitiva. En ese sentido, el Tribunal Superior de España afirmó: *“No es cierto que la adopción o no de esa medida cautelar (...) deba decidirse prescindiendo total y absolutamente de la cuestión de fondo sobre la que versa ese acto. Porque si tal cosa se admitiera estaríamos desvirtuando el fundamento mismo de la medida cautelar (...) Cosa distinta es que la decisión incidental deba adoptarse sin prejuzgar el problema de fondo”*⁹⁵ sobre el alcance del juez cautelar en la cuestión principal; también explica TAVARES que *“El principio intangible y sagrado en el derecho antiguo, que prohíbe al juez de los referimientos conocer del fondo del asunto principal, se ve, si no violado, por lo menos atenuado, en aquellos casos en que al juez del referimiento se le obliga a apreciar la seriedad de la obligación, la magnitud de un daño o de una turbación ilícita”*⁹⁶.

Con respecto a la solicitud, debe ser pedida al tribunal, ya que el juez nunca podrá otorgar una medida cautelar de oficio.

Sin embargo, la urgencia que identifica a las situaciones que ameritan una protección cautelar conlleva que, en ocasiones, ese carácter contradictorio se vea obviado, entrando al escenario las llamadas medidas cautelares provisionales, *“estas son, aquellas adoptadas inaudita parte o con otras particularidades procedimentales,*

⁹⁴ Ver Párrafo I del Art. 7 de la Ley 13-07; y Art. 101 y ss. de la Ley 834 de 1978.

⁹⁵ Ar. 1439 del Auto del Tribunal Superior español del 17 de febrero de 1990. En JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. *“El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial”*. Madrid: Iustel, 2005. P. 61.

⁹⁶ TAVARES, Froilán. *Elementos de derecho procesal civil dominicano*. Octava edición. Santo Domingo: Ed. Centenario. v. II, P. 83-84.

como es la adopción de las medida antes de la interposición del recurso principal”⁹⁷. En estos casos, la tutela cautelar es ofrecida antes de que las partes concurren ante el tribunal, debido a la urgencia que conduce a un proceso cautelar sumario.

Ha sido objeto de discusión en la doctrina la pertinencia de este tipo de medidas que se conceden sin escuchar a la parte contraria, o la parte afectada por la decisión cautelar. La profesora Carmen Chinchilla no se ha conformado con exaltar la incorporación de las medidas provisionales en la legislación, sino que ha ido más lejos, criticando el hecho de que estas medidas sean únicamente posibles para los supuestos de inactividad administrativa y vía de hecho, porque, a su juicio, deberían estar hábiles para todas las medidas de régimen general.⁹⁸ En la República Dominicana ni en la República Argentina, la legislación no limita las situaciones en las que pueden tutelarse derechos en materia cautelar, dejando a la apreciación del tribunal su conveniencia o no.

Por el contrario, HERNÁNDEZ-MENDIBLE arguye: “*Las medidas provisionales que han sido consideradas la cautela de la cautela, resultan totalmente improcedentes en el estado actual del proceso administrativo, pues con la unificación de la tramitación cautelar, el órgano jurisdiccional deberá admitir el recurso antes de pronunciarse sobre la medida cautelar y de constatar el cumplimiento de los presupuestos procesales, debe conceder la tutela cautelar inaudita altera partem (Agrega) (...) puede afirmarse que actualmente son manifiestamente innecesarias e improcedentes las pretensiones cautelares para obtener las denominadas medidas provisionales*”⁹⁹.

⁹⁷ DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 58

⁹⁸ CHINCHILLA, C. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España. En: DAMSKY, Isaac; *et al.* (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [en línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estado Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en

<http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf>

⁹⁹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela cautelar como garantía de... *Ob Cit.* P. 163.

Un próximo aspecto a tratar sobre la figura procesal es lo relativo a los requisitos para su adopción o presupuestos procesales necesarios para acudir a su utilización.

La tutela cautelar es una herramienta que han sido puestas en manos de los sujetos procesales para responder ante situaciones de urgencia o peligro que, muy probablemente, afectarán algún derecho de las partes o de un tercero. Pero por el mismo hecho de anteponerse a las decisiones judiciales definitivas, deben de ser usadas con mucha precaución y en los casos donde existe firme certeza de su necesidad. Para ello, el legislador y la jurisprudencia han establecido los requerimientos para cada uno.

Las exigencias legales para la adopción de cualquier medida cautelar en lo administrativo es que haya verosimilitud en el derecho o apariencia de buen derecho, suficiente para poner en duda la presunción de legalidad de la actuación de la Administración; el peligro en la demora, que justifique la medida cautelar, sin la cual se sufriría un perjuicio irreparable o de difícil reparación; y por último, la ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso.

Con anterioridad, explicamos la necesaria valoración que debe hacer el juez cautelar de lo contencioso administrativo sobre los intereses que se encuentran en juego dentro del proceso cautelar, esto así porque, como ya sabemos, una de las partes del proceso siempre será la Administración Pública, la cual representa y vela por los intereses colectivos, públicos, de la generalidad de las personas; mientras que la parte contraria busca tutelar un derecho de interés privado o particular.

No quisiéramos incurrir en un exceso si comentamos que, muy evidentemente, las medidas cautelares seguirán, con independencia

de la jurisdicción que conduzca el proceso, las reglas y principios del derecho administrativo.

Por otro lado, la tutela cautelar administrativa encontró en la suspensión del acto administrativo su principal exponente, convirtiéndose en la medida cautelar principal: *“El ‘efecto suspensivo’ es la medida cautelar más importante en el Derecho Procesal Administrativo, ya que garantiza cautelarmente una pretensión de anulación”*¹⁰⁰. Sin embargo, la necesidad de brindar una protección provisional más efectiva a los particulares se ha impuesto, forzando a la jurisprudencia y al legislador a abrirle espacio a las denominadas cláusulas abiertas¹⁰¹, por las que el juez cautelar tiene el poder de ofrecer todas las medidas provisionales que sean necesarias para evitar un daño irreparable.

La doctrina se expresó al respecto, explicando la necesidad de ampliar las potestades del juez y dichas medidas. HERNÁNDEZ-MENDIBLE comentaba: *“Esta medida cautelar (la suspensión de la ejecución del acto administrativo) fue durante mucho tiempo la única admisible en el derecho español, pero la misma se tornó ineficaz respecto de los actos que establecían prohibiciones o negaban lo solicitado, pues en tales casos las medidas cautelares de suspensión eran insuficientes para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva”*¹⁰², luego, este autor cita a CHINCHILLA: *“la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo no puede seguir anclada en el único puerto de la suspensión, porque la tutela judicial efectiva quedará*

¹⁰⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Tratado de derecho administrativo. Tomo III. España: Civitas. Aranzadi, 2008. Vol. II, p. 1122

¹⁰¹ Explica RESTREPO MEDINA que *“se impone entonces la introducción en el ordenamiento nacional de una norma en blanco que permita la adopción de cualquier medida cautelar que se presente como idónea para la salvaguarda del objeto litigioso y la ejecución in natura de la sentencia, dejando al juez en libertad de otorgar aquéllas cuyo discernimiento le indique que son las más convenientes”*. En Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial. Revista Vniversitas. No. 12 (Julio-diciembre 2006), [en línea]. Bogotá: Pontificia Univesidad Javeriana. P. 80. [Consultado el 5 de noviembre de 2013]. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82511203.pdf>

¹⁰² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela judicial cautelar en el... Ob Cit. P. 42.

*insatisfecha cada vez que esa medida sea insuficiente e incapaz de garantizarla, mientras dure el proceso*¹⁰³.

La jurisprudencia también manifestó en su criterio la necesidad de imponer medidas cautelares de carácter positivo: *“Las medidas cautelares positivas, manifestaciones jurisprudenciales de la aplicación de la tutela cautelar (...), medidas atípicas e innominadas que llevan camino a ser típicas (...) abarcan, en definitiva, la imposición de obligaciones provisionales de signo positivo (dar o hacer) o negativo (la abstención de la adopción de una conducta o actividad)”*¹⁰⁴.

Incorporamos la opinión de GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, quien dice: *“Así pues, el efecto suspensivo representa la ratio del contencioso-administrativo anulatorio e impugnatorio de actos. La medida cautelar positiva responde en cambio a la lógica de la pretensión a una prestación, teniendo el particular una posición procesal atacante y no meramente defensiva”*¹⁰⁵. Revela el autor la transformación que ha supuesto el sistema cautelar con la incorporación de las medidas cautelares positivas, aún cuando la suspensión del acto sea la tradicionalmente manifiesta.

En este proceso de transformación de la tutela cautelar hacia la apertura de nuevas formas que permitan el cumplimiento de las finalidades que persiguen las medidas cautelares, han cobrado mucha vigencia las medidas cautelares positivas, por considerarse como *“un instrumento de la mayor utilidad práctica”*¹⁰⁶

¹⁰³ CHINCHILLA, C. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Madrid: Civitas, 1991. pp. 178-179. Citado por HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Supra Cit.*

¹⁰⁴ Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de febrero de 1998. Esta decisión fue el objeto de análisis en HERRAÍZ SERRANO, O. “El paso firmado por el tribunal superior de justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del Référé-Provision”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 147 (Septiembre-Diciembre, 1998). P. 154.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Tratado de derecho administrativo. Tomo III. España: Civitas. Arazandi, 2008. V. II, p. 1122.

¹⁰⁶ *Ibid.* P. 1166.

En Francia, la situación fue un poco distinta porque su sistema cautelar está compuesto por tres figuras: el *constat d'urgence*, el *sursis à exécution* y el *référé administratif*. Con tal fórmula, el legislador francés previó la posibilidad de que el juez de lo cautelar concediera medidas que no estuvieran expresamente enunciadas en la ley, brindando una protección procesal completa a los derechos del solicitante.

En el caso de la República Dominicana y la República Argentina, las medidas cautelares atípicas o innominadas corrieron mejor suerte, en tanto han sido contempladas en la legislación que regula la jurisdicción contencioso-administrativa, ampliando la probabilidad de ofrecer una protección cautelar completa y eficaz al solicitante. Así, establece que el recurrente podrá solicitar la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de una eventual sentencia que acoja el recurso contencioso administrativo.

Es fundamental que los ordenamientos incorporen este tipo de cláusulas abiertas, ya que la heterogeneidad de las actuaciones de la administración se traduce en la inoperancia de la “suspensión del acto administrativo” como única vía de tutela cautelar. Esto se logra ampliando los poderes del juez. Entonces, “esa habilitación tendría que comprender la posibilidad de decretar medidas con efectos innovativos, especialmente en los procesos tramitados ante la jurisdicción contencioso administrativa”¹⁰⁷, agrega el autor: *“la suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, no sirve de nada frente a la inactividad de la administración o la denegación por parte suya de las peticiones que se hay aducido ante ella, y menos aún tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho.”*¹⁰⁸

¹⁰⁷ RESTREPO MEDINA, M. *Ob Cit.* P. 81.

¹⁰⁸ *Ídem.*

En conclusión, hemos querido resaltar la transformación que ha sufrido dicha figura cautelar, de tal manera que, siendo un mecanismo de prevención de daños, no ha podido permanecer en sus formas iniciales de protección, extendiendo su alcance hasta situaciones distintas de las que motivaron su surgimiento. como las medidas cautelares, que no se circunscriben únicamente a la suspensión de un acto.

§ 2. Correlación de la tutela cautelar con la tutela judicial efectiva.

“Los derechos valen lo que valen sus garantías, lo que vale el derecho de acceder a los tribunales para obtener la tutela o amparo de nuestros derechos. Por eso, no hay verdadero derecho, derecho realmente efectivo, donde no se reconoce el derecho a accionar en justicia”¹⁰⁹.

En esa afirmación se fundamenta el objeto de esta última parte de la investigación, comprobar que las garantías de los derechos son las que los hacen efectivos, las que permiten su plena realización. Por esa razón hemos propuesto, para esta sección, un análisis de las medidas cautelares como garantía de la garantía, que es la tutela judicial efectiva.

En primer lugar, es apropiado referirnos a la tutela judicial, en las palabras de GONZÁLEZ PÉREZ: *“El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías*

¹⁰⁹ JORGE PRATS, Eduardo. Derecho Constitucional. Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2005. Vol. II, p. 46.

*mínimas*¹¹⁰. Esta definición del autor corresponde a la concepción del derecho al proceso y en el proceso.¹¹¹

Pero es entre la tutela judicial *efectiva* y las medidas cautelares que pretendemos demostrar la vinculación, entendiendo la diferencia que existe entre la simple tutela jurisdiccional y la tutela judicial efectiva, en tanto la segunda se muestra como la garantía jurisdiccional, contenida en la Constitución y en los demás textos que conforman el llamado “bloque de constitucionalidad”, que comporta el “*derecho que le asiste a toda persona de dirigirse a los tribunales en solicitud de protección de sus derechos, de una situación jurídica violada o desconocida, para su conservación, reposición o reparación y aún para la creación de una situación jurídica nueva*”¹¹², agregando un elemento material sobre la efectividad de la tutela, que explicaremos más adelante.

Se entiende, entonces, que la tutela judicial efectiva es una garantía procesal cuyo objeto es la protección de los derechos de las personas ante los tribunales de justicia, procurando la seguridad de las decisiones que tomen.

Además de ser garantía, por expresión de la misma Resolución 1920 de la SCJ del 13 de noviembre del 2003: “*Atendido: (...) así como el derecho a la justicia de las víctimas, a las que se les reconoce la potestad de reclamarla ante los tribunales, que no es más que el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos*”, “*Atendido: que el bloque de constitucionalidad encierra garantías orgánicas (...) lo mismo que garantías de carácter procesal que tutelan los derecho en la*

¹¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Tercera edición. Madrid: Civitas, 2001. P. 33.

¹¹¹ Explica JORGE que el derecho “*a*” proceso se refiere a la posibilidad de acceder a la justicia; mientras que el derecho “*en el*” proceso implica el conjunto de garantías que protegen al justiciable desde su inicio hasta su conclusión. En JORGE PRATS, Eduardo. *Ob Cit.* P. 274.

¹¹² *Ibid.* P. 292.

forma, tiempo y oportunidad para celebrar los actos del juicio en las instancias procesales” y además, expone esta resolución que “a fin de asegurar un debido proceso de ley, la observancia de estos principios y normas es imprescindible en toda materia (...). Que estas garantías son reglas mínimas que deben ser observadas no sólo en los procesos penales, sino, además, en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo (...)”.

Es así que la tutela judicial efectiva se configura tanto en derecho fundamental como en una garantía al resto de los derechos. Explica JORGE PRATS: *“La justiciabilidad de los derechos fundamentales se presume pues ella misma, aparte de ser garantía de los derechos, es un derecho fundamental de la persona para “defender su derecho vulnerado y reclamar su reparación ante los tribunales de justicia”*¹¹³. Esto implica, primero, el acceso a la justicia y, en adición, un proceso apegado a todas las garantías del debido proceso de ley, que exige la propia Constitución dominicana y Argentina.

Sin embargo, no puede afirmarse que la tutela judicial efectiva se agota con el acceso a la justicia y el debido proceso de ley. Esta garantía fundamental implica, además del acceso a la justicia, la obtención de una sentencia motivada sobre el fondo en un plazo razonable y la seguridad de la ejecución de la sentencia, éste último es el elemento material al que nos referíamos anteriormente, la ejecutividad. La doctrina se refiere de esta manera: *“El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos”*¹¹⁴.

¹¹³ JORGE PRATS. *Ob Cit.* P. 46

¹¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob Cit.* P. 57

Es en esa última parte de la tutela judicial efectiva cuando las medidas cautelares se manifiestan y muestran la potente capacidad garantista que fundamenta su existencia, sirviendo como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva o, en otras palabras, revelándose como garantías de la garantía.

Sobre esto, CASSAGNE alega que *“las medidas cautelares persiguen como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva, con rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra Carta Magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José Costa Rica”*¹¹⁵.

Es nuestro propósito, desde luego, la exposición de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que explican que las medidas cautelares son un instrumento necesario para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva¹¹⁶. Podríamos decir que la tutela cautelar se justifica desde el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva ¹¹⁷, toda vez que las medidas cautelares procuran la efectividad de la sentencia o decisión definitiva del tribunal.

Como explicamos desde nuestro primer capítulo, evitar un perjuicio irreparable o de difícil reparación es una de las finalidades principales de la tutela cautelar, lo que el Tribunal Superior Administrativo de la República Dominicana confirmó: *“Que el objeto de la Adopción de Medidas Cautelares es lograr la suspensión del Acto Administrativo que afecta al accionante, evitando que durante el tiempo que dura el proceso ese derecho no sufra un daño de tal magnitud que*

¹¹⁵ CASSAGNE, Ezequiel. Las medidas cautelares contra la administración. [en línea]. Argentina. P. 5 [Consultado el día 25 de octubre de 2013]. Disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf

¹¹⁶ DE LA SIERRA, S. *Ob Cit.* P. 121

¹¹⁷ En la Sentencia 238-1992, del 17 de diciembre (Tol 82018) el Tribunal Constitucional de España estableció: *“No puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad d adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”*.

resulte imposible o muy difícil repararlo, cuando finalmente se dicte la sentencia que pueda reconocerlo; durante el proceso Contencioso Administrativo”¹¹⁸.

Con esto, se asegura la fiel ejecución de la sentencia de fondo, ya que sin una providencia cautelar oportuna, la decisión del tribunal sobre el recurso principal podría convertirse en una simple declaración de voluntad y, en vía de consecuencia, afectarse gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto se perdería la efectividad que supone la tutela del órgano judicial.

Podríamos nosotros hablar de la “constitucionalidad de las medidas cautelares”, ya que éstas tienen su sustento constitucional en la estrecha vinculación que guardan con el derecho a la tutela judicial efectiva. Explica CHINCHILLA que *“La suspensión y, en general, la tutela cautelar es una exigencia de la efectividad de las resoluciones judiciales que son, a su vez, el instrumento a través del cual se otorga la tutela judicial. Sólo así puede hablarse de que existe un derecho a solicitar y obtener medidas cautelares”¹¹⁹.*

El criterio de la constitucionalidad de la tutela cautelar lo afirma ARENAS: *“De otra parte, la constitucionalización del derecho en el caso de la cautela judicial o medida cautelar, se deriva de la tutela judicial efectiva, derecho fundamental previsto en la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos, entre otros Colombia, España, Alemania, México, Argentina y Chile, que resaltan la importancia en el contexto jurídico de este derecho, que ha evolucionado hasta alcanzar la denominación de fundamental, al igual que en los tratados internacionales de derechos humanos y de lucha contra la*

¹¹⁸ Sentencia sobre adopción de medida cautelar del Tribunal Superior Administrativo dominicano de fecha 7 de mayo de 2010.

¹¹⁹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. *Revista de Administración Pública*. Núm. 131 (Mayo-agosto 1993). P. 168.

corrupción, que garantizan no solamente el acceso a la administración de justicia, sino que este acceso sea oportuno y eficaz”¹²⁰

Además de esa función garantizadora de la ejecución de las decisiones definitivas de los tribunales, las medidas cautelares cumplen con la función de equilibrar un proceso en que las partes se encuentran en situaciones desiguales, contrarrestando los efectos de la autotutela administrativa y de la exorbitancia que reviste a la Administración. RODRÍGUEZ-ARANA resalta la sentencia del Tribunal Supremo español del 10 de noviembre de 2003: *“en el proceso administrativo, la justicia cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de la administración, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control y fiscalización de la actuación administrativa (...)”*

Podemos desprender de la afirmación anterior, que el Tribunal Supremo de España reconoce que las medidas cautelares constituyen una garantía al derecho de igualdad entre las partes, además de garantizar la efectividad de la tutela judicial. En vía de consecuencia, la tutela cautelar se presenta como garante de dos importantes derechos fundamentales en el proceso: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad de las partes.

Y es que resulta completamente admisible considerar la tutela cautelar como una garantía fundamental, si no como un derecho. CHINCHILLA considera *“que es necesario reconocerle la condición de derecho fundamental al derecho que consiste en obtener una medida provisional para evitar que el tiempo que dura el proceso cause un daño*

¹²⁰ ARENAS CEBALLOS, Julieta. *La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo*. Revista Civilizar, Vol. 9, Núm. 16 (enero-junio, 2009). Colombia. P. 92,

de difícil o imposible reparación a quien acude a él para determinar si realmente tiene o no razón”¹²¹.

CONCLUSIÓN

A partir de la investigación que recién hemos agotado, se han podido establecer las bases para determinar los principales aspectos característicos de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Igualmente, la presentación de los presupuestos procesales que determinan el otorgamiento de estas providencias ha conllevado la revelación de diferentes posturas doctrinarias que sustentan la imposición de la verosimilitud en el derecho, como explica García de Enterría; la primacía del peligro en la demora, al criterio de Carmen Chinchilla; y la ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso, que a juicio de algunos, no es un parámetro para decidir sobre la concesión de esta tutela cautelar.

A nuestro juicio, hemos considerado que en materia cautelar, las peculiaridades de cada situación jurídica determinará el supuesto que se imponga sobre el otro, correspondiendo al juez cautelar hacer un razonamiento que se ajuste estrictamente a la solicitud de que se trate.

¹²¹ CHINCHILLA, C. *El derecho a la tutela cautelar como garantía...* Ob Cit. P. 173.

Para finalizar, posiblemente, con el elemento de sustancial aportación a este trabajo, constituye lo reflejado en la última sección de nuestra investigación, concerniente a la relación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva.

Como ha sido posible observar, aún cuando esta última parte es la que hace alusión a este tema, a todo lo extenso del desarrollo de este documento hemos tenido necesariamente que importar el concepto de tutela judicial efectiva. Y es elemental hablar sobre ella en un estudio sobre las medidas cautelares, ya que, como hemos explicado, las medidas cautelares se manifiestan como la principal garantía a la ejecución de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, en vía de consecuencia, es la principal garantía del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Tal como se pudo apreciar, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, a la vez que una garantía fundamental a los derechos constitucionalmente establecidos. Es así entonces que, siendo la efectividad de la tutela judicial una garantía de esta relevancia a los derechos fundamentales, y estando garantizada, a la vez, por la tutela cautelar, es innegable que las medidas cautelares representan, directa e indirectamente, una garantía a los derechos fundamentales; y retomando la ilustrada frase que citáramos precedentemente, los derechos son lo que son sus garantías.

A partir de lo anterior, hemos llegado a la concepción de la “constitucionalidad de las medidas cautelares”, partiendo de su vinculación con la tutela judicial efectiva, así como de los demás derechos fundamentales, contenidos en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos.

Este es uno de los principales fundamentos que utilizan los autores comparados para explicar la importancia y la necesidad, en algunos casos, de ampliar las potestades del juez, admitiendo las cláusulas abiertas de medidas cautelares innominadas, por las cuales el juez estaría facultado de decidir cualquier medida apropiada según la necesidad que presente la situación.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AMIAMA, Manuel A. Notas de Derecho Constitucional. Séptima edición, actualizada, ampliada y anotada por Raymundo Amaro Guzmán. Santo Domingo: SEAP, 2008.

ARAUJO JUAREZ, José. “Tratado de Derecho Administrativo Formal”. Cuarta edición. Caracas: Vadell Hermanos, 2005.

ARIAS, Samuel y READ, Alexis. La jurisdicción de los referimientos: fondo jurisprudencial de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación de Santo Domingo (1956-1998). Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.

BERNAL, Carlos. Derecho de los derechos. Argentina: 2005.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Decimosexta edición. Buenos Aires: Heliasta, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. Amparo y medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa. Abeledo-Perrot. 2007. Buenos Aires.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencia cautelares, Buenos Aires: Ara Editores, 2005. P.

CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1930.

DE LA SIERRA, Susana. Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Navarra: Ed. Arazandi, 2004.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Contencioso Administrativo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso Derecho Administrativo. Tomo I y II. Versión Latinoamericana en base a la duodécima edición. Lima y Bogotá: Palestra-Temis, 2006.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. Instituciones de Derecho Administrativo. Sevilla, 1927.

GERMÁN MEJÍA, Mariano. Vías de Ejecución. Tomo I. Segunda Edición. 1992. Santo Domingo.

GIL IBAÑEZ, José L. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: una visión práctica. Madrid: Ed. Colex, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Tercera edición. Madrid: Civitas, 2001.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Ob Cit.* Tomo III. Volumen I. (España: Civitas, 2008).

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo. Caracas: Editora Vadell hermanos, 1998.

JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial. Madrid: Iustel, 2005.

JORGE PRATS, Eduardo. Derecho Constitucional. Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2005. Vol. I y II.

LAUBADERE, A.; VENEZIA, J.C.; GAUDEMMENT, Y. Traité de Droit Administratif. Tomo I. Quinceava Edición. Paris, 1999.

MARTÍN REBOLLO, Luis. Leyes Administrativas. 11va edición. Colección Códigos Básicos. Navarra: Ed. Aranzadi, 2005.

ORTIZ ÁLVAREZ, Luis. Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1995.

PASTOR, Blanca. y van GINDERACHTER, Eric. “El procedimiento de medidas cautelares ante el tribunal de primera instancia de las comunidades europeas.”. 1993. CIVITAS. Madrid.

PASTOR BORGOÑÓN, Blanca. VAN GINDERACHTER, Eric. El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas. Madrid: Civitas, 1993.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Tercera edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava edición. Uruguay: Clásicos Jurídicos Uruguayos. Fundación Cultura Universitaria, 2002.

TAVARES, Froilán. Elementos de derecho procesal civil dominicano. Octava edición. Santo Domingo: Ed. Centenario. v. II.

TESO GAMELLA, Pilar. Medidas cautelares en la justicia administrativa. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007.

VALLEFÍN, C. Protección cautelar frente al Estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

WALINE, Jean. Droit Administratif. 22va edición. Paris: Dalloz, 2008.

Revistas

ALVARADO, Rosina de. El principio de legalidad o el control del Leviathan. En *Revista de Ciencias Jurídicas*. No. 18.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. *Revista de Administración Pública*. Núm. 131 (Mayo-agosto 1993). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo. En *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. Vol. 4 Núm. 4. (2004).

MEILÁN GIL, José Luis. El poder normativo: a propósito de la ley y reglamento en el derecho español. En *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. Año 7, No. 8 (2007). San José.

MORETA, Américo. *Revista Jurisciencia*. Vol. 1, No. 6 (enero a mayo de 1987).

Legislación

Constitución de la República Dominicana

Constitucion de la República Argentina

Ley 26-854 sobre Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene. Procesos excluido

Ley 13-07 que crea el Tribunal Contencioso Administrativo en la Republica Dominicana del 5 de febrero del año 2007.

La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España del 13 de julio de 1998.

Principales sentencias utilizadas:

Sentencia 238-1992, del 17 de diciembre (*Tol 82018*) del Tribunal Constitucional de España.

Sentencia del Tribunal Superior de España del 30 de mayo de 1994.

Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de febrero de 1998.

Auto del Tribunal Superior español del 17 de febrero de 1990.

Auto del Tribunal Constitucional español del 12 de febrero de 1992

Documentos en línea

CARRILLO, Santiago. Las medidas cautelares contra el Estado en la República Argentina. En: DAMSKY, Isaac; LOPEZ OLVERA, Miguel y PÉREZ CRUZ, Xóchitl (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [En línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estado Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/3.pdf>

CASSAGNE, Ezequiel. “Las medidas cautelares contra la administración”. [En línea] Argentina. P. 5 [Consultado el 25 de octubre de 2013]. Disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf

CHINCHILLA, C. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España. En: DAMSKY, Isaac; LOPEZ OLVERA, Miguel y PÉREZ CRUZ, Xóchitl (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [En línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo

Contencioso Administrativo de los Estado Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf>

NAVARRO, Karlos y SENDÍN GARCÍA, Miguel. Medidas cautelares y proceso contencioso administrativo en Nicaragua. En DAMSKY, Isaac; LOPEZ OLVERA, Miguel y PÉREZ CRUZ, Xóchitl (coord.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica*. [En línea]. México: Asociación de magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estado Unidos Mexicanos A. C., 2009. [Consultado el 20 de octubre de 2013]. Disponible en <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/11.pdf>

