

Comentarios Jurisprudenciales

CRITERIOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Antonio Canova González

Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCION

II. LA NUEVA FUNCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Visión tradicional de las medidas cautelares en el contencioso administrativo. 2.- Visión moderna de las medidas cautelares en el contencioso administrativo. 2.1. La tutela cautelar es parte del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. 2.2. Las medidas cautelares son instrumentos idóneos para impedir que el proceso perjudique a quien tiene la razón. 2.3. Consecuencias de la nueva visión de la protección cautelar en el contencioso administrativo.

III. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Los daños irreparables o de difícil reparación. 2.- Los intereses generales. 3.- Los alegatos de nulidad absoluta. 4. El efecto suspensivo de las acciones impugnativas. 5.- La presunción de buen derecho y el peligro de infructuosidad del fallo. 5.1 El periculum in mora. 5.2. El fumus boni juris. 5.3. Posibles objeciones a este criterio

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCION

Una característica común a la mayoría de los Estados actuales es incluir entre sus valores superiores el respetar y hacer valer de forma efectiva los derechos inherentes a la persona humana; derechos fundamentales que generalmente, además, han sido constitucionalizados en forma detallada.

Estos derechos inalienables del ciudadano, cuya idealización se remonta a el *Bill of Rights* de Virginia de fecha 12 de junio de 1776, a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 4 de julio de 1776 e, indudablemente, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789¹, y que incluso han sido recogidos y enaltecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, han adquirido enorme relevancia en las últimas décadas, en especial por cuanto todos los Estados del orbe han aceptado que tales derechos fundamentales sólo existen en sentido jurídico y tienen vigencia en la medida en que se prevean mecanismos procesales -primordialmente judiciales- que permitan a los particulares hacerlos efectivos y cuando, en consecuencia, se sancionen sus violaciones y se ordene, en tales casos, su pronto restablecimiento.

1. Hay que recordar, no obstante, la existencia de documentos precursores de las modernas declaraciones sobre derechos humanos: la Carta Magna inglesa de 1215, el *Habeas Corpus* de 1679 y el *Bills of Rights* de 1689. Tal carácter lo ostentan aun cuando no hayan sido esas declaraciones verdaderas revelaciones de derechos inherentes a la persona humana, fundadas en la dignidad de cada uno, sino más bien de derechos antiguos e indiscutibles del pueblo inglés frente a los poderes de la Corona.

De manera que, impulsados además por diferentes tratados internacionales², en muchos ordenamientos jurídicos se han establecido procesos judiciales breves, rápidos y sumarios cuya única finalidad es la protección efectiva de cualquier derecho fundamental del hombre que sea menoscabado por actos u omisiones de los órganos que ejercen el Poder Público o, inclusive, de los mismos particulares.

Estos procesos breves de amparo o tutela de libertades fundamentales -las cuales requieren una inmediata protección- han surgido, de alguna manera, como una reacción a la insuficiencia que para tales fines ha mostrado la tutela jurisdiccional ordinaria. Como se ha señalado, no resulta conveniente dejar que la efectividad de dichos valores supremos del Ordenamiento dependa de los achaques de la vieja máquina de justicia, tan necesitada de reformas, por lo que procesos de naturaleza constitucional, dinamizantes y eficaces, han sido la respuesta común³.

Además de esa particularidad procesal constitucional, la fuerza que paulatinamente han cobrado los derechos fundamentales del hombre y la posición preeminente que ocupan en los ordenamientos jurídicos ha motivado un cambio de perspectiva en todas las relaciones humanas; y, como es de esperarse, el Derecho, que regula y ordena precisamente tales relaciones, al tener ahora obligatoriamente como premisa principal a un ciudadano dotado de derechos supremos, ha experimentado también cambios de importancia, tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo.

Ninguna rama de esta ciencia social ha permanecido inmutable frente a la concepción del hombre como titular de derechos inherentes e inviolables que el Estado ha jurado, a toda costa, respetar y proteger. Y, es el caso, que la consolidación de dicha visión ha encontrado terreno fértil en el plano de las relaciones entre los ciudadanos y el Poder, avizorándose por tanto grandes transformaciones en el Derecho Público y concretamente en el Administrativo.

Voces autorizadas pregonan una auténtica revolución científica en este campo, mediante la sustitución de los antiguos supuestos o postulados que sirvieron de cimientos a esta rama del Derecho y el abandono del mayor paradigma: el sistema de derecho administrativo francés; siendo ahora la vía a seguir, justamente, la protección de los derechos fundamentales del hombre y especialmente el de la tutela judicial efectiva⁴.

En virtud de la indicada reacción contra el modelo tradicional de justicia administrativa francés, uno de los primeros dogmas en caer, sin lugar a dudas, ha sido el de la prevalencia de los intereses generales sobre los de los particulares, ya que éstos, como se ha dicho, aunque personas individuales, son titulares de derechos fundamentales que, ni siquiera bajo la excusa de contradicción con los intereses colectivos, pueden ser sacrificados. Asimismo, se cuestiona la todavía interpretación rígida del principio de separación de poderes -el cual frecuentemente sirve como argumento para evitar un verdadero y total control sobre la

2. Entre los cuales resalta la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U., cuyo artículo 8 establece: "Toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

3. Junto con los procesos breves, ciertas figuras jurídicas han venido a colaborar con una justicia más ágil. Es el caso de las vías de hecho, en el plano del Derecho Administrativo, donde la gravedad de la falta cometida por la Administración y la violación concurrente de libertades públicas da origen, en países como España, a que se levante la prohibición general de interponer interdictos -que son procesos brevísimos- en su contra. Véase, sobre el tema de las vías de hecho en ese país, entre otros a SEVILLA MERINO, Ignacio, "La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa", Editorial Civitas, Sevilla, 1992.

4. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Hacia una nueva Justicia Administrativa", Editorial Civitas, Segunda Edición, 1992. Concretamente su artículo "La crisis del contencioso administrativo francés: el fin de un paradigma".

actividad del Ejecutivo-; la idea de la ejecución de sentencias judiciales por propia cuenta de la Administración condenada; y también muchas de las derivaciones del dogma de la autotutela administrativa: como el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos -que cada vez encuentra mayores opositores-; y los amplios poderes de la Administración en imposición de sanciones contra particulares⁵.

Esta transformación del Derecho Administrativo sustancial viene aparejada de profundos cambios en el plano procesal administrativo.

El derecho fundamental a la defensa, erigido como derecho a una tutela judicial efectiva⁶, ha sido y será, por un buen tiempo, el mayor impulsor de la evolución de los procesos jurisdiccionales contra la Administración. A él debe sumarse la fuerza transformadora que deriva de -lo que podría decirse- el gran y más importante redescubrimiento en el plano procesal de nuestros días: el aforismo de Chiovenda y Calamandrei según el cual “el proceso, instrumento necesario para dar razón, no puede perjudicar justamente a quien tiene la razón”⁷.

Por tanto, resulta evidente el cuestionamiento del carácter objetivo del proceso contencioso administrativo -en lugar de como un proceso destinado a amparar verdaderos derechos de los ciudadanos-; el requerimiento del acto previo para acceder a los tribunales y el control de la Administración siempre *a posteriori*; la existencia de instrumentos cautelares limitados y de carácter excepcional; la fugacidad de los plazos impugnatorios, aún contra actos que atenten contra derechos constitucionales; la imposibilidad de dictar condenatorias en contra de los órganos administrativos; la no aplicación del concepto de la cosa juzgada y sus consecuencias; la ejecución por la Administración de las sentencias judiciales en su contra; y otras tantas construcciones artificiosas y prerrogativas procesales que impiden un absoluto control de la actividad de la Administración y atentan directamente, de una u otra forma, contra los derechos fundamentales de los ciudadanos y, especialmente, contra dicho derecho de la defensa o a la tutela judicial efectiva⁸.

-
5. *Cfr.*, sobre el principio de la autotutela administrativa, las reflexiones de GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Editorial Civitas, Séptima Edición, Madrid, 1995, Tomo I, páginas 469 y siguientes.
 6. Este derecho fundamental a la defensa no comporta sólo el derecho de los particulares de acceder a los tribunales en protección de sus derechos materiales (como lo establece el artículo 68 de la Constitución), sino que también, y obviamente, se presenta como una garantía de tener acceso a una tutela judicial eficaz contra la violación de esos derechos e intereses. Y es que acceder a los tribunales carece de sentido si no es posible garantizar que ellos puedan hacer justicia efectiva. Así lo ha entendido, a la vez que la más calificada doctrina, nacional y extranjera, el Tribunal Constitucional Federal alemán; y, en la Constitución española, la frase exacta de “tutela judicial efectiva” está expresamente plasmada en el artículo 24.
 7. Redescubrimiento que se atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su fallo de 19 de junio de 1990, caso: “*Factortame*”. Igualmente, han hecho uso de esa máxima la Corte Constitucional italiana, en su sentencia del N° 190 de 28 de junio de 1990; el Tribunal Constitucional Federal alemán y, más recientemente, el Tribunal Supremo español, en fallo de la Sala Tercera del 20 de diciembre de 1990. Además, la más autorizada doctrina administrativa, específicamente GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, en general, sus artículos sobre la materia recogidas en la obra “*La Batalla por las Medidas Cautelares*”, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
 8. *Cfr.*, de forma especial, el artículo “*Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español*”, recogido en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “*Hacia una nueva...*”, obra citada, páginas 43 y siguientes.

Luce entonces indetenible que las excesivas ventajas, materiales y procesales, de las que goza la Administración, que surgieron en su mayoría de las circunstancias fácticas existentes al momento de la creación misma del Derecho Administrativo⁹ y que se han arraigado sin mayor explicación en épocas posteriores muy distintas¹⁰, terminarán por ceder ante la fuerza que día a día cobra el respeto integral de los derechos supremos del hombre¹¹.

Sobre todos estos cambios de la justicia administrativa se ha escrito cantidad. Pero uno de los aspectos que mayormente ha sido tratado por la doctrina y que ha adquirido enorme relevancia es el relativo a la protección cautelar en los procesos contencioso-administrativos. La mayoría de los autores incluye a esa protección provisional como parte esencial e intrínseca del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva; alguien, incluso, ha hablado de un derecho fundamental a la tutela cautelar¹²; y algunos han sostenido que, hoy en día, las medidas cautelares y los procesos breves son los que salvan el honor de la justicia¹³.

Y es que este repentino interés por las medidas cautelares en los juicios administrativos encuentra fácil explicación porque, además de los efectos normales de todo proceso: el transcurso inexorable de tiempo; en los actuales momentos de masificación de la justicia y de retraso en el decidir, en muchos casos -si no en todos-, la victoria en una contienda judicial contra la Administración resulta infructuosa, simplemente porque a pesar de vencerla en la mayoría de las veces la sentencia final resulta totalmente inejecutable o, cuando menos, de haber sido ejecutado en toda su extensión el fallo judicial, queda una palpable sensación de que en el camino algo se ha perdido¹⁴.

-
9. Sobre los orígenes del Derecho Administrativo, y por ende también del contencioso administrativo, véase especialmente a GARCIA ENTERRIA, Eduardo, "*Revolución Francesa y Administración Contemporánea*", Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 1994. También, CHINCHILLA MARIN, Carmen, "*Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo*", en la obra colectiva "*Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*", Editorial Civitas, Madrid, 1992.
 10. Cfr. SANTAMARIA PASTOR, José María, "*Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*", *Revista de Administración Pública* Nº 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
 11. Lo que se propugna, entiéndase bien, es un equilibrio entre los derechos de los particulares y la función de la Administración, mediante el despojamiento a ésta de muchas de sus prerrogativas que atentan directamente contra los derechos esenciales del hombre. Ello no significa restarle todo poder de decisión, de acción y de imposición a los órganos administrativos sobre los particulares, ya que tampoco puede olvidarse la función necesaria para la sociedad que desempeña. Se pretende en definitiva, como dicen GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, la búsqueda de un equilibrio entre privilegios y garantías. El esfuerzo es para obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, también respetables, de los ciudadanos, "*Curso...*", obra citada, Tomo I, página 46.
 12. Cfr. CHINCHILLA MARIN, Carmen, "*La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*", Editorial Civitas, Madrid, 1992.
 13. Cfr. ESTOUP, Pierre, "*La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédure d'injonction*", París, 1990, citado por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "*La Batalla...*", obra citada, páginas 124, 188 y 274, quien hace suya, evidente-mente, esa opinión.
 14. Esto sucede, como algunos han puesto de relieve, porque el proceso actual está estructurado de manera que normalmente atenta contra los derechos de quien tiene razón. Conviene transcribir, aunque sea extenso, la situación de injusticia que conlleva el actual proceso y que patentiza el maestro GARCIA DE ENTERRIA, "*La batalla...*", obra citada: "En los estudios y debates sobre la reforma de la justicia no suele considerarse este aspecto de la cuestión [se refiere a las figuras procesales que favorecen a los deudores de mala fe] que, sin embargo, juzgo de primera importancia. Pero el asunto es aún bastante más grave si se para mientes en el criterio con que el ordenamiento signa la carga de accionar. Ese criterio es, normalmente, el de la posesión de hecho. Sólo quien pretenda remover al poseedor deberá abrir contra él un juicio declarativo y esperar, tras largos años, a vencerle para hacer valer su derecho. El propietario tiene que accionar para desahuciar al inquilino que no paga, y que seguirá sin pagar durante todos los años que dure

Las medidas cautelares -o también la generalización de procesos breves estilo *référé* francés- se presentan, entonces, como instrumentos útiles de la justicia: por una parte, hacen posible que los tribunales presten una tutela efectiva y, por otra, son los mejores mecanismos para evitar los efectos perversos de la duración del proceso. En pocas palabras, las medidas cautelares están llamadas a ser piezas importantes en la imprescindible tarea de ajustar el viejo y lento aparato de justicia a las exigencias que derivan de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las presentes líneas tratarán, justamente, uno de los aspectos de mayor relevancia en el ámbito de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, como lo es el relativo a los requisitos de procedencia para su emisión, ya que es inexplicable que en los actuales momentos, y en muchos de los países que siguen el sistema de Derecho Administrativo francés, no se hayan fijado criterios claros, precisos y cónsonos con la realidad del proceso para la expedición de estas providencias provisionales y, también, que persistan una serie de limitaciones -que se han erigido como verdaderos dogmas- que obstaculicen su libre emisión.

Para ello, en un primer capítulo, se aludirá a la nueva funcionalidad de las medidas cautelares en general, y, concretamente, en el contencioso administrativo -haciendo énfasis sobre los principios modernos que inspiran esta institución-. Luego se examinarán los requisitos que tradicionalmente se han utilizado en los procesos contra la Administración para legitimar la emisión de medidas cautelares, cuestionándolos, de ser el caso. Finalizan estas líneas con las conclusiones pertinentes y con unas pequeñas referencias o alusiones a la situación actual, en esta materia, en el contencioso administrativo venezolano.

el proceso. El acreedor tiene que demandar a su deudor para que le pague la deuda menos problemática. Inquilino y deudor utilizan el proceso (cuya apertura eventual corresponde a la otra parte) para incumplir sus obligaciones, para alargar su incumplimiento, incluso, como anotamos antes, para disminuir su importe -lo que será lo normal simplemente por la devaluación monetaria consiguiente a los largos años que costará llegar a la ejecución forzosa. La ley es la que ha creado ese extraño sistema. Las Administraciones públicas tiene aún el privilegio exorbitante de ganar para sí la posesión mediante decisiones unilaterales ejecutorias, o, simplemente, mediante su silencio, desplazando siempre a su oponente la carga de accionar y de recurrir sucesivamente durante muchos años, aún en los supuestos más manifiestos e injustos./ En un enorme número de casos, pues (yo me permito creer que quizá en la mayoría), el proceso se ha convertido en un instrumento de la injusticia, no de la justicia, aunque la expresión pueda sonar extrañamente. Es una perversión del sistema procesal, sin duda alguna./ Si recordamos ahora el principio proclamado por la máxima instancia judicial europea, es evidente que en nuestra patria dicho principio se encuentra en una escandalosa situación. Quien tiene razón suele estar gravado con penosísimas cargas procesales que perjudican con normalidad a su derecho y que favorecen correlativamente y de manera sustancial al deudor de mala fe o al incumplidor doloso de sus deberes. La duración excesiva de los procesos perjudican prácticamente siempre a quien tiene la razón./ Si el artículo 24 de la Constitución proclama el 'derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas', la cuestión es entonces decidir sobre cuál de las partes debe recaer la carga enorme de la dilación escandalosa de los procesos. Es evidente que no sobre quien tiene razón para pretender esa tutela, sino sobre quien se opone deliberadamente a ella de una manera injustificada. Esto se dice muy fácilmente; la cuestión es cómo se puede ordenar de manera práctica ese postulado./ Pues bien, hay dos maneras conocidas para ello; no se trata de inventar cualquier arbitrio. Una, corregir de plano el régimen legal que, como hemos podido ver sumariamente, premia precisamente al injusto y no al justo (según la sentencia final, naturalmente, no según cualquier criterio moral). Otra, sobre la que queremos sobre todo llamar la atención ahora, es la utilización de procesos cautelares sumarios que permitan poner en inmediata posesión de su derecho a quien manifiestamente aparece como titular real del mismo, desapoderando al injusto desde el primer momento de la ventaja que le da posesión de hecho en que se encuentra o que ha creado unilateralmente a su favor." (corchetes añadidos). Páginas 266-268.

II. LA NUEVA FUNCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El estudiar el tema referente a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el contencioso administrativo adquiere una enorme relevancia en los actuales momentos en que tales instrumentos provisorios aparecen dotados de una nueva funcionalidad en el proceso. Ahora que son vistas desde una nueva perspectiva, más cónsona con los derechos fundamentales del hombre y el ideal de justicia.

1. *Visión tradicional de las medidas cautelares en el contencioso administrativo*

Tradicionalmente, y en especial en los países que derivan del derecho administrativo francés, las medidas cautelares han venido siendo marcadas por criterios restrictivos que le han restado en buena medida su eficacia. Los principios de separación de poderes y el de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, en efecto, han repercutido enormemente en la arraigada visión limitativa de la tutela cautelar en los procesos jurídico-públicos.

El primero, que por circunstancias de la historia fue interpretado de forma rígida -mucho más de como lo fue ideado por Montesquieu¹⁵-, ha impedido en muchos aspectos un enjuiciamiento pleno de la actividad administrativa bajo la excusa de que "juzgar a la Administración es administrar". También ha restringido cualquier intento de los órganos de control judiciales de dictar órdenes a la autoridad administrativa.

El segundo, que surge como parte importante del principio de autotutela administrativa, postula que los actos de la Administración no sólo son considerados ajustados a la legalidad desde su emisión sino que pueden ser llevados a la práctica, por encima incluso de los derechos e intereses de los particulares, sin necesidad de ser revalidados por los órganos judiciales. Consecuencias de ese principio son que, normalmente, la interposición de acciones contra actos administrativos no tiene efectos suspensivos y que cualquier intento por impedir su inmediata ejecución es considerado excepcional¹⁶.

Básicamente de allí vienen los caracteres que se atribuyen tradicionalmente a las medidas cautelares en el contencioso administrativo.

Se consideran éstas, entonces, como de carácter facultativo o discrecional para el juez, quien tiene la potestad de, antes de emitir las, valorar su oportunidad a pesar de que los supuestos de procedencia sean cumplidos. En otras palabras, como ha dicho el Consejo de Estado francés, en decisión de 13 de febrero de 1976, "*Association de sauvergarde du quartier Nôtre-Dame*", "...el juez administrativo tiene un poder discrecional en la materia, siendo la suspensión una simple facultad de que dispone."

15. *Cfr.*, entre otros y en lengua castellana, a LOZANO, Blanca, "Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987", en la obra colectiva "Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios", antes identificada. También VEDEL, George, "Derecho Administrativo", Editorial Aguilar, Madrid, 1980.

16. El carácter no suspensivo de la interposición de los medios de impugnación contra actos administrativos, para que se tenga una idea de lo arraigado de los dogmas aludidos, ha sido calificado por el Consejo de Estado francés, en decisión reciente de 2 de julio de 1982, como "regla fundamental del Derecho público". Esto demuestra el por qué la procedencia de medidas cautelares en ese país, y de todos aquellos que han seguido su sistema procesal administrativa, es considerada excepcional. Lo inaceptable no es sólo el haber acogido esos principios restrictivos en países como el nuestro, sino el mantenerlos hasta nuestros días. Véase el artículo de RAMBAUD, Patrick, "La justicia administrativa en Francia (I): Introducción, organización, medidas cautelares", en la obra colectiva "La justicia administrativa en el Derecho Comparado", Editorial Civitas, Madrid, 1993, página 298.

También se le endosan a tales medidas un carácter excepcional, ya que, al tenerse como regla general la justeza al Derecho y la ejecución inmediata de los actos de la Administración, cualquier mecanismo que tenga por finalidad paralizar, aunque sea provisionalmente, la actuación administrativa, o la emisión contra aquella de órdenes de hacer o no hacer sin el consiguiente juicio pleno, constituirán siempre instrumentos extraordinarios y excepcionales. Como complemento del postulado previo, por otra parte, se pregona asimismo que las medidas cautelares solicitadas contra la Administración deben ser interpretadas de forma restrictiva, y que requieren de previsión legal expresa que las prevean para su emisión por el juez, por lo que es admisible la existencia de ámbitos del contencioso en los que se prohibiese o negase expresamente la tutela cautelar, y, a la vez, su operatividad está fijada de forma predeterminada por la ley¹⁷.

2. *Visión actual de las medidas cautelares en el contencioso administrativo*

Hace algún tiempo se han percatado los estudiosos del tema y la propia jurisprudencia de algunos tribunales, que la visión restrictiva, antes aludida, de las medidas asegurativas en el contencioso administrativo carece de fundamento y que, más aún, atenta contra principios fundamentales del Estado de Derecho, concretamente contra el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, además de que choca contra el más elemental sentido de justicia.

Surgen así los dos más importantes postulados dispuestos a guiar la nueva funcionalidad de las medidas cautelares: el lugar de éstas está junto al derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva, y su utilidad principal es evitar que el proceso cause daños a la parte que tiene la razón.

2.1. *La tutela cautelar es parte del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva*

El que sea reconocido constitucionalmente que los ciudadanos tienen el derecho de acceder a los órganos que imparten justicia en defensa de su esfera vital, trae aparejado el también derecho de dichos ciudadanos a obtener, luego de acudir a esos tribunales y de contar con un reconocimiento de sus derechos, una total y plena ejecución del fallo, una decisión eficaz. Por ello, el derecho fundamental al acceso a la justicia y a la defensa viene acompañado siempre con el derecho, del mismo rango, a una tutela judicial efectiva.

Pues bien, es justamente en este sentido que se afirma, sin lugar a dudas, que las medidas cautelares se presentan como un elemento de ese derecho absoluto a la defensa, por cuanto son éstas instrumentos de la justicia, dispuestas para hacer que el fallo final sea ejecutable, que sea totalmente eficaz.

Al respecto se ha pronunciado ya el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual, en decisión de 19 de junio de 1990, caso: "*Factortame*", sostuvo: "...la plena eficacia del Derecho Comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho nacional pudiese impedir al juez que conoce de un litigio regido por el Derecho Comunitario

17. Puede decirse, sin mucho riesgo, que prácticamente la descrita óptica tradicional y restringida es la que ha regido y, aún, rige en nuestro contencioso administrativo. Salvo algunas contadas excepciones -que se resaltarán en las líneas siguientes cuando sea pertinente como avances o tendencias hacia una nueva época en la materia-, en efecto, los criterios que se han impuesto en materia de medidas cautelares contra a Administración son evidentemente restrictivos. Baste hojear, para confirmar ea situación, la recopilación jurisprudencial hecha por ORTIZ ALVAREZ, Luis, "*Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo*", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995. También, la parte inicial de mi artículo: CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo*", en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Número 50, Caracas, septiembre de 1996.

acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho Comunitario. De ello resulta que si el juez, dadas las circunstancias, otorgaría medidas cautelares si no se enfrentase a una regla de Derecho nacional, está obligado a excluir la aplicación de esta regla...”, todo en procura de mantener incólume el derecho a la tutela judicial efectiva sobre tales derechos subjetivos amparados por el Derecho Comunitario.

En esa oportunidad se cuestionaba la factibilidad de suspender provisionalmente la aplicación de una ley inglesa, la *Merchant Shipping Act* de 1988, que impedía que barcos de bandera distinta a la del Reino Unido, o los que aún estando allí registrados sean propiedad de extranjeros, realizaran labores de pesca en aguas territoriales del país; y la decisión final, apoyada entre otros en considerandos como el transcrito, fue la de permitir a los jueces nacionales -más bien a obligarlos- a suspender cautelarmente cualquier ley, aún en contra de su Derecho interno, que atente contra derechos de particulares originados al amparo del Derecho Comunitario.

Vale la pena acotar que ese fallo del Tribunal de Luxemburgo acoge en buena medida las conclusiones del abogado general Giuseppe Tesaurò -las cuales además, por ser más explícitas, lo complementan-, quien decididamente afirma que las medidas cautelares se “..revelan como un instrumento fundamental e inexcusable de cualquier sistema jurisdiccional...”, sugiriendo al juzgador, incluso, que vincule expresamente ese poder-deber del juez de emitir medidas cautelares idóneas en caso de ser necesarias para garantizar la eficacia del fallo definitivo con las “...exigencias de la tutela judicial efectiva”.

Por otra parte, en Italia, la Corte Constitucional ha sido constante en indicar que la tutela cautelar es inherente a la efectividad de la tutela jurisdiccional; y de forma contundente declaró, en sentencia N° 190 de fecha 28 de junio de 1985, la inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley de los Tribunales Administrativos Regionales que sólo contemplaba como única medida cautelar la suspensión de efectos de los actos impugnados, por contrariar los artículos 3.1 y 113 de la Constitución, relativos a la garantía de igualdad y a la tutela judicial efectiva contra la Administración. En ese caso se permitió, finalmente, con el fin de garantizar tales derechos, la aplicación, aunque en el ámbito de los procesos incoados por funcionarios públicos, del artículo 700 del Código Procesal Civil que contempla un poder cautelar general.

En Francia, una decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987, atendiendo a tal principio, anuló una disposición legislativa por la cual se establecía que determinadas providencias administrativas -las dictadas por el Consejo de la Concurrencia en materia de prácticas restrictivas del mercado- no eran susceptibles de suspensión provisional. Expresamente se sostuvo que esa limitación “...priva a los particulares de una de las garantías esenciales a su defensa...”, por lo que viola principios de rango constitucional¹⁸.

18. Es palpable la diferencia de visión que, en Francia, poco a poco han ido mostrando el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado. Muchos han sostenido que aquél ha superado a éste en lo que a la protección de derechos de los ciudadanos se refiere. Y la materia cautelar ha sido especialmente sensible en ese sentido. El contraste de la decisión del Consejo Constitucional anotada, con los criterios restrictivos de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, criterios creados y dogmatizados precisamente por el Consejo de Estado, es frontal. Por eso se han cuestionado, en la comunidad jurídica francesa, muchas de las características de los procesos contra la Administración, utilizando en la mayoría de las veces los aportes del Consejo Constitucional como fundamento. Esto ha forzado cambios de importancia -en especial en dos aspectos: las medidas cautelares y la ejecución de sentencias- para lo cual puede verse, además de los artículos recogidos en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “*Hacia una nueva...*”, obra

En Alemania no se duda en vincular, incluso antes de la sanción de la Grundgesetz de 1949, el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 19.4 de esa Ley Fundamental, con la garantía, también de rango constitucional -por tanto-, de la tutela cautelar.

Ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal germano, en efecto, que la tutela judicial de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos sólo es efectiva si se ponen a disposición de las partes medios que permitan evitar que durante el proceso se consumen hechos que, comprobada *a posteriori* la ilegalidad de la actuación administrativa que los originó, sean irreversibles o tengan efectos irreparables¹⁹. Ese ha sido el motivo principal por el cual, en los procesos contencioso-administrativos, la regla general es el efecto suspensivo inmediato de la interposición de la acción de anulación contra actos administrativos de limitación o gravámenes, como lo establece el artículo 80 de la Ley alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰. También, ese mismo razonamiento hace que además de esa modalidad cautelar general, en los otros procesos judiciales contra la Administración, particularmente en las acciones prestacionales, sea la obligacional o la general, se concibe de forma amplia la medida cautelar denominada “orden provisional”, regulada en el artículo 123 de la misma Ley de 1960²¹.

citada; los comentarios de profesor DRAGO, Roland, “*Un nuevo Juez Administrativo*”, recogido en “*Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Allan Randolph Brewer-Carias”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

19. Cfr. BACIGALUPO, Mariano, “*El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991*”, en la Revista de Administración Pública N° 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1992.
20. Ilustrativa, en este sentido, es la sentencia de 19 de junio de 1973, reiterada luego en muchas oportunidades, como en la emanada el día 19 de octubre de 1977. En la primera se indicó, justamente haciendo alusión al derecho a la tutela judicial efectiva que postula el artículo 19. 4 de la Grundgesetz y a la exigencia de dicha disposición sobre el efecto suspensivo automático de la acción de anulación contra actos administrativos de limitación, lo siguiente: “El derecho fundamental del artículo 19. IV GG no garantiza sólo un derecho formal o la teórica posibilidad de acceder a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurisdiccional; el ciudadano tiene el derecho sustantivo a un control judicial efectivo y real. El sentido de la garantía constitucional reside en la supresión de la ‘soberanía’ del poder ejecutivo en relación con el ciudadano. Al poder judicial le compete no sólo verificar un completa revisión jurisdiccional -esto es, desde el punto de vista fáctico y jurídico- de todo acto del ejecutivo que diga relación con los derechos del ciudadano, sino también excluir en la medida de lo posible resoluciones irreparables, como las que pueden derivarse por consecuencia de la inmediata ejecución de una medida del poder público./ De aquí deriva la dimensión constitucional de la suspensión. Sin el efecto suspensivo de la acción jurisdiccional no se obtendría con frecuencia la tutela judicial frente a la Administración por la inevitable duración del proceso, habida cuenta de que cuando se acuerda la inmediata ejecución del acto administrativo se producen ordinariamente hechos consumados. La finalidad del proceso contencioso administrativo -asegurar la revisión del acto administrativo a través de tribunales independientes- sería entonces en gran parte ilusoria y se le privaría al afectado en definitiva de una tutela judicial efectiva...”. Véase, la obra colectiva “*La Justicia administrativa en el Derecho Comparado*”, antes citada, página 123.
21. El primer párrafo de ese artículo, textualmente, dispone: “El tribunal puede, a instancia de parte y también antes de la interposición de la demanda, dictar una orden provisional sobre el objeto litigioso, cuando exista peligro de que por un cambio de las circunstancias presentes pudiera malograrse el derecho del que presenta el escrito o se dificultara especialmente. Las órdenes provisionales son también procedentes para la regulación de un estado provisional al respecto de una disputada relación jurídica cuando esa regulación, sobre todo en relaciones jurídicas duraderas, se aplica para impedir esenciales desventajas o ante un poder amenazante o es necesaria por otras razones.” Véase, sobre esta amplia medida cautelar, aplicable a todos los procesos prestacionales en Alemania, GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “*La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*”, Editorial Civitas, Madrid, 1993, páginas 279 y siguientes.

En España, país que en materia cautelar cuenta sólo con el artículo 122 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa²² -disposición muy similar a nuestro 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia- la jurisprudencia ha encontrado, en el último lustro, el impulso de las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de la prolija obra del profesor Eduardo García de Enterría para adaptar el proceso contencioso administrativo a los derechos constitucionales a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Es clara, aunque alguna oposición existe²³, la influencia del maestro en este cambio de perspectiva. No sólo, desde 1990, ha publicado 14 magníficos artículos sobre la materia cautelar en revistas especializadas²⁴. Ha advertido, también, sobre la revolución en este sentido no sólo en el Derecho Comunitario sino en el Derecho interno de cada país europeo, y, luego de recordar la relación ineludible que ha sentado el Tribunal de Luxemburgo entre las medidas cautelares y el derecho a una tutela judicial efectiva -consagrado en esos mismos términos en la propia Constitución española-, ha formulado afirmaciones como la siguiente: "Este concepto [el derecho a la efectividad de la justicia] no está ni en el Tratado ni en el derecho derivado, por cierto, pero resulta que está *expressis verbis*, en esos mismos términos, en el artículo 24 de nuestra Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional aún no ha extraído esa consecuencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva... Lo han hecho ya otros Tribunales Constitucionales, el alemán, el italiano, el francés, que citan las Conclusiones [las del abogado general Tesouro a la sentencia indicada de 19 de junio de 1990]. Lo han hecho ya los dos Tribunales Europeos, el de Estrasburgo, de Derechos Humanos (sentencia Soering de 1989...) y ahora con Factortame, el de Luxemburgo. Será difícil que nuestro propio Tribunal Constitucional pueda sustraerse a esa poderosísima corriente, que viene a proclamar de forma inequívoca un verdadero 'principio general del Derecho Europeo'. Los justiciables deben saber que están en óptimas condiciones de exigir, sobre la base del efecto normativo directo del artículo 24 de la Constitución, que los Tribunales españoles apliquen ese 'principio general' tan destacado, que se sobrepone en su exigencia de aplicación a cualquier precepto de rango inferior"²⁵ (corchetes añadidos).

Y es así que el Tribunal Supremo, en su Sala 3ª, dictó un Auto fechado 20 de diciembre de 1990 que, de forma expresa, cambió los criterios jurisprudenciales que hasta entonces habían sido formulados en torno a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, todo ello como resultado de una relectura de la disposición contenida en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa bajo la luz del artículo 24 de la Constitución que contempla el derecho a la tutela judicial efectiva²⁶. Se señala

-
22. Se deja al margen las disposiciones contenidas en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 28 de diciembre de 1978, donde se estableció como principio general, en el artículo 7º, la suspensión inmediata de la ejecución de los actos de la Administración cuando se interponga una acción en su contra y se alegue la violación de derechos fundamentales.
 23. Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, "*Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo*", en Revista de Administración Pública Nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre 1994.
 24. Todos han sido recogidos en la obra citada: "*La batalla por las medidas cautelares*".
 25. Obra citada, página 122.
 26. La nueva funcionalidad de las medidas cautelares en la justicia administrativa española, efectivamente, parte del aludido fallo de 20 de diciembre de 1990. Sin embargo, no puede quitársele méritos a algunos principios relevante sentados con anterioridad. Me refiero concretamente a los contenidos, entre otros, en la sentencia de la Sala 5ª del Supremo Tribunal español de fecha 17 de julio de 1982, donde se sostuvo que procedía normalmente la suspensión automática de efectos de actos administrativos sancionatorios con la interposición de las acciones pertinentes, merced la analogía entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio y el principio de presunción de inocencia. Tales sentencias han sido comentadas, magistralmente, por SANTAMARIA PASTOR, José María, "*Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*", Revista de Administración Pública Nº 100-102, Centro de Estudios Constitucionales,

entonces claramente que dicho precepto constitucional, de incalculable valor procesal, "...implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar...", razón por la cual las medidas cautelares en el contencioso administrativo, más cuando la Administración goza de privilegios como el de ejecutividad y ejecutoriedad, según afirmó el Tribunal Supremo en el indicado fallo de principios, deben ser siempre dictadas por el juez, sin limitaciones de tipo alguno, cuando se presume la existencia del derecho reclamado por quien la solicita y se corra el riesgo de que la tutela judicial que se preste pierda efectividad.

Este Auto del Tribunal Supremo, así como otros similares (el de 17 de enero de 1991) que hacen suponer la consolidación definitiva de los principios allí expuestos, ha venido acompañado con la emisión de medidas cautelares positivas (como las expedidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fechas 21 de marzo de 1991 y 14 de octubre del mismo año) y con la suspensión provisional, en virtud de presumirse su ilegalidad, de disposiciones normativas en el marco de un recurso directo contra Reglamentos (Auto de 10 de julio de 1991 de la misma Sala 3º del Tribunal Supremo). Todo ello bajo el amparo del artículo 24 de la Constitución que, al consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva, fuerza a una interpretación amplia sobre la procedencia de cualquier instrumento -como las medidas provisionales- que permita mantener incólume tal derecho fundamental.

Sin embargo, en ese país la constitucionalización definitiva de las providencias cautelares, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra en dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 17 de diciembre de 1992 y 29 de abril de 1993. Esa terminante afirmación sobre la constitucionalización de esas medidas descansa en que, como lo establece la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 1º, éste es el intérprete supremo de la Constitución y, además, sus decisiones resultan vinculantes para todos los jueces y tribunales, de conformidad con el artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la primera decisión se conocía de una cuestión o incidencia de inconstitucionalidad promovida por un tribunal contencioso administrativo -específicamente la Sala de la Audiencia Territorial de Cáceres- al tener que aplicar el artículo 6.2 de la Ley 34/1979 de Fincas Manifiestamente Mejorables. En ese precepto se establecía que si bien era posible ejercer recursos contencioso-administrativos contra los Decretos del Gobierno que calificaran a una finca como manifiestamente mejorable a los fines de su expropiación y ocupación, no obstante, "...no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado." En la decisión, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de ese artículo por contrariar al derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la Ley Fundamental. Textualmente se sostuvo:

Ciertamente, el artículo 24.1 de la Constitución no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, "efectiva", y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos con nuestra STC 14/1992, fundamento jurídico 7, esto es, que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso."

Madrid, 1983, quien además expone interesantes reflexiones sobre la materia y, en general, sobre los abusivos privilegios procesales de la Administración.

(omissis)

En consecuencia, reconocida por Ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de 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.

En la segunda sentencia indicada, al Tribunal Constitucional español le tocaba decidir sobre la impugnación por vía de amparo constitucional de un Auto de la Sala 3º del Tribunal Supremo que, revocando una decisión previa, negó la suspensión de efectos de tres actos administrativos de la Junta de Andalucía que habían fijado servicios mínimos para determinadas funciones públicas en el marco de una huelga acaecida a finales de 1988. Se cuestionaba principalmente por el amparo que la mencionada Sala del Tribunal Supremo limitara los poderes cautelares del juez administrativo sólo a la suspensión y que, por ende, hubiese sancionado lo dispuesto por el *a quo* de emitir medidas cautelares que, bajo la excusa de suspender parcialmente los efectos de los actos impugnados, en buena medida estaban modificando a éstos.

En esa ocasión el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de repasar y consolidar su doctrina sobre las providencias cautelares, haciendo énfasis en su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva y en la necesaria relectura constitucionalizante de las disposiciones legales que prevén la procedencia de esas decisiones provisorias de manera excepcional y restrictiva, por lo que estimó el amparo ejercido y anuló el Auto del Tribunal Supremo al considerar que éste representaba una lesión o menoscabo al artículo 24.1. de la Constitución²⁷.

En nuestro país, pudiéramos sostener que no hay inconvenientes en entender que el artículo 68 de la Constitución, que en su primera parte establece el derecho de todos de acceder a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses, comprende el derecho del mismo rango de hacer que tal acceso a la justicia sea efectivo.

Es más, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha sentado, en decisiones de 22 de noviembre de 1990 y de 9 de mayo de 1991, casos: "*Parque Nacional Mochima*" y "*Sanitanca*", que el derecho contemplado en el artículo 68 de la Constitución supone el derecho a la ejecución plena de la sentencia definitiva. Por ello debería señalarse sin lugar a dudas, como lo ha hecho parte de la doctrina²⁸, que las medidas cautelares son parte de ese derecho fundamental, ya que su finalidad es servir a la efectividad del fallo final. Esa definitiva fusión de las medidas cautelares con el artículo 68 de la Constitución parece encontrarse, más concretamente, en fallo de la misma Sala Político-Administrativa de fecha 15 de diciembre de 1995, caso: "*Lucía Hernández*", donde se expresó que "...una protección integral del derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada..."

27. Véase un comentario sobre las señaladas sentencias del Tribunal Constitucional español en García de Enterría, Eduardo, obra citada, páginas 313 y siguientes.

28. Cfr. BREWER-CARIAS, Allan R., "*Nuevas tendencias del contencioso administrativo en Venezuela*", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992; LINARES BENZO, Gustavo, "*El carácter subjetivo del procedimiento contencioso administrativo*", en la obra colectiva en Homenaje a José Muci-Abraham, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994; y ORTIZ ALVAREZ, Luis, "*Jurisprudencia...*", obra citada. También mi antes citado trabajo, CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Principios modernos...*".

2.2. *Las medidas cautelares son instrumentos idóneos para impedir que el proceso perjudique a quien tiene la razón*

El segundo principio fundamental que dará nueva funcionalidad a la protección cautelar -según el cual el proceso, instrumento necesario para obtener la razón, no debe dañar al que tiene la razón- se presenta como un gran transformador de las instituciones del Derecho Procesal en general y del Derecho Procesal Administrativo en particular - más cuando éste viene marcado por las prerrogativas, especialmente la de autotutela, de la Administración-. Dicho postulado, debe indicarse, está en total concordancia con la garantía de la tutela judicial efectiva, ya que poco efectiva será la protección judicial de derechos de los ciudadanos que prestaría el Estado si se permite que el transcurso del tiempo indispensable para poder declarar tales derechos, es decir, el proceso en sí, constituya un menoscabo para el disfrute pleno de ellos por el titular.

Como antes se dijo, fue Chiovenda, el indiscutible creador de la Escuela Italiana de Derecho Procesal y por muchos considerado también como el padre del Derecho Procesal, quien formuló este razonamiento en primer término a los fines de justificar la ejecución plena e inmediata de los fallos que declaren fundada la pretensión del accionante; y su discípulo más destacado, Calamandrei, quien llevó el “magistral” aforismo al ámbito de las medidas cautelares, en su acabada obra: *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*.

Sirvió ello para que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, desde 1973, y la Corte Constitucional italiana utilizaran dicho postulado a los fines de orientar todas las instituciones del Derecho Procesal hacia dicho fin, es decir, para impedir que el proceso atente contra el derecho de quien acude a él para obtener, precisamente, la declaración formal de tal derecho, siendo famosa la decisión de ésta -antes indicada- de 28 de junio de 1985, N° 190, que utilizándolo como base -junto al derecho a la tutela judicial efectiva- declaró la inconstitucionalidad de una ley que limitaba a la sola suspensión de efectos las medidas cautelares en el contencioso administrativo, concretamente en materia de funcionarios públicos.

Pero fue realmente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que dio relevancia internacional a tal axioma y lo elevó a verdadero principio general del Derecho europeo, en la señalada decisión de 19 de junio de 1990, caso: *“Factortame”*. Es de señalar, nuevamente, que en esa oportunidad fue acogida en su totalidad la argumentación del abogado general Guissepe Tesauro quien, al respecto, luego de advertir la no coetaneidad entre el momento en que el particular cuenta o no jurídicamente con un derecho otorgado por el Ordenamiento y el momento posterior en que los órganos judiciales, luego de la interposición de la demanda -fecha para la cual tal derecho existía o no-, reconoce formalmente la existencia y legitimidad de ese derecho, indicó decididamente que la efectividad de dicha tutela judicial se perdería si se traiciona el principio por el cual la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Ello repercutió casi inmediatamente en España, no sólo por la acogida y divulgación hecha por García de Enterría²⁹, sino porque en la decisión antes comentada de 20 de diciembre de 1990, la Sala 3° del Tribunal Supremo, al modificar toda concepción restrictiva en torno a las medidas cautelares en el contencioso administrativo, hizo suyo tal razonamiento al señalar:

29. Cfr. especialmente la obra citada, página 172. En contra: BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 64.

Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervalorización de los privilegios administrativos, como el de presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta por ese *principio general del Derecho Comunitario* a que aluden las Conclusiones generales del Abogado general en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal y que se resume en que *la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.*

En nuestro país -pecando quizás por optimistas-, podría decirse que se ha asomado en alguna oportunidad la vigencia de dicho "principio general del Derecho" en el plano contencioso administrativo³⁰. Recientemente, dos decisiones de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal lo han utilizado: la primera vez fue en sentencia de 19 de octubre de 1995, caso: "*Esther Martínez*", en materia de medidas cautelares, al emitirse un amparo cautelar con contenido positivo y ordenarse que mientras se tramite el juicio,"... a los fines de que el proceso no represente una carga para la accionante, quien se presumió del análisis previo de la controversia tenía razón...", se hiciera entrega anticipada y provisional de la suma de dinero reclamada por la accionante y negada por la Administración mediante el acto administrativo cuestionado; la segunda oportunidad fue en decisión fechada 8 de febrero de 1996 -contentiva de una aclaratoria a la sentencia definitiva de 11 de octubre de 1996, caso: "*Ezra Mizrahi Levy*"-, donde se hizo uso del principio en comentarios a los fines de evitar cualquier interpretación sobre la ejecución de lo decidido de forma contraria al derecho del vencedor, disponiéndose lo siguiente: "No podría estimarse, sin flagrante violación a ese derecho [se refiere la Sala al derecho a la estabilidad laboral del actor, que se declaró violado en la sentencia principal], y al más elemental sentido de justicia, que el transcurso del tiempo durante la pendencia del juicio de nulidad y los cambios que por diversos motivos hubieren podido producirse en el tribunal [al cual debía ser reincorporado el demandante] durante ese lapso, podría perjudicar a quien tiene la razón..." (corchetes añadidos).

2.3. *Consecuencias de la nueva visión de la protección cautelar en el contencioso administrativo*

Con apoyo en los dos principios fundamentales antes aludidos, en los que descansan las medidas cautelares para ajustarlos a las necesidades de la justicia y al Estado de Derecho, se presentan como verdades también indiscutibles una serie de derivaciones que superan y contradicen frontalmente a los tradicionales criterios que habían marcado las pautas para la procedencia de la tutela cautelar en la justicia administrativa.

Lo primero que hay que reconocer es que, por ser las medidas cautelares parte del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, dejan automáticamente los jueces de ostentar "poderes" o "potestades" para juzgar sobre la conveniencia o no de la emisión de ellas en cada proceso concreto en que se soliciten. No son de forma alguna esas medidas cautelares potestativas, y los juzgadores están en la obligación -so pena de vulnerar derechos fundamentales previstos en el Ordenamiento- de expedir este tipo de mandamientos provisionales siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia y sea imperioso para impedir que la sentencia final sea, así fuese en parte, ineficaz.

Hay que aceptar, por otra parte, que los instrumentos asegurativos, todos, forman parte de un poder que le es inherente a todo juez por el solo hecho de realizar la función de juzgar y ejecutar lo decidido. Esto ha sido puesto de relieve por el Consejo Constitucional francés, el

30. Debe sin embargo reconocerse el esfuerzo de la doctrina al respecto, especialmente los autores citados en la nota al pie de página N° 28.

cual, en la sentencia antes indicada de 23 de enero de 1987, sostuvo básicamente que la existencia de facultades para acordar medidas cautelares forman parte de las imprescindibles con que debe contar un juez para que éste pueda otorgar tutela efectiva.

Otra prueba de este aserto lo constituye la decisión antes referida del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de fecha 19 de junio de 1990, el caso: “*Factortame*”, donde definitivamente se concluyó que a pesar de que no existiese norma escrita que permita la emisión de medidas cautelares por el juez nacional que actúe como juez ordinario del Derecho Comunitario -más aún, aunque exista alguna en contrario-, como parte del deber de decidir y ejecutar lo juzgado debe siempre el juez, si se dan las circunstancias que permitan su adopción, otorgar las medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad del fallo.

Como lo dice García de Enterría, extrayendo tal principio de la garantía a la tutela judicial efectiva y analizando la problemática planteada en virtud del peculiar tratamiento que hace el derecho inglés de las medidas provisionales contra los actos de la Corona -que fue parte de lo que motivó la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el señalado caso contra la *Merchant Shipping Act* de 1988-: “...la competencia para acordar medidas cautelares no es en sí misma una competencia distinta de la enjuiciar y decidir. Es, propiamente, una competencia ancilar de esta última y no pretende más que asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, evitando su frustración práctica cuando ésta es previsible si el auxilio no se presta”³¹.

Además, en atención a lo anterior, debe también afirmarse que ni es excepcional para los jueces contencioso-administrativos la emisión de medidas cautelares contra la Administración, ni que sus poderes queden sometidos a la simple suspensión de efectos de los actos impugnados, sino que ellos cuentan con poderes cautelares generales, amplísimos, que permiten asegurar de la mejor forma posible la eficacia del fallo definitivo que, en su momento, dictarán.

Ese poder cautelar general, que es parte misma de la competencia de los jueces de decidir y ejecutar lo decidido, hace que no resulte imperioso para los juzgadores, entonces, atenerse a la consagración expresa en disposiciones legales de medidas cautelares para poder hacer uso, dentro de los estrictos términos en ellas contempladas, de medidas provisionales que garanticen la efectividad plena del fallo. Y mucho menos se compadece con la función jurisdiccional el realizar interpretaciones restrictivas de esas disposiciones.

Por último, y siguiendo los lineamientos que imponen los principios hasta ahora expuestos, resulta evidente el afirmar que las providencias cautelares no quedan circunscritas a garantizar sólo cierto tipo de pretensiones de fondo esgrimidas por el actor, sino que procederían siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia, con el fin de garantizar la eficacia de la sentencia principal, sin importar la naturaleza de lo debatido³².

III. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La nueva funcionalidad de las medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos obliga a fijar criterios precisos y ajustados a las exigencias de la justicia y de un Estado de Derecho para determinar la procedencia o no de tales providencias en cada caso concreto.

31. Similares comentarios hace CHINCHILLA MARIN, Carmen, en su obra citada “*La tutela cautelar..*”, página 182.

32. Sobre esta nueva perspectiva de ver a las medidas cautelares, concretamente en el contencioso administrativo, véase mi ya citado trabajo: CANOVA GONZALEZ, Antonio, “*Principios modernos...*”, páginas 106 a 129.

No puede dejarse su emisión al simple arbitrio o capricho del juez, ni al azar. Mucho menos lo que se quiere es que se acuerden indefectiblemente en todos los casos medidas cautelares contra la Administración -quien actúa siempre, por principio, en defensa del interés general-, ni favorecer desmedidamente al particular accionante sobre la Administración.

Debe buscarse un equilibrio entre cada interés en conflicto, porque tan injusto es un proceso en el cual el particular tenga que soportar sus efectos perversos a pesar de tener la razón, como uno en el cual se ponga al particular en posición ventajosa desde el inicio del juicio cuando lo cierto es que no ostenta, ni ha ostentado nunca, el derecho controvertido.

Es cierto que desde esta nueva perspectiva en que se ven las medidas cautelares la labor de los jueces es mucho más delicada, porque tienen amplios poderes de acción para hacer justicia en cada proceso desde su propio inicio, pero ello se aliviaría al entender éstos no sólo la verdadera utilidad, naturaleza y finalidad de las medidas cautelares, sino, en especial, al tener claro cuáles son los requisitos, las exigencias o condiciones que deben valorar para emitir o negar tales mandamientos provisionales en caso que se le soliciten.

A diferencia de lo que sucede en el derecho procesal civil, puede decirse que en el contencioso administrativo, marcado siempre por una intención de originalidad -que en muchos casos sólo encubre tiranía y arbitrariedades, cuando no un simple desconocimiento-, no se ha encontrado un requisito pacífico como legitimador de las medidas cautelares.

Tradicionalmente, dos criterios han venido determinando la excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos: que la ejecución del acto cause daños irreparables o de difícil reparación y que de no suspenderse sus efectos se perturbe el interés general en mayor medida que el que se menoscabaría por la paralización³³. Se ha utilizado también, como supuesto de suspensión de los efectos de los actos administrativos, el que se invoquen como fundamento de una acción razones de nulidad absoluta, al entenderse que, siendo la presunción de legalidad de tales actos de la Administración la que motiva la no paralización de su ejecución, no deberían valerse de tal presunción los actos nulos de pleno derecho. Por otra parte, en ciertos países o sectores se acepta un cuarto criterio, cual es que la sola interposición de alguna acción contencioso-administrativa es motivo suficiente para la expedición de medidas cautelares, concretamente la suspensión del acto impugnado. Recientemente, y por último, se ha venido acudiendo al concepto civil del *fumus boni juris*, o presunción de buen derecho, unido al del *periculum in mora*, como motivo de la emisión de una medida cautelar contra la Administración.

En la búsqueda del mejor criterio que legitime la emisión de medidas cautelares en el contencioso administrativo resulta necesario analizar cada una de las cinco condiciones antes indicadas -que son, como se ha dicho, las más utilizadas en estos procesos-, haciendo alusión a su significación y, especialmente, a las objeciones que en su contra pueden esgrimirse.

1. *Los daños irreparables o de difícil reparación*

El principio de la autotutela administrativa encuentra uno de sus más trascendentes aspectos en el carácter ejecutivo, vale decir, conformes a derecho -salvo que se demuestre lo contrario-, y ejecutorios -a saber, ejecutables inmediatamente, sin necesidad de acudir a los tribunales y a pesar de oposición de los afectados- de los actos administrativos.

33. Según BOQUERA OLIVER, José María, la producción de daños graves e irreparables y la lesión al interés general son los dos únicos "límites naturales" a la regla de la insusceptibilidad de suspensión de los actos administrativos. Obra citada, página 42.

Es evidente que si las decisiones de la Administración, desde que son dictadas, pueden llevarse a la realidad, pueden ejecutarse, en muchas oportunidades tal ejecución inmediata causará daños a los particulares afectados. Daños que, incluso de anularse el acto luego de un proceso, no podrían ser reparados totalmente.

Precisamente esos daños que pueden originarse con la ejecución inmediata por la Administración del acto administrativo constituyen el primer y más tradicional criterio utilizado para que proceda la suspensión provisional de los efectos de las providencias impugnadas ante los tribunales contencioso-administrativos.

Se ha concebido, entonces, que un límite del principio de la insusceptibilidad de suspensión de los actos administrativos es la creación para el particular de daños irreparables o de difícil reparación.

Tal daño, sostienen la doctrina y jurisprudencia tradicionales, nacional y extranjera, no será uno genérico, ni eventual o incierto, sino que es necesario que sea un perjuicio especial que sufra el accionante, es decir, que lo lesione directa y personalmente en su esfera jurídica particular. Por otra parte, no necesariamente tiene que recaer el daño sobre bienes materiales, sino que son válidos para esos efectos también los que pudieran ocasionarse a bienes intangibles, como daños “institucionales”, a la moral y al honor, entre otros³⁴. Además, en relación con la naturaleza del daño, constantemente se ha señalado que su producción tiene que ser derivada de forma directa del acto administrativo impugnado, por lo que no resulta procedente el diferimiento de su ejecución si se invocan supuestos daños que no guardan relación de causa-efecto con el acto cuya ineficacia se solicita³⁵. Y, finalmente, se sostiene constantemente que el daño que hace procedente la medida de suspensión provisional no puede ser el derivado de los efectos “normales”, de “la consecuencia natural”, del acto administrativo impugnado, sino que serán necesarios efectos extraordinarios o especiales para ello³⁶.

Pero, a la vez, ese daño debe ser irreparable o de difícil reparación, por lo que no es motivo para dictar una medida cautelar que se perjudique un interés con la ejecución, ni que este interés sufra un menoscabo reintegrable, sino que es necesario que el daño que cause, por su naturaleza, no pueda ser reparable íntegramente, con independencia de la reparación material que puede o no obtenerse. Entonces, es necesario que la evaluación del perjuicio ofrezca grandes dificultades, aun cuando sea posible; que aún no ofreciéndolas, sea mucho más gravosa la reparación que la no ejecución; o que sea presumible la insolvencia de la entidad.

34. Cfr. sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fechas 24 de noviembre de 1994 y 21 de febrero de 1991, casos: “*Lor Don, Litografía*” y “*Dominicana de Aviación*”, en cuanto a los primeros; y de 16 de julio de 1987, caso: “*Misión Bautista Indigenista de Venezuela*”, sobre los segundos.

35. En este sentido, en decisión de la Sala Político-Administrativa de 22 de febrero de 1990, caso: “*Venevisión*”, se precisó que “...el 'daño' irreparable o de difícil reparación que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debe provenir en forma directa de la ejecución del acto administrativo cuya suspensión se requiere, y no de una fuente distinta al acto impugnado, es decir, del incumplimiento de su imperativo. En el presente caso no existe una relación de causalidad entre la ejecución del acto y la producción de un daño al particular destinatario del mismo. Además, la ocurrencia del perjuicio denunciado se hace depender de circunstancias hipotéticas cuya realización es ajena a los efectos de la resolución que se pretende poner en suspenso”. Véase, sobre la flexibilización de ese criterio, la sentencia del mismo Alto Tribunal de 22 de junio de 1994, caso: “*Hola, S.A.*”

36. Cfr. sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia fechadas 8 de febrero de 1994 y 4 de agosto de 1994, casos: “*Corporación Capi*” y “*Amalio Marcano*”, entre otras.

El hecho de que sea el daño evaluable económicamente, si bien en muchos países, concretamente España, en un principio fue excusa para la emisión de cautelares por ser posible la reparación, no indefectiblemente debe conducir a la negativa de la solicitud cautelar. En ese país, por ejemplo, la propia Exposición de Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, número 363/56, expresa que: "En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o difícil (...) Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla, sin más, por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente."

Lo cierto es que este tradicional requisito del daño irreparable o de difícil reparación es el contemplado en Francia. Igualmente, como se ha visto, rige de forma general en España, como está contemplado, en la referida ley de 1956; y también se utiliza legislativamente en Italia, entre otros países. En Venezuela, aún antes de la existencia de previsión legal, ha venido siendo utilizado ese criterio por la jurisprudencia como el motivo principal de la suspensión de efectos de actos administrativos.

Debe recordarse, en efecto, que en el caso *Lanman & Kemp Barclay & Co. de Venezuela* contra el acto de la Gobernación del Distrito Federal que revocó la patente de industria y comercio a la actora por no haber realizado el traslado de su empresa, que se dedicaba a la reproducción del Jabón Reuter y el Tricófero de Barry, a una zona industrial, en decisión de 4 de diciembre de 1967, la Sala Político-Administrativa entendió que la situación planteada exigía "...la decisión de la cuestión previa planteada por el demandante, pues de no hacerse así en esta oportunidad, la ejecución de la Resolución impugnada podría acarrear un gravamen irreparable para el caso de que la decisión que dicte este Supremo Tribunal, al resolver sobre el fondo del asunto, sea favorable a las pretensiones de la actora".

Y como es bien sabido, en nuestro país este criterio de los daños irreparables o de difícil reparación ha encontrado consagración legislativa, en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para los procesos contencioso-administrativos -aunque limitado sólo en el plano de la acción de anulación contra actos administrativos individuales-; y, en el plano de los procedimientos administrativos, en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

A pesar del tradicional y generalizado uso de ese requisito de los daños irreparables o de difícil reparación para la emisión de medidas cautelares en el contencioso administrativo, debe decirse que él está muy lejos de resultar acertado o conveniente. La muestra más grande de la afirmación anterior es que, no obstante la extensa vigencia de tal condición y lo frecuentemente utilizado por los tribunales contencioso-administrativos, no es posible todavía fijar, claramente, cuáles son sus caracteres esenciales. Es bastante común encontrar ante situaciones prácticamente iguales decisiones judiciales diferentes, donde se interpreta el cumplimiento de dicho criterio de forma desigual³⁷.

37. El ejemplo más patente de la inconstancia en la forma decidir, debido, necesariamente, a la gran discrecionalidad que da al juez este requisito de la producción de daños graves lo encontramos, en nuestro país, en materia de actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo o de las Comisiones Tripartitas, como se llamaban antes, que resolvían sobre solicitudes de reenganche y pago de salarios dejados de percibir de trabajadores despedidos. Basta leer las sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia siguientes: En favor de la inejecución provisional de este tipo de actos: 21 de febrero de 1991, 18 de junio de 1992, casos: "*Dominicana de Aviación*" y "*El Botón de Oro, C.A.*". En contra de la suspensión: 12 de noviembre de 1991, 30 de junio de 1992 y 8 de febrero de 1994, casos: "*Confecciones España, S.R.L.*", "*Carnicería y Charcutería La Estrella*" y "*Corporación Capi*". Además de que, en

Entre los problemas que surgen de su aplicación deben anotarse, especialmente, los tres siguientes:

a) Se debe objetar al criterio del daño irreparable o de difícil reparación, primero, que deja un amplísimo margen de discrecionalidad al juzgador. El juez será el que de manera discrecional -por no decir caprichosamente- determine, dependiendo de su muy particular visión, si se producen daños concretos con la ejecución del acto administrativo y además si estos son fácilmente reparables.

Dicha discrecionalidad, que raya la arbitrariedad, ha permitido que para la negativa de solicitudes cautelares, en muchos países, como pasaba frecuentemente en España, existieran formularios judiciales que sólo se llenaban al momento de decidir cada caso³⁸.

También en nuestro país tal discrecionalidad se acepta, incluso por la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala Político-Administrativa, en decisión de 22 de febrero de 1990, caso: "*Luisa Morales*", sostuvo que "...los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen un gran poder de apreciación y de ponderación sobre la procedencia y la conveniencia de tal medida, derogatoria de los privilegios de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos y, sobre todo, para precisar si en verdad su ejecución inmediata ocasiona una situación irreparable, de ser anulados dichos actos y, fundamentalmente, para precisar si al acordarla se adelantan o no los efectos anulatorios de la sentencia definitiva".

ocasiones, se ha suspendido solo parcialmente el acto impugnado: 21 de octubre de 1993, caso: "*Centro Textil de la Moda*".

38. Puede decirse que en buena parte esta situación motivó la decisión del Supremo Tribunal, en Sala Tercera, de 20 de diciembre de 1990, donde se reivindican, como parte de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares de suspensión de efectos. En esa decisión, sobre la utilización de formularios, se dice: "Hace notar la parte apelante en su escrito de alegaciones que el auto impugnado impide conocer las verdaderas razones de la denegación de la suspensión solicitada ya que no es más que un impreso en el que se recogen una serie de cláusulas de estilo sobre la doctrina general de la eficacia de los actos administrativos y la presunción de legitimidad de los mismos, impreso que no tiene otra conexión con el asunto que el de la identificación nominativa de las partes y la expresión numérica del proceso a que hace referencia el incidente./ No es la primera vez que este Tribunal supremo tiene que enfrentarse con actuaciones judiciales de este tipo. Y una vez más debe insistir en que una cosa es la necesidad e incluso la conveniencia de introducir en la Administración judicial criterios de racionalización del trabajo -lo que hace aconsejable la normalización de aquellas partes de una resolución judicial que sean comunes para determinados supuestos- y otra cosa es desconectar del supuesto de hecho concreto sin molestarse en razonar mínimamente su relación con los fundamentos jurídicos que sean de aplicación y que en ocasiones es posible normalizar dada la reiteración con que tiene que pronunciarse sobre ellos un Tribunal de justicia./ Pero un mero impreso cumplimentado en la forma que se ha dicho antes no puede considerarse suficiente a los efectos de respetar el requisito inexcusable de la motivación, requisito sin el que no puede entenderse que se otorga una tutela judicial efectiva al justiciable al que se le deniega su pretensión./ No basta, pues, con reproducir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión. Es necesario razonar suficientemente por qué el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general. Lo contrario implica una actuación arbitraria, y la arbitrariedad está prohibida a los entes públicos (artículo 9.3 de la Constitución), por tanto, también a los Tribunales de justicia./ Y por ello es necesario subrayar que el uso de impresos tendentes a racionalizar - en este caso, a simplificar- el trabajo de los Tribunales, no es lícito ni legítimo si no guardan escrupulosamente aquellas garantías cuyo respeto viene exigido por ese derecho de contenido complejo que es el derecho a una tutela judicial efectiva. Entre esas garantías se encuentra, precisamente, la motivación de la decisión adoptada, motivación que consiste en articular, mediante un razonamiento suficiente, el supuesto de hecho con las prescripciones que el ordenamiento contiene. Resumir el derecho aplicable y a renglón seguido decir, sin más, que no se dan los requisitos para otorgar la suspensión solicitada no es motivar, y ello vicia radicalmente aquella decisión...".

Deja el requisito de los daños irreparables o de difícil reparación, por consiguiente, de forma indeseable, un amplio margen de discrecionalidad al juez contencioso administrativo, que resta efectividad a la medida cautelar como parte del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

b) Un segundo reparo hay que formular a este criterio: en muchas ocasiones su determinación produce decisiones injustas, que pueden afectar al equilibrio de las partes en el proceso e, inclusive, al interés general.

El ejemplo más patente de lo expresado lo encontramos en una controversia decidida por la Sala Político-Administrativa, mediante auto del 16 de febrero de 1995 caso: "*Granja Porcina San Roque*", donde, ateniéndose sólo a ese requisito legalmente establecido, dicho Alto Tribunal suspendió los efectos de una providencia del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables que había ordenado la clausura de una granja porcina dedicada al sacrificio y a la comercialización de carne de cerdo, por no contar ésta, por carecer, de un sistema de tratamiento de afluentes líquidos, lo cual además de constituir una flagrante violación de las disposiciones sanitarias pertinentes, causaba un deterioro manifiesto al medio ambiente. La suspensión de la ejecución inmediata de ese acto administrativo -acto que fue dictado luego de tramitar el procedimiento administrativo previsto, de dar posibilidad de defensa a los afectados, una vez probado el cumplimiento de los supuestos de hecho pertinentes y con fundamento en disposición legal expresa-, en franca lesión al interés general, como se dijo, se basó -como lo exige la ley- en los daños irreparables que se causarían de morir los animales de la granja. Y es lo cierto que, quierase o no, el tribunal ejerció una ilegítima limitación sobre las competencias del órgano administrativo; limitación ajustada a la normativa legal, sin duda, pero ilegítima al estar totalmente apartada de la justicia³⁹.

c) Pero la crítica más contundente que debe hacerse al criterio del daño irreparable o de difícil reparación para que procedan medidas cautelares contra actos administrativos, es que él no impide de forma alguna los efectos perversos de proceso. Por el contrario, como sucedió en el caso antes aludido, decidido en fecha 16 de febrero de 1995 por la Sala Político-Administrativa, se puso durante todo el proceso -el cual dura, por lo menos, entre tres y cuatro años- a la parte que previsiblemente no ostenta la razón en una situación de ventaja frente a la Administración, que pareciera haber acatado todos los requisitos formales y de fondo para la emisión del acto administrativo impugnado.

No permite este criterio, por tanto, que se haga realidad en la práctica, por lo menos en la mayoría de las veces, que el proceso no perjudique a quien tiene la razón; cuestión imprescindible para que las medidas cautelares puedan cumplir con la nueva funcionalidad que de ellas se postula y para que éstas funjan como herramientas útiles para adaptar al proceso a las exigencias constitucionales -y de justicia- actuales.

2. *Los intereses generales*

Normalmente se toma al interés general, cuando éste sufre más por la ejecución inmediata del acto administrativo que de suspenderse éste en sus efectos, como otro supuesto para que proceda la medida cautelar en el contencioso administrativo.

39. La situación de injusticia creada con ese fallo, cuya razón es una ciega aplicación del criterio de los daños irreparables o de difícil reparación, sin valoración alguna de la probabilidad de éxito de la pretensión de fondo del solicitante de la medida cautelar, se desprende, incluso, del texto de la decisión, ya que no sólo se estableció una suma bastante elevada como caución, sino que en parte de ella se expresa: "*Entiende la Sala el fundamento del acto emitido, pero impugnado como ha sido, es un caso de daño difícil de reparar, por lo cual accede a suspender los efectos del acto administrativo impugnado...*" (resaltados añadidos).

Boquera Oliver sostiene que este requisito, junto con los daños irreparables o de difícil reparación, es uno de los límites naturales al principio de la insusceptibilidad de suspensión de los actos administrativos⁴⁰. La lógica para su formulación es muy simple: si los actos administrativos están predeterminados para satisfacer un interés general, razón por la cual son ejecutivos y ejecutorios, cuando es superior el interés general en que se suspenda su ejecución que el que va a satisfacer, entonces debe procederse a la suspensión de efectos.

Por eso, se ha contemplado en diferentes legislaciones la lesión al interés general como un supuesto de procedencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo. En España, verbigracia, una disposición de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985, número 7/85, establece que los actos y acuerdos de las entidades locales, cuando son impugnados por el Estado o las Comunidades Autónomas -por lesionar o interferir en sus competencias-, podrán ser suspendidos en sus efectos en caso de que así se pida y se aleguen daños al interés general, estatal o autonómico, que su ejecución inmediata pueda causar. También en la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985, se prevé que el Delegado de Gobierno podrá impugnar los actos que afecten la competencia del Estado en materia hidráulica con "...petición expresa de suspensión por razones de interés general".

La lesión al interés general también se utiliza, en muchos casos, no como un supuesto para la suspensión de efectos del acto administrativo, sino como uno que restablezca la ejecución inmediata del acto, suspendido por la sola interposición de la acción contencioso-administrativa; o como un criterio que debe ser valorado por el juzgador antes de pronunciarse sobre la procedencia de la medida cautelar.

En Alemania, donde la sola impugnación, tanto en vía administrativa como en judicial, de los actos administrativos de limitación acarrea la paralización de la ejecución de éstos, la lesión del interés general por la suspensión de efectos permite a la Administración levantar tal medida y proceder a la ejecución del acto. El artículo 80 de la Ordenanza sobre los Tribunales Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*) de 21 de enero de 1960, en efecto, dispone: "1) El recurso administrativo y la acción contencioso-administrativa de anulación, por los que se pretende la anulación de un acto administrativo de gravamen, tienen efecto suspensivo. Ello también rige respecto de los actos administrativos constitutivos y declarativos, así como de los actos administrativos de doble efecto. 2) Dichos recursos no tienen efecto suspensivo: 1. Cuando se dirigen contra actos de liquidación tributaria o de imposición de costas administrativas. 2. Cuando se dirigen contra actos impostergables de la policía de ejecución. 3. En otros supuestos regulados por ley federal. 4. *En los casos excepcionales en que la autoridad que dictó el acto o la competente para resolver el recurso administrativo ha ordenado expresamente la ejecución inmediata del acto en razón del interés público o en interés preponderante de un interesado.* 3) En los casos del párrafo segundo, número 4, el interés especial en la ejecutividad inmediata del acto debe ser motivado por escrito. Ello no es necesario cuando la autoridad adopta en interés público una medida de necesidad, expresamente calificada como tal, en situaciones de peligro inminente, particularmente cuando se deban temer perjuicios para la vida, la salud o la propiedad..." (resaltado añadido).

También la doctrina y jurisprudencia, especialmente la española, que han encontrado apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, han asumido que la operatividad del artículo 122 de esa Ley está siempre condicionada a la valoración por el juez de los intereses generales en juego⁴¹.

40. *Cfr.* BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 42.

41. La Exposición de Motivos de esa Ley de 1956, en su parte alusiva a la suspensión de efectos de los actos administrativos, luego de indicar que tal medida procede cuando se puedan ocasionar

Este criterio, si bien no encuentra consagración legal en nuestro país, ha sido valorado en alguna oportunidad por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia para determinar la procedencia de la suspensión de efectos a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica que rige sus funciones. Por ejemplo, en la decisión de 28 de junio de 1995, caso: “*Inversiones Luvebras, C.A.*”, donde la frase de dicho precepto “...teniendo en cuenta las circunstancias del caso...”, sirvió de fundamento para que se expresara: “...al pronunciarse sobre la medida debe tomar en cuenta las circunstancias del caso, es decir, los intereses jurídicos tutelados en conflicto, esto es, los que gestiona la Administración y aquellos de los cuales pueden ser titulares los particulares interesados en la suspensión de un acto...”, desestimándose en el caso concreto la medida cautelar solicitada, entre otras razones, por cuanto “...las circunstancias del caso hacen prevalecer el interés de la colectividad gestionado por la Administración en que se ejecute el acto administrativo impugnado, sin perjuicio del fallo definitivo que se dicte en su oportunidad...”.

Sin embargo, la utilización de este criterio como legitimador de las medidas cautelares contra la Administración es motivo de serias objeciones.

a) La primera: siendo tan etéreo, tan poco definido, qué es el interés general, la determinación de cuando éste es más perjudicado, si por la ejecución inmediata del acto o por su suspensión provisional, resulta evidentemente discrecional.

Esto ha motivado que, en ocasiones, leyes establezcan que cualquier violación de sus disposiciones constituye una violación del interés general, para que proceda, prácticamente de forma automática, la suspensión de los actos administrativos que la aplican que sean impugnados. Así sucede en España, con la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, número 22/88, donde se contempló: “Se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conforme a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los

daños de reparación difícil o imposible, expresa: “Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego.” Básicamente de allí surge la injerencia de la evaluación del interés general en juego al emitir una medida cautelar, como lo defiende CHINCHILLA MARIN, Carmen, “*La tutela cautelar...*”, obra citada, páginas 168 y siguientes. Sin embargo esa posición no es pacífica, y la más autorizada doctrina, con maestría, ha explicado el por qué: “Por lo demás, es meridianamente claro que el principal interés público está en asegurar 'la dignidad de la persona (y) los derechos inviolables que le son inherentes', como lo proclama, sin la menor ambigüedad, el artículo 10.1 de la Constitución, que por eso los eleva a 'fundamento del orden político y de la paz social', primacía que -en la economía constitucional- está muy por encima de las simples conveniencias gestoras de la Administración. Recordemos de nuevo que el derecho a la tutela cautelar como incluido en el derecho a la tutela judicial *efectiva* del artículo 24 de la Constitución, es un inequívoco (y especial, por cierto) derecho fundamental, como el Tribunal Supremo resueltamente ha comenzado a proclamar con encomiable y admirable resolución. La Administración no puede crear de modo arbitrario situaciones antijurídicas y luego oponer a su remoción -cautelar o definitiva, el caso es idéntico- el perjuicio práctico que esa remoción pueda causarle eventualmente. El argumento carece de la menor consistencia y su generalización no es más que una ruptura radical de los postulados elementales del Estado de Derecho, que intentan sustituirse por los propios del Estado absoluto, y hoy totalitario, para el cual la famosa *cláusula salutaris*, que se decía implícita en todos los derechos subjetivos, sujetaba o condicionaba la efectividad de éstos al principio supremo *salus publica suprema lex est*, el interés público debe ser la primera Ley. Hoy esa supuesta cláusula implícita de relativización general de todos los derechos no existe, es incompatible con la idea misma del Estado de Derecho y se opone frontalmente, de manera especial, a la explícita proclamación como preeminentes en el orden político y para la paz social de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva.” Véase GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “*La batalla...*”, obra citada, página 206.

órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo, con petición expresa de su suspensión”. Igualmente, la Ley de Aguas de 1985, que prevé -como se ha indicado- la lesión del interés general como la determinante para la suspensión de efectos de sus actos de aplicación, dispone que se consideran contrarios al interés general cualquier acto o acuerdo que no se ajuste a la planificación hidrológica (artículo 16.2).

Es claro, entonces, que la discrecionalidad de este criterio es tan grande que, además de ser bien difícil de precisar por el juzgador, el propio legislador es el que ha asumido, de forma bastante cuestionable -porque resulta absurdo que cualquier violación de una ley, por sí misma, sea violatorio del interés general, por lo menos de uno diferente de aquél que postula el respeto de la ley por la Administración-, la determinación de cuándo tal supuesto se cumple y, por tanto, de cuándo un acto administrativo será suspendido en sus efectos por el juez contencioso administrativo o será ejecutado de forma inmediata.

Lo anterior se agrava al uno percatarse de que la misma esencia de ese criterio, que el interés general prevalece sobre el particular, en los actuales momentos es cada vez más cuestionado. Pues ahora, cuando prácticamente todos los Estados, para ajustarse a las exigencias de un Estado de Derecho, han reconocido la existencia de derechos fundamentales de los ciudadanos -derechos que ellos mismos se comprometen a proteger a toda costa-, parece cuesta arriba sostener que un genérico interés general pueda sobreponerse a tales libertades públicas. Siendo entonces obligación primordial del Estado el garantizar la inviolabilidad de los derechos esenciales de los ciudadanos -entre ellos, el de tutela judicial efectiva-, el interés general simplemente no puede entrar en juego como supuesto contrario a ese cometido esencial del Estado, ya que de hacerlo se complicaría enormemente la valoración que, de tomarse este criterio, debe hacer el juez.

b) La segunda observación es mucho más contundente, ya que resulta palmario que este criterio como legitimador de la procedencia de medidas cautelares contra la Administración en nada ayuda a evitar los efectos perversos de la duración de los procesos, impidiendo la vigencia del principio -aceptado como general del Derecho, al menos del Derecho Comunitario Europeo- según el cual el proceso no puede servir de instrumento que perjudique a quien tiene la razón.

Si se quiere, efectivamente, que el tiempo que dura el proceso no atente contra quien acude a él acompañado de la razón, es patente que dilucidar cuál interés general es mayormente lesionado por la ejecución o no de un acto administrativo no impide que el proceso afecte a quien seguramente será el vencedor -por contar con el derecho controvertido-, ya que tal valoración no es la que determina el contenido de la sentencia final.

3. *Los alegatos de nulidad absoluta*

Otro supuesto que ha aparecido en el contencioso administrativo como legitimador de las medidas cautelares es el de fundamentarse, la acción ejercida, en alegatos de nulidad absoluta.

La razón de ser de este criterio radica en que, presumiéndose los actos administrativos ajustados a la legalidad -motivo por el cual son ejecutables inmediatamente-, de tal presunción no deberían valerse aquellos actos que sean absolutamente nulos, es decir, que por violar normas de orden público no producen efectos jurídicos válidos⁴².

42. Sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, además de la magnífica obra de SANTAMARIA PASTOR, José María, *“La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975; véase mi trabajo: CANOVA GONZALEZ, Antonio, *“El reconocimiento por la Administración de sus actos nulos”*.

En los actuales momentos, en España este criterio, junto con el de los daños irreparables o de difícil reparación, es el establecido por la ley de forma general. Concretamente en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y actualmente en el artículo 111 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 6 de noviembre de 1992. Se ha interpretado jurisprudencialmente, al considerarse que le está vedado al juez tener certeza de la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, que la procedencia de la suspensión se limita a aquellos casos en que la nulidad absoluta sea ostensible, patente y evidente a todas luces⁴³. Aunque parte de la doctrina entiende que con solo existir indicios racionales manifiestos de tal nulidad es suficiente para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado⁴⁴.

En nuestro país, también en el plano de los recursos en sede administrativa, este requisito resulta aplicable (artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), y si bien no hay jurisprudencia sentada de los tribunales sobre su interpretación, de la lectura de ese precepto se desprende que con el solo alegato del recurrente de que el acto impugnado está viciado de nulidad absoluta debería operar la paralización provisional de la ejecución del acto.

Este supuesto es perfectamente refutable, pues ni siquiera su razón de ser, su esencia, puede ser considerada válida. Un acto administrativo -y en fin cualquier acto de algún organismo público- goza de presunción de validez hasta que sea revocado por quien lo dictó o que sea extinguido por el órgano competente. Por ello, resulta simplemente imposible quitar efectividad a un acto de la Administración antes de que se declare su contrariedad al derecho o al menos hasta que el órgano administrativo o judicial encargado del conocimiento de su impugnación valore, en un proceso, que él no goza de tal presunción⁴⁵.

No debe aceptarse que los simples alegatos del particular impugnante resten la presunción de validez de los actos administrativos. Ello es tanto como permitir el desconocimiento, por cualquier persona, de la actividad administrativa; situación indeseada que conduce a situaciones anárquicas.

De tomarse de esa forma, sin lugar a duda, la regla del efecto no suspensivo de la interposición de los medios de impugnación se invertiría prontamente; ya que no es difícil imaginar que los recurrentes, para retardar la ejecución de la voluntad administrativa -y valerse, al menos, del tiempo que dure el proceso-, alegarán siempre, aunque fuese rebuscado, que el acto impugnado está inficionado de nulidad absoluta.

Por otra parte, de entenderse, como sucede en España, que la sola fundamentación del recurso administrativo o de la acción contencioso-administrativa no es suficiente para la procedencia de la solicitud cautelar, sino que es necesario que el funcionario o el juez, según el caso, determinen desde el comienzo del proceso la existencia de una patente o evidente nulidad absoluta del acto impugnado para decretar la medida cautelar, entonces hay que aceptar que tal criterio se referiría a supuestos prácticamente inexistentes, pues está materialmente imposibilitado el juzgador de concluir, sin un estudio cuidadoso y producto de una contención, en el carácter ostensible del grave vicio que aqueja al acto impugnado.

de pleno derecho", en la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República, N° 12, Caracas, 1995, páginas 131 a la 206.

43. Dos decisiones del Tribunal Supremo español, en Sala Tercera, Sección Sexta, son muestra de esa exigencia manifiesta de la nulidad absoluta: la primera, de 20 de marzo de 1990; la segunda, de 3 de enero de 1991.

44. Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 73.

45. Valoración que puede ser tanto definitiva, por medio de sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, o incidental, en el transcurso de un proceso, como se verá más adelante.

Este criterio, en conclusión, sea entendido sólo como la fundamentación de la acción contra actos administrativos o como la certeza que pueda tener el funcionario o el juez que deba decidir acerca de la nulidad radical del acto impugnado, resulta inconveniente y no permite ajustar los procesos administrativos y judiciales con los principios que deberían imperar en un Estado de Derecho, como lo es el de que el proceso no perjudique a quien acude a él acompañado de la razón.

4. *El efecto suspensivo de las acciones impugnativas*

En determinados países de forma general, o en algún sector del contencioso administrativo, se ha establecido como principio que la interposición de mecanismos de impugnación contra los actos administrativos, particularmente los de gravamen, resta provisionalmente la ejecutoriedad de éstos.

El efecto suspensivo de la interposición de la acción de anulación no supone un desconocimiento de la presunción de legalidad de las actuaciones administrativas, tampoco significa que los actos administrativos no tengan los caracteres de ejecutivo y ejecutorio. Lo que sucede es que la ejecución inmediata -que es la regla- queda supeditada al no ejercicio de acción impugnativa en su contra, porque de interponerse ésta, entonces sus efectos quedan suspendidos de forma automática. En otras palabras, las providencias de la Administración se ejecutan inmediatamente, pero en caso de ejercerse una acción en su contra tal ejecución queda provisionalmente paralizada.

La suspensión de efectos automática, para los actos de gravamen que se impugnen mediante la acción de anulación, es la regla, por ejemplo, en Alemania, como se desprende de la disposición 80 de la Ordenanza sobre los Tribunales Administrativos, antes parcialmente transcrita.

Se considera en ese país europeo que la tutela judicial de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos sólo es efectiva si se ponen a disposición de las partes medios que permitan evitar que durante el proceso se consumen hechos que, comprobada *a posteriori* la ilegalidad de la actuación administrativa que los originó, sean irreversibles o tengan efectos irreparables. En otras palabras, que la exigencia del artículo 19 de la Grundgesetz de 1949 de garantizar una tutela judicial efectiva, frente a los actos administrativos de gravamen, sólo se respeta cuando se impide, por regla general, que la Administración pueda ejecutar a éstos de forma inmediata en caso de que se interpongan las acciones pertinentes, específicamente la de anulación⁴⁶. Esta visión es indiscutible, por lo menos jurisprudencialmente, a partir de la antes transcrita parcialmente (en la nota al pie de página N° 20) sentencia de 19 de junio de 1973, del Tribunal Constitucional Federal.

En Colombia, por ejemplo, se considera que los actos administrativos sólo son ejecutables luego de agotada la interposición de los recursos en sede administrativa, por lo que puede hablarse de una especie de efectos suspensivos de éstos. Y en países como España, si bien ello no sucede de forma automática, particularmente cuando se alegan violaciones de libertades o derechos fundamentales en el campo de una acción contencioso-administrativa, de acuerdo con la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978, la suspensión de efectos por el

46. Como antes se dijo, la suspensión automática de los efectos de los actos administrativos se produce en Alemania al ejercerse la acción de anulación. Otras formas de actividad administrativa -incluso los actos administrativos distintos de los de carácter limitativos-, sobre las cuales también pueden los afectados acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora por medio de las llamadas acciones prestacionales, cuentan con la medida cautelar, más amplia, de la "orden provisional", regulada en el artículo 123 de la Ley de Tribunales Administrativos de 1960.

juez se concibe como la regla general, quedando a la Administración la tarea de oponerse a ella -con base solamente, según la ley, en razones de lesión al interés general- para poder proceder a ejecutar inmediatamente el acto cuestionado⁴⁷.

En nuestro país, en el ámbito específico del contencioso tributario, según lo previsto en los artículos 173 y 189 del Código Orgánico Tributario, la interposición de recursos administrativos o acciones judiciales contra actos de naturaleza fiscal acarrea la paralización automática de la eficacia de los actos impugnados, aunque puede la Administración solicitar como medida cautelar, por motivo de peligro para la percepción de créditos fiscales, el restablecimiento de la ejecutoriedad de esas providencias. Recientemente, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en su artículo 54, ha previsto igualmente un sistema general de suspensión automática de los actos administrativos contra los que se ejerciten acciones contencioso-administrativas.

Sin embargo, este criterio absoluto no parece, tampoco, ni acertado ni aconsejable. Si bien impide que la actividad administrativa, y especialmente el privilegio de ejecutoriedad, pueda causar daños irreparables que resten eficacia a las decisiones que puedan dictar los tribunales contencioso-administrativos, el efecto suspensivo de los medios de impugnación no está exento de objeciones.

a) De un lado, no puede desconocerse una realidad patente: la Administración actúa en beneficio del interés general; de manera que, al atribuirse de forma general efecto suspensivo a la interposición de los recursos contra sus actos, se afecta, de alguna u otra forma, la efectividad de su accionar.

Es cierto que ordinariamente existe la posibilidad de que el juzgador o la propia Administración, por vía de excepción, y ateniéndose a las circunstancias del caso, pueda reponer la ejecutoriedad del acto administrativo impugnado. También que, normalmente, la misma ley precisa cierto tipo de actos administrativos que no entran dentro de la regla general de suspensión de efectos al ser cuestionados, por lo que cierta actividad administrativa impostergable, como la de policía, no se vería afectada de forma permanente. Sin embargo, la experiencia, incluso en países como Alemania, indica que esa regla general del efecto suspensivo de los recursos puede resultar en más de un caso injusta y perjudicial para la colectividad.

Así lo ha puesto de manifiesto García de Enterría, en su artículo: "Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso administrativo", recogido también en la obra "La batalla por las medidas cautelares", haciendo alusión al caso alemán. Es sabido que en el país germano se considera que el efecto suspensivo de la acción de anulación es la garantía de la efectividad de la tutela judicial, por lo que es la regla general. Sin embargo, como ha puesto de relieve el profesor español, apoyándose en comentaristas alemanes, "...la generalidad de este régimen ha creado graves problemas de articulación entre la justicia administrativa y el funcionamiento de una Administración eficiente. La duración de los procesos paraliza durante años la puesta en ejecución de proyectos de primera

47. También en España, con base en el principio constitucional de presunción de inocencia, conforme con el cual todos deben considerarse inocentes hasta que en proceso judicial definitivo se demuestre lo contrario, la jurisprudencia, con apoyo de la doctrina, ha venido entendiendo que en materia de sanciones impuestas por la Administración el efecto suspensivo del recurso debe ser la regla general, sobreponiéndose tal principio de presunción de inocencia al de la legalidad de los actos administrativos. Sentencia relevante sobre ese aspecto es la dictada por la Sala 5º del Supremo Tribunal español en fecha 17 de julio de 1982; véase, igualmente, los comentarios de SANTAMARIA PASTOR, José María, "Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso", Revista de Administración Pública N° 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

importancia social (aeropuertos o su ampliación -como el conocido caso de Frankfurt-, autovías, planes de urbanismos) (...) Otro ejemplo característico de la falta de racionalidad de un régimen de plenitud de garantías con paralización automática de la Administración lo ofrece en Alemania el reconocimiento del derecho de asilo, artículo 16.2 de la Ley Fundamental. El precepto constitucional se limita a decir que 'los perseguidos políticos gozan de derecho de asilo', pero la jurisprudencia ha entendido que basta su simple petición desde suelo alemán para que el peticionario no pueda ser expulsado en tanto no se resuelva definitivamente su caso, incluido un eventual proceso contra la denegación (vid., por todos, A. Randelz-Hofer, en el *Handbuck des Etaat Rechts*, tomo IV, *Freibietsrechte*, dirigido por J. Isensee y P. Kirchof, Heindelberg, 1989, páginas 193 y sigs.), así como un derecho a la asistencia social en tanto no se resuelvan el expediente y su eventual impugnación contencioso-administrativa. Es justamente este régimen el que ha determinado la grave situación de refugiados que actualmente padece Alemania, con cientos de miles de refugiados de los países del Este y de la antigua Yugoslavia y aún de todo el tercer mundo, situación que está determinando una considerable crisis social y política. El vigor de los dogmas jurídicos es tan fuerte que el Gobierno Federal no ha encontrado otra solución que promover una reforma constitucional de ese párrafo 2 del artículo 16, reforma ya en curso y aún objeto de vivo debate político.⁴⁸

b) Otra reserva a esta regla general contra la Administración, de otro lado, consiste en que, como sucede en la práctica, o bien se establecen legalmente correctivos exagerados tendentes a evitar el abuso de la posición inicial favorable al administrado -afectando en muchos casos el libre derecho que deben tener éstos de acudir a los tribunales-; o los propios jueces van ampliando e interpretando de forma cada vez más laxa los supuestos excepcionales que eliminan el carácter suspensivo de las acciones impugnatorias, desnaturalizando el principio general y causando, incluso, serios trastornos jurídicos en relación con la definición y alcance de ciertos conceptos.

Muestra de lo primero la encontramos en las disposiciones de nuestro Código Orgánico Tributario que tienen por finalidad el evitar se causen daños a la Administración por el efecto suspensivo que automáticamente se reconoce a las acciones contencioso-tributarias. Si bien se paraliza la ejecución de un acto administrativo de contenido tributario al impugnarse, luego de los años que puede durar el juicio -que se tramita en dos instancias, la última en la Sala Político-Administrativa-, si el particular resulta vencido deberá no sólo soportar los efectos de la devaluación de la moneda, sino que a la vez tendrá que saldar un interés compensatorio del 12% (artículo 59 del Código Orgánico Tributario). Esta circunstancia hace que normalmente la suma del reparo o de la multa, en cuestión de tres o cuatro años -que con suerte puede durar el proceso- se duplique o más, lo que causa un desequilibrio contrario al querido y, en muchos casos, puede convertirse en una limitación injusta a la libertad fundamental de acceder a los órganos de justicia. Ciertamente, bajo esas condiciones, no serán pocos los contribuyentes que prefieran, aún sintiéndose acompañados de la razón, pagar inmediatamente los reparos y multas que le sean impuestas antes de aventurarse a un juicio donde no sólo tendrá que correr con los gastos procesales -recuérdese que en nuestro país, insólitamente en nuestros días, se sigue la regla general, no aplicable por cierto a la materia tributaria, de que contra la República no procede condenatoria en costas- sino además soportar, de resultar vencido, inclusive parcialmente, las correcciones monetarias y los intereses que la ley dispone.

Ejemplo de lo segundo, la laxación o relajación de la excepción, vemos en España en lo relativo a la aplicación de la Ley de 26 de diciembre de 1978, sobre la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Como se ha indicado, en esta

48. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "La batalla...", obra citada, página 302.

ley se ha entendido que la posibilidad de que un acto de la Administración origine violaciones de derechos constitucionales -posibilidad que viene determinada por los alegatos del actor- debe sobreponerse a la ejecutoriedad del acto impugnado, el cual queda suspendido con el ejercicio de esta modalidad de la acción de anulación, salvo que el órgano administrativo demuestre daños al interés general por su paralización. Es el caso que ante el inicial abuso de los particulares de esta protección -quienes acudían a este proceso con el solo fin de obtener la suspensión de los efectos del acto, y valerse, así, de forma injusta, del tiempo que durase el proceso-, los tribunales fueron cada vez interpretando más ampliamente la razón de lesión al interés general que constituye el motivo que permite la ejecución inmediata del acto impugnado, reduciendo los supuestos de suspensión y convirtiendo entonces a la regla en prácticamente una excepción⁴⁹.

c) Por último, una bastante contundente tercera objeción cabe formular: de la misma forma que entender como medida excepcional el otorgamiento de medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos -bajo los criterios antes expuestos- no impide que una de las partes -la Administración- se beneficie en muchas oportunidades injustamente de la duración del proceso; el adoptar como regla general la paralización automática de los actos administrativos impugnados supone que, igualmente, una parte, ahora los particulares, se beneficiarán normalmente del proceso, incluso, y de forma también injusta, en los casos en los que no tuvieren la razón.

Este criterio no impide, de forma alguna, los efectos perversos del proceso. Sólo, en relación con los anteriores, invierte la posición de ventaja en el juicio: en lugar de ser la Administración la que gozará en su provecho del tiempo del proceso; pasa a ostentar tal preeminencia el particular. Circunstancia que si bien deja fuera de posible lesión el derecho fundamental de los accionantes a obtener una tutela judicial efectiva, también atenta contra el adecuado actuar de la Administración, por lo que no luce, de forma alguna, conveniente y ajustado a las exigencias de una administración de justicia eficaz⁵⁰.

5. *La presunción de buen derecho y el peligro de infructuosidad del fallo*

El entender que los tribunales contencioso-administrativos ejercen un control pleno de la actividad administrativa, que las libertades fundamentales de los ciudadanos constituyen un límite a la actividad estatal, que uno de esos derechos esenciales es el derecho a acceder a los tribunales y a obtener una tutela judicial efectiva y que la estructura del proceso debe ser revisada con el fin de impedir sus efectos perversos y de mejorar la administración de justicia, entre otras cosas, ha motivado, en Derecho Comparado, una verdadera revolución científica en el plano de las medidas cautelares contra la actividad administrativa.

49. *Cfr.* BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 47.

50. No nombro como objeción a este criterio, porque más que un reparo contra él es contra un sistema contencioso administrativo que se monte sobre la base del efecto suspensivo de las acciones de impugnación como única medida cautelar, el hecho de que mediante esta forma de protección provisional sólo se cubre un aspecto -bastante reducido, por lo demás- de lo que es la actividad de la Administración que debe ser controlada por los tribunales contencioso-administrativos. La suspensión automática, realmente, sólo es operante contra actos administrativos de gravamen, de limitación; pero no es útil cuando se cuestionan actos administrativos denegatorios, que formen parte de la conocida en Alemania como Administración prestacional. Tampoco esa medida cautelar general sirve cuando los derechos de los particulares resulten menoscabados por otras formas de actividad administrativa distinta de actos administrativos, como actuaciones materiales o la actividad técnica. Por ese motivo es que el efecto suspensivo de la interposición de acciones contencioso-administrativas no llenará nunca las necesidades de una eficiente administración de justicia, debiendo, en todo caso, acompañarse a otras medidas cautelares de las que puedan servirse los justiciables cuando cuestionen otras formas de acción administrativa. El ejemplo alemán, en este contexto, es aleccionador.

Es patente la reacción contra la forma como venían siendo miradas dichas providencias preventivas y, a la vez, contra los criterios y requisitos que se utilizaban para legitimar su expedición por el juzgador.

El contencioso administrativo se ha encontrado, luego de tantos años de obscuridad en esta materia, con la consolidada y justa visión acerca de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Civil, al extremo de que cada vez con mayor frecuencia, ante las previsiones legales específicas que limitan las facultades cautelares de los jueces contencioso-administrativos, en diferentes países se ha aceptado que éstos pueden aplicar en los procesos contra la Administración las disposiciones sobre el poder cautelar general que los Códigos de Procedimiento o de Enjuiciamiento Civil contemplan⁵¹.

Se ha aplicado, recientemente, así, como criterio para suspender los efectos de los actos administrativos y en fin para dictar cualquier medida cautelar contra la Administración - incluso las de carácter positivas-, tanto el supuesto del *periculum in mora*, o riesgo de infructuosidad del fallo definitivo, como, concurrentemente, el *fumus boni juris*, o la presunción de buen derecho⁵².

5.1. *El periculum in mora*

El primero, el *periculum in mora*, consiste en el peligro de que la sentencia definitiva que dicte el tribunal sea ineficaz, en su totalidad o en parte, en caso de que transcurra todo el proceso sin correctivo alguno que tenga por finalidad garantizar la plena vigencia del fallo.

En el *periculum in mora* está contenido un elemento imprescindible para la emisión de las medidas cautelares: la urgencia.

Si el proceso fuese lo suficientemente rápido como para que no existiera peligro de que la sentencia definitiva fuese ejecutable, o como para no poder causar daños por la espera de ésta, las providencias cautelares o asegurativas no tendrían justificación alguna⁵³. Es la urgencia, claro está, la razón de ser de estas medidas provisionales; pues, siendo necesario el proceso para que el juez pueda obtener certeza para emitir una declaración sobre la titularidad de los derechos controvertidos, sólo en caso de que esa espera atente contra la efectividad de la decisión a ser adoptada -haciéndose urgente salvaguardar los derechos del solicitante- es que tales medidas cautelares deberán ser expedidas.

-
51. Es el caso de Italia, como se ha visto, en la sentencia de la Corte Constitucional de fecha 28 de junio de 1985; también en España, gracias al impulso que la doctrina -como GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "*Curso...*", obra citada, Tomo II, página 623 y siguientes- ha dado al fallo del Supremo Tribunal de 20 de diciembre de 1990; y también en nuestro país, donde se acude sin mayor compromiso a las medidas cautelares del Código de Procedimiento Civil, como lo hizo la Sala Político-Administrativa del Alto Tribunal en decisión de 17 de diciembre de 1991, caso: "*Myrna Salas*", donde, luego de aludir a los artículos 585 y 588 de la ley procesal ordinaria y a los principios que rigen la emisión de esas medidas cautelares en los procesos civiles, indicó: "Estos principios son aplicables al procedimiento contencioso administrativo por vía de remisión que el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hace a los principios generales contenidos en el Código de Procedimiento Civil, como bien lo estableció esta Sala en la decisión interlocutoria del 22-11-90 (caso recurso de nulidad del Decreto N° 270 ante nueva orden de demolición contenida en el Decreto N° 1.030, expediente N° 6.810)".
 52. El impulsor de esta situación en el contencioso administrativo es, sin lugar a dudas, el Tribunal de las Comunidades Europeas, con su fallo de 19 de junio de 1990, caso: "*Factortame*", donde se recogen las conclusiones del Abogado General Guiseppe Tesauró. El Tribunal Supremo español, en la antes citada decisión de 20 de diciembre de 1990, ha dado también un empuje a la utilización del *fumus boni juris* en los procesos contra la Administración y, en Venezuela, las sentencias de 15 de noviembre de 1995, casos: "*Lucía Hernández*" y "*Saúl Salazar Rivas*", emanadas de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.
 53. Como indica CALAMANDREI, Piero, "*Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, página 54.

Un aspecto que debe también tenerse en cuenta, por otra parte, es que hay dos tipos de *periculum in mora*: el peligro de infructuosidad de la sentencia definitiva por ser inejecutable forzosamente, y el peligro en que esa sentencia llegue con retardo, careciendo de plena eficacia.

Existe en muchas ocasiones, en efecto, el peligro de que la futura ejecución de la sentencia definitiva sea imposible por cuanto el deudor, para la fecha en que se vaya a producirse tal ejecución, no cuente con los bienes necesarios para cumplir lo ordenado. En esos casos el demandante puede perfectamente esperar hasta la conclusión del proceso y la emisión del fallo definitivo para hacer efectivo su derecho, pero el peligro consiste en que dicha decisión, luego de todo el tiempo transcurrido, no sea susceptible de ejecución forzosa. Hay un riesgo de que por acciones del demandado -vgr. que se insolvente- o por un cambio en su situación fáctica, para el momento en que el juez adopte su fallo, condenándolo, no sea posible dar cumplimiento o ejecutar, ni siquiera forzosamente, esa decisión.

El otro tipo de *periculum in mora* difiere del anterior. Se refiere, más bien, al peligro de que sea totalmente ineficaz la sentencia por la insatisfacción del derecho del solicitante durante el transcurso de todo el proceso requerido para la emisión de la sentencia principal. Es el peligro de que lo dispuesto en el fallo, si bien podría ser ejecutado, para el momento en que tal ejecución se produzca, luego del proceso, carece de interés para el actor, quien, al no poder disfrutar del derecho controvertido durante la tramitación del juicio ha quedado, ya, sin posibilidad de servirse de él después.

Calamandrei explica esta situación con maestría:

En cambio en otros casos (y precisamente en los considerados bajo la letra c [se refiere a las providencias cautelares anticipativas]) la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito. Aquí, por tanto, la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida: es una declaración interina de mérito (por ej. del derecho a los alimentos, en el caso previsto por el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil; del derecho al respeto de las distancias legales en la denuncia de obra nueva, etc.), que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzada, el derecho que provisionalmente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal.

(omissis)

Es fácil comprender la diversidad de presentación de la instrumentalidad de la providencia cautelar en estos dos casos: en ambos la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la providencia principal, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada), en el segundo caso está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzada infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse (corchetes añadidos)⁵⁴.

54. Cfr. CALAMANDREI, Piero, obra citada, páginas 72 y 73.

Es evidente, y así lo hace ver Calamandrei, que cada diferente clase de peligro de infructuosidad de la sentencia principal da lugar a medidas cautelares distintas.

El primero, el peligro de que sea imposible la ejecución forzosa del fallo, se corresponde con providencias cautelares de carácter netamente conservativo, que tienen por finalidad mantener un estado de hecho -normalmente asegurar los bienes del deudor, determinados o no, necesarios para el cumplimiento forzoso de la sentencia final- hasta la conclusión del proceso. Entre este tipo de medidas cautelares deben anotarse el embargo preventivo y la prohibición de enajenar y gravar, entre otras.

El segundo tipo de *periculum in mora*, por el contrario, da lugar a la expedición de medidas cautelares de carácter anticipativo, cuya finalidad es adelantar la emisión de la sentencia principal para satisfacer inmediatamente la pretensión del demandante, debido a que la espera de la oportunidad procesal en que tal satisfacción del derecho deba hacerse -que es el momento de la sentencia, luego de transcurrido todo el proceso- restaría a dicha declaración judicial su total utilidad⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el contencioso administrativo salta a la vista que el *periculum in mora* más relevante, más común, que motivará la emisión de medidas cautelares, será el peligro subjetivo e indirecto, el peligro en el retardo, ya que la Administración se considera como que cuenta con suficientes recursos económicos para poder dar frente a cualquier decisión judicial condenatoria.

Carecerá en la mayoría de los casos de sentido, realmente, dictar un decreto de embargo o de prohibición de enajenar y gravar, o cualquier otra medida netamente conservativa, contra bienes de un organismo público; pues se considera que éste siempre, afianzado en el tradicional principio fiscal, se procura de los bienes necesarios para cumplir con sus obligaciones. Tendrá que demostrarse, en tales casos, para que proceda este tipo de medida cautelar conservativa, la posible insolvencia del ente público, cuestión no muy común, aunque posible.

En cambio, el peligro de que la duración del proceso impida la total eficacia de la sentencia ejecutable, el peligro de retardo, está presente en la mayoría de las controversias de naturaleza jurídico-públicas. Tanto en los casos en que la ejecución inmediata del acto administrativo impugnado impida que la sentencia de fondo pueda volver las cosas al estado previo; como en los que la actuación de la Administración deba producirse en un momento preciso, perdiendo sentido de dejarse para uno posterior; o que la situación de insatisfacción del derecho del particular durante el proceso produzca daños que luego no podrán ser corregidos; la medida cautelar que debe dictarse es una de carácter anticipativo, en el sentido de que anticipe los efectos -si no todos, sí al menos algunos- de la sentencia de fondo que en su oportunidad, luego del proceso, se dictará.

Será por consiguiente este peligro de retardo el que con mayor frecuencia deberá valorar el juez contencioso administrativo y, por tanto, de carácter anticipativo serán las medidas que tendrá que emitir para garantizar la eficacia plena de sus decisiones.

Por último, en cuanto a la valoración de este requisito, debe indicarse que lo tradicional - y recomendable- es que el solicitante de la medida argumente de forma detallada,

55. Debe advertirse que este tipo de providencias cautelares anticipativas siempre es provisional, es decir, deja de existir al momento de la emisión del fallo principal, por lo que no afecta el derecho de la defensa de la contraparte ni constituye un fallo final. Además, lo acordado en ella será siempre reversible, ya que no puede el juez de forma cautelar hacer que la sentencia principal sea inejecutable cualquiera sea la parte que resulte victoriosa en el juicio. Véase el artículo de LINARES BENZO, Gustavo, "El amparo y las medidas cautelares", en la Revista de Derecho Público N° 41, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre de 1991.

acompañado con las pruebas pertinentes, qué tipo de peligro se corre de no dictarse la providencia cautelar. También debe detenerse en explicitar la urgencia que amerita el caso, y en señalar cuáles serían, justamente, los daños que pide sean evitados. Esa demostración, claro está, queda condicionada o limitada por la brevedad en que debe dictarse la decisión provisional, por lo cual el juzgador no podrá nunca tener una certeza. Bastándole entonces, para dictarla, con presumir gravemente el peligro de ineficacia que corre su decisión principal.

Cierto es que algunos han insinuado que el *periculum in mora*, por las condiciones actuales de los procesos -en especial por el mal que aqueja a prácticamente todas las administraciones de justicia: la lentitud-, debería dejar de ser tomado en cuenta para la expedición de las medidas cautelares. Proponiendo que el otro requisito, el *fumus boni juris*, debe ser suficiente para que el juez acceda al peticitorio cautelar del actor.

No obstante, prescindir del *periculum in mora* no parece de forma alguna conveniente. Si la medida cautelar tiene una razón de ser, como hemos visto, es por la urgencia y el peligro de ineficacia de la decisión definitiva. Si tal peligro no existiese, o no fuese valorado por el juez, no habría necesidad de modificar la situación existente ni de alterar el normal orden del proceso. Esto cobra fuerza cuando, como sucede en el contencioso administrativo, la parte demandada es la Administración, que en principio actúa en beneficio del interés general.

Por eso debe siempre alegar el solicitante de una medida cautelar, y el juez así verificarlo, que existe un riesgo, un peligro, de que la justicia no pueda cumplir con su cometido, vale decir, dictar sentencias eficaces. El *periculum in mora* es, como enseña Calamandrei, el verdadero fundamento de las medidas preventivas, sean éstas de naturaleza conservativa o anticipativa. No puede, entonces, prescindirse de él.

Lo que sí sucede es que, en los tiempos modernos -donde un día, un mes o un año, cuentan-, es prácticamente evidente que un proceso que promedio dura tres o cuatro años ocasiona graves daños a los justiciables, por lo que el *periculum in mora*, el riesgo de que la sentencia principal no sea totalmente eficaz, se ha convertido en la regla y lo normal es que se requieran de medidas preventivas que impidan que tal peligro se consuma. Ese es el motivo por el cual se postula la preeminencia del *fumus boni juris* para la emisión de medidas cautelares, pero ello dista mucho de prescindir del otro requisito⁵⁶.

También sucede, y de esto deben estar atentos los jueces, que la valoración del peligro de infructuosidad del fallo principal debe hacerse teniendo en cuenta la claridad o no del cumplimiento del otro requisito. Mientras mayor presunción tenga el juez de que el solicitante de la medida posee el derecho controvertido, es decir, que tenga razón, menor debería ser la exigencia de demostrar el *periculum in mora*. En cambio, cuando el buen derecho del actor no esté clara o sea dudosa, más exigente debe ser la valoración del *periculum in mora*. Todo esto con la finalidad de sortear, en la mayor medida posible, que el proceso surta efectos perversos y, al mismo tiempo, de evitar la emisión de medidas cautelares innecesarias⁵⁷.

56. Nuestra Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías, al contemplar al amparo constitucional ejercido conjuntamente con acciones contencioso-administrativas como una medida cautelar, ha dispuesto que la procedencia de esa providencia incidental se basa sólo en la presunción grave de violación de un derecho constitucional, es decir, en una especie - porque es más exigente que lo normal- de presunción de buen derecho. No es necesario demostrar la posible infructuosidad del fallo principal ni los efectos negativos del proceso para dictar esos amparos constitucionales. Es palpable, entonces, la preeminencia del *fumus boni juris* en estos casos. Circunstancia que encuentra explicación de entenderse que el *periculum in mora* lo ha ya supuesto el legislador, por la lentitud de los procesos, y por la gravedad de la situación que da lugar al amparo, lo que hace suponer que nadie tenga que soportar, si quiera por un breve lapso, la violación de algunas de sus libertades fundamentales.

57. Sobre esta ponderación que debe hacer el juez al dictar una medida cautelar, véase CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Principios modernos...*", obra citada, página 138.

5.2. *El fumus boni juris*

El *fumus boni juris* constituye el otro requisito que debe verificar el juez, concurrentemente con el anterior, al enfrentarse con la obligación de dictar una providencia cautelar. Es la indagación que hace el juez sobre la probabilidad cualificada, sobre la apariencia cierta, de que el derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar en la realidad exista y que, en consecuencia, será efectivamente reconocido mediante la sentencia final.

Ese análisis sobre las probabilidades de éxito de las pretensiones del demandante, debido a la urgencia con que deben dictar las providencias cautelares, no puede ser el resultado de largas y lentas indagaciones del juzgador, sino, evidentemente, dimana de un simple, rápido y sumario proceso de cognición que no permite la obtención de certeza plena sino sólo de presunciones. Debe tenerse claro que esa presunción no se pide porque esté vedado o prohibido al juez obtener certeza, sino, porque teniendo en cuenta la brevedad con la que debe pronunciarse sobre la solicitud cautelar, una presunción, una apariencia, es lo más que podrá alcanzar; ya que es simple y materialmente imposible, en esas condiciones de celeridad, obtener certeza, al ser ese nivel de convicción absoluto una consecuencia exclusiva de un proceso contradictorio, pleno, que evidentemente no puede ser el requerido para emitir una medida cautelar⁵⁸.

Entonces, el *fumus boni juris* surge de un juicio breve y sumario -no incompleto- hecho por el juez y que hace a éste presumir, por una parte, sobre las probabilidades de triunfo de quien solicita la providencia cautelar, acerca de la verosimilitud de los derechos que ha invocado como propios, y, en fin, sobre el cumplimiento de los requisitos que fueren necesarios para que su pretensión de fondo sea declarada con lugar. De manera que de forma alguna esa decisión provisional ata al juez al momento de dictar su fallo definitivo luego del estudio minucioso y reflexivo del expediente y del ordenamiento legal, quien conserva para esa oportunidad total libertad de decisión para confirmar o revocar su pronunciamiento previo.

En el ámbito del contencioso administrativo, la presunción de buen derecho viene constituida por la apariencia del juez, luego del análisis inicial del asunto controvertido, de que la pretensión del solicitante de la medida cautelar, que en principio será el particular, saldrá triunfador en el juicio contra la Administración. Es, en el plano de las acciones impugnativas de anulación, una presunción sobre la contrariedad a Derecho del acto administrativo cuestionado; en el ámbito del contencioso contra conductas omisivas u otras formas de actividad administrativa, una presunción de que la Administración debía actuar, conforme con la ley, y no lo hizo, o que debía abstenerse de realizar una acción, según el caso; y, en el plano del contencioso de las demandas, una presunción de que el ente público debe ser condenado y, en consecuencia, de que son cumplidos los requisitos legalmente necesarios para que sea satisfecha la pretensión del actor, como lo son ordinariamente: la producción del daño, el no deber jurídico de soportar el daño -sea por la falta de servicio o por sacrificio particular- y la relación de causalidad.

58. Si se exigiera certeza para dictar una medida cautelar, ésta no lograría su cometido de ser un remedio breve. Como explica CALAMANDREI: "...si para dictar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar a ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud." Obra citada, página 77.

Por otra parte, no hay discusión en que la valoración de la apariencia de buen derecho debe descansar sobre criterios objetivos, definidos. Dicha constatación no puede quedar al libre arbitrio del juez, quien podría decidir con base en corazonadas o simples premoniciones. García de Enterría es claro al afirmar que en la valoración del *fumus boni juris* no se apela al olfato del juez, sino de administrar justicia legal acudiendo a criterios jurídicos perfectamente objetivables, de manera que "...el humo del buen derecho no se aprecia por la nariz, sino por un juicio objetivo, imponiendo una valoración anticipada y 'a primera vista' del fondo del proceso, sin lo cual la decisión eventual pierde cualquier norte y entra en el reino de lo subjetivo e inaprensible, lo que es difícilmente cohonestante con una justicia actuando en un Estado de Derecho..."⁵⁹.

Sí es más controvertido en doctrina, en cambio, la fijación de la magnitud de la presunción que debe tener el juez para dictar providencias preventivas. Normalmente se exige una presunción grave, fundamentada en medio de prueba -así, verbigracia, nuestro Código de Procedimiento Civil-. Sin embargo, y en doctrina, se ha dicho que basta que sean serios los alegatos del solicitante; o que la contraparte no haya respondido -en caso de que se prevea una etapa para ello- de forma seria las imputaciones en su contra. En fin, la gravedad que se exige para que se entienda o presuma el buen derecho del solicitante de la cautelar va, desde un presunción grave hasta la mera "seriedad" de lo alegado por éste o de lo opuesto, en el plano del contencioso administrativo, por la Administración⁶⁰.

Al respecto, y teniendo en cuenta que uno de los efectos de las providencias preventivas es evitar que el proceso atente contra quien tiene la razón, parece que lo más apropiado es exigir del juzgador una presunción grave de que el solicitante ostenta el derecho controvertido. La mera seriedad de los alegatos del actor, además de ser este criterio bastante subjetivo y no haber sido tan trabajado por la jurisprudencia y doctrina como la presunción grave, no debe ser suficiente para modificar una situación de hecho previa. Igual sucede al exigir que la respuesta de la contraparte sea seria, pues dichas oposiciones previas -que normalmente se informarán en lapsos breves, sin suficiente preparación- no necesariamente determinarán el posible resultado del proceso.

Que se exija una presunción grave del buen derecho reclamado, apoyada con medio de prueba, adquiere mayor explicación en los procesos contencioso-administrativos donde la Administración es demandada. No sólo por la presunción de legalidad de los actos administrativos, ni porque éstos en principio están dispuestos a satisfacer un interés general, sino especialmente porque, como se ha indicado, las medidas cautelares contra los entes públicos en general serán de carácter anticipativo -como la suspensión de efectos⁶¹ o las

59. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "*La batalla...*", obra citada, página 76.

60. Evidentemente, nunca se exigirá certeza porque, como se ha dicho, esto es un atributo del juicio pleno, cuestión que no se da en los procesos cautelares, donde el juez, por más que lo intente -si se atiende a los breves plazos legales-, solo podrá alcanzar una fuerte presunción.

61. La suspensión de efectos, contrariamente a lo que muchos han sostenido, es una típica medida cautelar de carácter anticipativo; nunca conservativa. Ello debido a que esa medida cautelar está dispuesta para poner al particular accionante contra un acto administrativo, que en principio es ejecutorio, en la situación de hecho que ostentaría en caso de vencer en el proceso judicial; es decir, está ordenada para que el solicitante, desde el comienzo del juicio, disfrute de una posición de ventaja similar a la que espera le sea reconocida al final del juicio, mediante la sentencia principal. Tal naturaleza anticipativa, por otra parte, se ve claramente al aceptarse, como sucede en ocasiones en nuestro país, que la suspensión de efectos procede incluso contra actos administrativos ya total o parcialmente ejecutados por la Administración; casos en los que se ordena volver a una situación fáctica o jurídica anterior a la existente luego de la emisión del acto impugnado. Véase, sobre la naturaleza de la medida cautelar de suspensión de efectos, las reflexiones contenidas en CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Principios modernos...*", obra citada, página 133.

ejecuciones u órdenes provisionales-; de manera que, ya que se va a poner al particular en una posición muy similar a la que obtendría luego de una sentencia de fondo favorable, lo menos que puede exigirse es que el juez haya verificado y obtenido una presunción fuerte -para evitar los efectos perversos del proceso- de que ostenta en verdad el derecho reclamado contra la Administración.

Por último, en la valoración del *fumus boni juris* también es válida la observación sobre la ponderación de este requisitos con el otro que cuyo cumplimiento debe analizarse concurrentemente. Mientras mayor sea la apariencia del buen derecho del solicitante, menor debería ser la exigencia del cumplimiento del *periculum in mora* - más cuando el transcurso del proceso hace prever como regla general la no efectividad total de la sentencia principal-; y viceversa⁶².

5.3. Posibles objeciones a este criterio

Contra estos criterios acumulativos para la emisión de medidas cautelares contra la Administración se han opuesto ciertas objeciones, aunque ninguna de ellas, como se verá parece, desde la nueva óptica del contencioso administrativo -donde los jueces ejercen un total y eficaz control de la Administración, impulsados entre otros por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al sentido de justicia-, ser lo suficiente sólida,.

Se ha reparado, básicamente, en que: a) la valoración del *fumus boni juris* prejuzga sobre el fondo del asunto y hace que, anticipadamente, se resuelva la controversia; b) la presunción de legalidad del acto debe imponerse sobre la apariencia que pueda tener el juez de un análisis sumario; y c) la aceptación de que la sola presunción del juzgador se imponga a los actos de la Administración supone un rompimiento de la situación de equilibrio existente entre los poderes⁶³.

Al respecto es menester observar:

a) Tradicionalmente ha existido la tendencia, de la cual no han escapado nuestros tribunales, de negar solicitudes cautelares porque el decidirla constituiría prejuzgar o “tocar” sobre el fondo del asunto. Tal prejuzgamiento, según han advertido algunos, puede presentarse tanto en el plano de los fundamentos de la decisión como en el de la ejecución de la sentencia de fondo; de manera que, señalan, ni puede decidirse favorablemente la pretensión cautelar si esa decisión supone adelantar opinión sobre el aspecto de fondo controvertido ni tampoco puede ponerse al solicitante de la medida cautelar en la situación que espera le sea reconocida por la sentencia de fondo.

Se ha levantado, así, el dogma de la prohibición de anticipar la resolución de fondo, con el cual tienen que enfrentarse los justiciables en los tribunales contencioso-administrativos cada vez que solicitan una medida cautelar, en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva.

62. También la mayor o menor lesión al interés general puede ser, en esta perspectiva, valorado al dictarse una medida cautelar, aunque nunca él podrá servir de excusa para una decisión denegatoria. Véase mi trabajo: CANOVA GONZALEZ, Antonio, “Principios modernos...”, obra citada, páginas 123 a 125, y 138.

63. Todas estas objeciones han sido expuestas por BOQUERA OLIVER, José María, en su obra citada; donde justamente pregona este autor volver a los criterios tradicionales de daños de difícil o imposible reparación o de lesión al interés general para la emisión de medidas cautelares en el contencioso administrativo.

Es claro que este dogma será una crítica muy utilizada contra la aplicación en el contencioso administrativo del *fumus boni juris*. Se dirá que al valorarse de forma sumaria, al inicio del proceso, la posibilidad de triunfo del solicitante de la medida cautelar se prejuzgan cuestiones de fondo; o que al dictarse medidas cautelares que adelanten la ejecución de un posible fallo principal, luego de determinado por el juez qué parte parece ostentar la razón, se ha dictado, anticipadamente, la resolución de fondo.

Sin embargo, tales oposiciones carecen de solidez.

Es cierto que el límite natural de una medida cautelar es no constituirse en sentencia definitiva. Su característica principal, como enseña Calamandrei, es su instrumentalidad, vale decir, no hacer justicia por sí misma sino servir de instrumento a la justicia.

En el plano de los motivos jurídicos que determinan la emisión de providencias preventivas, no puede el juez, entonces, al decidir una medida cautelar, hacer afirmaciones que se compadezcan con la sentencia principal. Pero no, como antes se ha dicho, porque ello le esté vedado, porque sea ello una prohibición, sino porque le es simplemente imposible realizarlas en la práctica, al ser la certeza al decidir una consecuencia exclusiva de la tramitación de un proceso pleno y contradictorio.

Esto no significa que existan aspectos o puntos de la controversia que no pueda examinar el juez al dictar una medida cautelar o que su conocimiento no pueda ser completo. Lo que pasa -como antes se dijo- es que nunca podrá el juzgador asegurar, tener certeza, sobre lo decidido; pues la urgencia inherente a los procesos cautelares -que hace que la decisión sea tomada en un lapso brevísimo, incluso, en oportunidades, sin oír a la contraparte- lo más que le permite alcanzar es una presunción o apariencia sobre a qué parte corresponde el derecho que se debate.

Por eso es que el prejuzgamiento del fondo del asunto, en el ámbito del examen jurídico, deja de ser tal al advertir el juzgador que su decisión -y no puede en el plano real ser de otra forma- se basa sólo en presunciones, en apariencias, en una mirada inicial del asunto, y que no constituye nunca una declaración definitiva, certera, como debe ser su conclusión al dictar la decisión principal.

Debe recordarse, en este contexto, que por naturaleza las medidas cautelares son mutables. Siempre existe, en efecto, posibilidad de que el juez que la haya dictado, como se ha basado sólo en presunciones -porque, se insiste, la certeza nunca puede obtenerse sin proceso pleno previo-, pueda en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte, revocarla, sea porque con el transcurso del proceso ha tenido un mejor conocimiento del asunto debatido que desvirtúa su apreciación inicial o porque la situación fáctica -incluso jurídica- ha cambiado de forma tal que no hay motivo para mantener la providencia provisoria adoptada⁶⁴.

Además, y también por el hecho de que la emisión de una medida cautelar sólo requiere de presunción, el juez que la dicta no queda atado, para la oportunidad en que decide el fondo del asunto, a la argumentación previamente expuesta o a la decisión asumida. Ello porque no puede sostenerse que con el mandamiento cautelar hubiese declarado el Derecho aplicable al caso. Esa medida es el resultado, sólo, de una simple apreciación, consecuencia de un proceso brevísimo, sobre la controversia que se le ha planteado.

64. Igualmente, una decisión que niegue una solicitud de medida cautelar puede luego ser sustituida por una que acuerde la providencia preventiva, en caso de que hubiese cambiado la situación fáctica o que, luego de tramitar parte del juicio, el juzgador sí alcance la presunción necesaria -antes no obtenida- para su emisión.

Todo lo expuesto obliga a concluir en que la valoración que haga el juez que decide una solicitud cautelar debe ser completa -no parcial-, ya que no existe posibilidad material de que prejuzgue sobre el fondo del asunto, en el plano de los fundamentos jurídicos de la sentencia, al entenderse -y así dejarse constancia- de que el estudio del asunto ha sido sumario y breve y que, por tanto, la decisión emanada se fundamenta en presunciones, en simple apariencia, sin la certeza que solo es posible obtener al finalizar un proceso pleno.

Es en el ámbito de la ejecución, en todo caso, donde la prohibición de “tocar” el fondo de la controversia puede constituirse un verdadero límite para la emisión de una providencia preventiva.

Se ha expresado que las cautelares son providencias instrumentales, que no hacen justicia por sí misma, que su fin, por tanto, es permitir la ejecución íntegra de la sentencia principal. Por eso es que no puede una medida cautelar sustituir la sentencia de fondo. No es posible, en principio, que aquélla haga por sí misma justicia y que ésta sea innecesaria.

Ese es un límite natural a las medidas cautelares. Además de no poder exceder la pretensión de fondo del solicitante -ni ser más amplia de lo que se decidiría en la sentencia definitiva-, tampoco puede trastocar todo el proceso para convertirse, sin más, en una sentencia principal.

Sin embargo, lo anterior no significa que por medio de medidas cautelares no sea posible anticipar algunos efectos de la sentencia de fondo. Por el contrario, si nos atenemos al principio de homogeneidad entre la providencia cautelar y la sentencia de fondo, es forzoso concluir que cuando se intente evitar el *periculum in mora* por el retardo aquellas medidas normalmente lo que harán será adelantar la ejecución de la pretensión principal que se presume ajustada al derecho. La medida cautelar, como se ha indicado antes, puede ser de carácter anticipativa; particularmente cuando el peligro de que el fallo no sea ejecutado plena y eficazmente tenga un carácter subjetivo e indirecto, es decir, cuando venga determinado por el retraso de la decisión de fondo y no por la posibilidad de que ésta sea ejecutada forzosamente.

Por ese motivo es que la prohibición de prejuzgar la ejecución, cuando se dicten medidas anticipativas, queda salvada con la provisionalidad de lo decidido cautelarmente y con la posibilidad de reversión, por el fallo final, de la situación provisional creada.

Hay supuestos, es cierto, en que una determinada medida cautelar anticipativa carecerá del carácter provisorio y se erigirá como irreversible. En esos casos -como podría ser cuando se pida la concesión, de forma cautelar, de una licencia para la construcción de un edificio- la solicitud cautelar debería ser negada, por exceder su ámbito de acción. En esas situaciones -que son excepcionales- es preferible mantener la situación fáctica existente y la posición normal del proceso sin alteración hasta la emisión de la sentencia principal.

Pero, como se presenta especialmente en la jurisprudencia alemana, cuando el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal -resolución que por las circunstancias del caso llegará inevitablemente tarde-, es permisible que el juzgador tome una decisión, aunque ésta sea irreversible, ya que esa sería la única forma de hacer justicia, aún sea por vía cautelar. Ejemplo de lo anterior sería cuando se plantee un problema sobre la inclusión de un atleta en la selección que participará en unas competencias deportivas inminentes; o cuando un partido político, durante una campaña electoral, solicite se extinga una medida que le impida utilizar la radiotelevisión pública para hacer su propaganda⁶⁵.

65. Cfr. BACIGALUPO, Mariano, “*El sistema de tutela cautelar...*”, obra citada, página 450. También, GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, obra citada, páginas 289 y siguientes.

Ni la valoración total de la controversia de fondo para determinar la presunción de buen derecho, ni la ejecución anticipada de efectos de la sentencia principal, pueden, en consecuencia, ser obstáculo para emitir una medida cautelar so pretexto de prejuzgar la resolución de fondo.

Mientras la medida cautelar se fundamente en presunciones, sea mutable y, además, la ejecución por ella ordenada sea provisional y reversible; mientras esas características se atribuyan a las medidas cautelares, entonces, no es posible sostener que éstas invadan la posición de la sentencia de fondo que recaiga en el juicio. Pues ese fallo principal, a diferencia de las providencias cautelares, es adoptado con plena certeza sobre el asunto controvertido -luego de la tramitación de un proceso pleno-, surte cosa juzgada material, es inmutable y, asimismo, su ejecución es definitiva.

No puede decirse, por consiguiente, como hace Boquera Oliver, que con la utilización del *fumus boni juris* el juez contencioso administrativo prejuzgará, en un incidente, el fondo del asunto y que ello daría lugar a convertir medidas cautelares en sentencia definitiva, transformando a esos procesos en juicios sumarísimos⁶⁶. Si eso no ha sucedido en el ámbito del Derecho Procesal Civil, donde ese requisito es tradicional, no hay razón para que tal problemática se plantee en el contencioso administrativo.

Como se ha indicado, nunca las medidas cautelares -que se basan en presunciones, son mutables y provisionales- prejuzgan, en cuanto a las argumentaciones como a la ejecución, sobre el fondo del asunto. Tampoco, por esos atributos, se convierten esos mandamiento asegurativos en sentencias definitivas. Si se cumple el vaticinio de García de Enterría⁶⁷, en el sentido de que gracias a esas medidas preventivas muchas veces la Administración, ante la apariencia de mal derecho de su actuación, resolverá por revocarla y evitar la continuación del juicio, más que convertir al contencioso administrativo en juicios brevísimos, lo que conllevaría es a la eliminación de ciertos juicios cuyo resultado es evidente desde el inicio y, en tales casos, no habría sido la medida cautelar la que ha asumido el carácter de un fallo definitivo, sino que el proceso acabaría, no por la decisión provisional del juez, sino porque una de las partes así lo habrá decidido, al llegar a un convenimiento con la pretensión de la otra o simplemente desistir del juicio al saber que no tiene razones sólidas para pelear.

b) Se puede argumentar, por otro lado, que los actos administrativos se presumen legales hasta que se declare lo contrario, de manera que no podría el juez contencioso administrativo, con solo presumir la existencia de vicios en la actuación administrativa, restarle la eficacia que le es inherente⁶⁸.

Este razonamiento sobre la presunción de validez de los actos de la Administración ha sido, al pasar de los años, uno de los que se ha usado de forma más común para restar un pleno y eficaz control de los jueces sobre el actuar administrativo. Ha condicionado, ese principio, buena parte de las instituciones del proceso contencioso administrativo, negando algunas o limitando en tal extremo otras que, sin lugar a duda, atenta contra los derechos fundamentales de los particulares e impide la total vigencia del Estado de Derecho.

Debe replantearse seriamente, en los actuales momentos, el justo sentido que a tan importante principio debe dársele en lo relativo al contencioso administrativo. No es posible que continúe la presunción de legalidad de la actividad administrativa siendo un obstáculo para el cabal sometimiento al derecho de los órganos de la Administración y para el absoluto respeto de los derechos de los ciudadanos.

66. Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 66.

67. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "La batalla...", obra citada, páginas 187 y 188.

68. Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 66.

En Alemania, como en la mayoría de los países, se reconoce el principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos y el de su ejecución inmediata. Sin embargo, en su Ordenamiento esa ejecutividad inmediata, por entenderse que así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva, queda suspendida al interponerse un recurso administrativo o una acción judicial de anulación. En otras palabras, en ese país tales principios aplicables a los actos de la Administración tienen toda su vigencia hasta tanto el particular afectado decida impugnarlos, donde otra regla, que busca garantizar la plena efectividad de las decisiones administrativas o judiciales que se adopten, entra en juego. No está condicionado el órgano revisor, entonces, por la presunción de legalidad de los actos administrativos.

En nuestro país, como sucede en Francia, España e Italia, entre otros, el juez contencioso administrativo ha aceptado que el principio de ejecutividad, según el cual los actos de la Administración se presumen válidos, limita su pleno conocimiento y condiciona que muchas instituciones procesales sean consideradas como excepcionales y de interpretación restrictiva. Así sucede en materia de medidas cautelares, donde la constante ha sido partir del principio de ejecutividad de los actos administrativos para condicionar, a situaciones excepcionales o extraordinarias, las órdenes de los jueces en contrario⁶⁹.

Esta intromisión o injerencia del principio de presunción de validez de los actos administrativos en la labor de los tribunales contencioso-administrativos luce exagerada. No es posible que la actividad de éstos -que debe ser plena- y que los derechos de los particulares afectados por actuaciones administrativas, se vean afectados por esa presunción. Esta debe quedar circunscrita al plano administrativo: mientras no se cuestione la legalidad de los actos de la Administración, éstos se presumen legales, pueden ser ejecutados inmediatamente y deben ser acatados por todos, sin reservas. Ahora, cuando se ejerzan acciones impugnatorias en su contra, quizás no sea conveniente, como sucede en Alemania, eliminar automáticamente su eficacia, pero sí es imprescindible que, al menos, se le permita al juez poder hacer un examen completo de la situación y tomar cualquier medida que considere adecuada para que su función sea eficaz y se respeten los derechos de los particulares, sin estar influenciado por la presunción de validez de los actos administrativos, ya que es él, en definitiva, quien constitucional y legalmente puede destruirla.

Parece lógico, por tanto, que al momento en que el ordenamiento jurídico permite la impugnación de los actos administrativos, y entonces se inicia un juicio cuyo fin es anular a los ilegales, la presunción de validez de aquellos pierda su fuerza en el ámbito judicial, no pudiendo de forma alguna, tal precepto, impedir el pleno control del juez sobre la legitimidad del acto impugnado y acerca de los daños que éste podría causar.

Por consiguiente, si bien debe aceptarse la existencia de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos de la Administración -que lucen indispensables para que esa rama del Poder Público cumpla con sus cometidos-, y aunque no se llegue al extremo, como sucede en Alemania, de que la sola impugnación de aquéllos, por el efecto suspensivo automático de la interposición de la acción de anulación, les quita su eficacia, es concluyente que un control cabal de la actividad administrativa y la garantía de los derechos de los justiciables en la vía contencioso-administrativa -especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva- requiere que las instituciones procesales no se vean influenciadas por esos principios y que no sean de forma alguna interpretadas restrictivamente figuras que, como las medidas cautelares, están dispuestas para que la sentencia principal sea plenamente eficaz.

69. Cfr. CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Principios modernos...*", obra citada, páginas 97 y siguientes.

Es que las providencias cautelares en el contencioso administrativo, como en todo proceso, deben ser interpretadas de forma amplia, acorde con la función de juzgar, y, además, con el principio general del derecho según el cual el proceso, instrumento necesario para dar razón a quien la tiene, no puede perjudicar a quien tiene la razón. A la vez, por tal causa, es que la presunción de ilegalidad del acto impugnado que adquiriera el juez, de un examen inicial de la controversia, resulta suficiente para poder emitir una medida cautelar adecuada; sin reparo de la presunción general de validez de éstos, que es un principio que a él no debería, de forma alguna, afectarlo ni condicionarlo en el ejercicio de la función que le ha sido encomendada.

c) Por último, se podría alegar que la posibilidad de que los jueces puedan, con solo presumir su contrariedad al Derecho, restar eficacia a los actos de la Administración, incluso a las leyes, atenta contra el equilibrio que constitucionalmente debe existir entre la Administración y los tribunales⁷⁰.

Sin embargo, tal observación carece de mayor fuerza. Cada órgano que ejerce el Poder Público tiene su función propia. Los tribunales, concretamente los contencioso-administrativos, ejercen la función de juzgar si la actividad administrativa se acomoda al Derecho y de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a las acciones u omisiones de la Administración.

En el ejercicio de esas competencias, y a los fines de su eficaz funcionamiento, los tribunales contencioso-administrativos pueden adoptar -y así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva- cualquier medida que garantice que su decisión, sea cual fuese, será efectiva y podrá ejecutarse. Y lo cierto es que el *fumus bonis juris*, junto con el *periculum in mora*, son, como se ha visto, los criterios que en mejor medida garantizan plenamente la ejecución de lo decidido.

No se pierde ningún equilibrio con que los tribunales contencioso-administrativos puedan decidir desde un inicio del proceso, y con base en presunciones, sobre la eficacia de los actos administrativos. Dichos tribunales, en definitiva, pueden anular las decisiones de la Administración. En ese aspecto están en un nivel de superioridad frente a ella. Por tanto, con mayor razón, para poder ejecutar sus fallo plenamente -y hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva-, podrán corregir la situación de ventaja con que ordinariamente la Administración acude a los juicios merced el principio de autotutela administrativa. Las medidas cautelares son los correctivos adecuados para ello, por lo que debe aplaudirse que la procedencia o no de éstas se decidan dependiendo de la existencia de probabilidades calificadas de que el particular, quien será beneficiado, tiene razón.

IV. CONCLUSIONES

El Derecho Administrativo, que es el derecho propio y común de la Administración Pública, como dicen García de Enterría y Fernández, tiene como característica el asegurar cuando se ha encontrado y reconstruir cuando se ha perdido el equilibrio entre los privilegios y las garantías. De lo que se trata, pregonan los maestros españoles, es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos⁷¹.

70. Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 67.

71. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Curso...", obra citada, página 46.

La Administración, por la función que ejerce, está en un puesto de superioridad frente a los particulares. Ello se demuestra en los procesos contencioso-administrativos, donde se juzga, *a posteriori*, la legalidad de sus actuaciones, y en donde ella, desde el comienzo del proceso, está en una posición de franca ventaja.

Debido al principio de la autotutela de la Administración, tanto decisoria como ejecutiva, sus actos se consideran válidos hasta que se demuestre lo contrario, y pueden ser llevados a la realidad, incluso en contra de la voluntad de los afectados, de oficio -es decir, sin necesidad de acudir al juez- y de forma inmediata. El particular es al que corresponde -contrariamente a lo que sucede en el plano del Derecho Civil- actuar como demandante impugnando las decisiones de los entes administrativos; decisiones que, por regla general, no quedan suspendidas en sus efectos por su impugnación.

La contrapartida necesaria a estos privilegios de la Administración -en búsqueda del equilibrio que debería existir entre tales privilegios y las garantías de los ciudadanos- es reconocerle a los jueces contencioso-administrativos poderes cautelares amplios. Esa es la única forma de contrarrestar algunas de las prerrogativas administrativas, de que esos tribunales puedan hacer realidad su misión de garantizar a los justiciables el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de que éstos puedan disfrutar individualmente de esa libertad pública y, además, partiendo del principio de que por lo general el propio proceso resultará lesivo, de impedir que dicho proceso, instrumento necesario para dar razón a quien la tiene, perjudique justamente a quien tiene la razón.

Es claro, luego del análisis precedente, que el criterio legitimador de las medidas cautelares en el contencioso administrativo que permite cumplir mejor la relevante misión de ellas en los procesos contra la Administrativa es el *fumus boni juris* o presunción de buen derecho, junto con el *periculum in mora*, aunque siempre aquél será -por éste prácticamente suponerse- el preeminente.

El hecho de que en los procesos contra la Administración el peligro de infructuosidad de la sentencia venga, generalmente, determinado por el retardo, es decir, que sea subjetivo e indirecto -ya que peligro de que el fallo no pueda ser ejecutado forzosamente, en condiciones normales, no existe-, y que por tanto las medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos, para contrarrestar tal peligro, sean de carácter anticipativas y tiendan a poner desde el momento inicial de la controversia al particular en el lugar que posiblemente ocuparía de resultar vencedor en el juicio, apuntala que el juez deba valorar antes de dictar la medida cautelar, si quiera someramente, la existencia de probabilidades cualificadas de triunfo del solicitante.

Ninguno de los demás requisitos utilizados para la procedencia de las medidas cautelares que hemos estudiado resulta totalmente idóneo para garantizar la efectividad de la medida cautelar.

Realmente, la producción de daños irreparables o de difícil reparación por la ejecución del acto administrativo impugnado y la lesión a los intereses generales son criterios excesivamente discrecionales. Los alegatos de nulidad absoluta, o bien motiva a que los accionantes obtengan, con un simple argumento, un provecho injusto frente a la Administración, o bien deja a tal supuesto, al exigirse que sea manifiesta la nulidad radical que afecta al acto impugnado, para situaciones prácticamente inexistentes. Ninguno de los requisitos indicados, en fin, impiden los efectos perversos del proceso, al no permitir que el juez determine cuál parte debe sufrir las consecuencias de su inevitable duración. Es más, como se ha expuesto, su aplicación en muchos casos no sólo atenta contra los derechos de los particulares accionantes -porque cierran mucho las posibilidades de obtener una medida cautelar que contrarreste el privilegio de autotutela administrativa- sino también en más de una ocasión perjudica a los intereses generales, al hacer obligatorio la expedición de medidas preventivas que afectan la ejecución de actos administrativos legales.

Por otra parte -y ésta es una constante en el Derecho Comparado a la que se debe estar atento-, todos los criterios utilizados para legitimar la emisión de medidas cautelares, sea porque así lo dispone la misma ley o por interpretación jurisprudencial, vuelven de una u otra forma a la determinación por el juez del buen derecho del solicitante.

En Alemania, vale advertirse, la opinión dominante sostiene que las acciones manifiestamente inadmisibles no gozan del beneficio de la suspensión automática de los actos administrativos impugnados; algunos, incluso, afirman que los recursos infundados tampoco deben gozar de tales propiedades suspensivas⁷². Por otra parte, y aunque en lo relativo a la orden provisional el artículo 123 de la Ley de los Tribunales Administrativos no hace referencia expresa a la presunción de buen derecho de la pretensión del solicitante, los tribunales, con apoyo de la doctrina, normalmente valoran las “perspectivas fundadas de éxito” de la demanda antes de emitir cualquier mandamiento cautelar de esa naturaleza⁷³.

En Italia, a pesar de que la normativa legal alude sólo a los daños graves e irreparables que se deriven de la ejecución del acto impugnado, es pacífico entender que es necesario, para dictar una medida cautelar contra la Administración, una mínima viabilidad del recurso, vale decir, que éste no aparezca *prima facie* inadmisibile o infundado⁷⁴.

En Francia, el mismo requisito de daños irreparables o de difícil reparación para la suspensión de efectos se ha acompañado, normalmente, con la necesidad de que el recurrente invoque argumentos fundados y capaces de justificar la anulación del acto cuestionado⁷⁵.

Por último, se ha visto que en España el artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 1956, que contempla de forma general la posibilidad de los jueces contencioso-administrativos de suspender los efectos de los actos impugnados, ha sido interpretado jurisprudencialmente, en fallo del Supremo Tribunal de fecha 20 de diciembre de 1990 -y en otros posteriores-, de forma tal que, además de los daños graves por la ejecución del acto impugnado, debe exigirse la apariencia del buen derecho; se ha dicho, concretamente que basta una presunción del derecho que se reclama para la emisión de una medida provisional. También sucede en ese país que muchas de las normativas especiales que acuden a criterios de procedencia de medidas cautelares diferentes siempre vuelven, de algún u otro modo, y de forma poco técnica, a la presunción de buen derecho. Es el caso de las Leyes de Aguas y de Costas, de 1985 y 1988, respectivamente, que disponen como requisito para la emisión de medidas cautelares la lesión al interés general, pero terminan advirtiendo que dicho interés general se menoscaba cuando se incurre en violación de las disposiciones legales -vale decir, cuando el acto es ilegal-. Igual sucede cuando la tutela cautelar depende de la existencia de alegatos de nulidad absoluta, que ha sido interpretado jurisprudencialmente como que la suspensión de efecto, más que por los simple alegatos, depende de que “...aparezcan con absoluta claridad la concurrencia de la alegada nulidad de pleno derecho”^{76, 77}.

72. Cfr. BACIGALUPO, Mariano, “El sistema de tutela cautelar...”, obra citada, página 423.

73. Cfr. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, obra citada, páginas 294 y siguientes.

74. Cfr. FALCON, Giandomenico, “La justicia administrativa en Italia”, en la obra colectiva “La justicia administrativa en el Derecho Comparado”, citada, página 238. También, sobre las providencias cautelares en el contencioso administrativo italiano, véase: CHINCHILLA MARIN, Carmen, “La tutela cautelar...”, obra citada, páginas 103 a la 132; y QUINTANA LOPEZ, Tomás, “Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano”, en Revista Española de Derecho Administrativo Nº 64, Civitas, Madrid, 1989.

75. Cfr. RAMBAUD, Patrick, artículo identificado, en la obra colectiva “La justicia administrativa en el Derecho Comparado”, citada, página 300. También en CHINCHILLA MARIN, Carmen, “La tutela cautelar...”, obra citada, página 92.

76. Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, obra citada, página 73. Quien, a pesar de oponerse rotundamente a la utilización del *fumus boni juris* para la emisión de medidas cautelares en el

Todo lleva a concluir que el *fumus boni juris*, concurrentemente con el *periculum in mora*, son los criterios que deben adoptarse para la emisión de medidas cautelares, incluso -es más, mayormente- cuando una parte de la relación procesal sea la Administración.

Es verdad que al acogerse tales requisitos se operaría un cambio radical en la forma como se han venido desarrollando los procesos contencioso-administrativos. Ese cambio, no obstante, dista mucho de ser negativo.

El que el juez pueda valorar la situación sometida a su conocimiento desde el comienzo del proceso y que, para evitar el peligro de infructuosidad del fallo por el retardo, pueda decidir libremente cuál parte es la que, por sus probabilidades cualificadas de triunfo, disfrutará del derecho controvertido durante todo el juicio y antes de la sentencia, es la mejor manera de impedir que el proceso surta efectos perversos y que los derechos de las partes puedan verse lesionados.

Se corre el riesgo, es cierto, de que al determinarse mediante simple presunciones qué parte debe soportar en desventaja el proceso existirá el peligro constante de que se haya puesto a la parte errada en el goce de ese beneficio. Pero, seguramente, será menor, mucho menor, el número de los procesos en que el juez haya errado al establecer quien debe estar en posición de ventaja durante el proceso, que las injusticias que normalmente ocurren de establecerse, de forma general -y prácticamente inmutable- que una parte siempre está por encima de la otra.

Por otra parte, es muy posible que al ajustarse el proceso dependiendo de las probabilidades de triunfo de las partes, cumpliéndose los vaticinios de García de Enterría, muchos procesos que son instaurados o seguidos de mala fe, en los cuales la parte perdedora en la incidencia cautelar vea claro que no cuenta con argumentos sólidos para continuar en la lucha, cesarán; aliviándose así el número de causas que cursan ante los tribunales contencioso-administrativos. Todo esto es positivo. De ello no hay duda.

No quisiera finalizar estas reflexiones sin hacer referencia a la situación actual en Venezuela sobre esta materia de los requisitos para la emisión de medidas cautelares.

contencioso administrativo, sin embargo, en cuanto a este requisito de los alegatos de nulidad absoluta, termina diciendo que él debería ser operativo cuando el juez aprecie “indicios racionales” de que el acto cuestionado sea nulo de pleno derecho. De manera que, viendo la similitud entre la presunción de buen derecho y tales “indicios racionales”, puede afirmarse que dicho autor -después de todo- pareciera estar de acuerdo con la aplicación del *fumus boni juris*, sólo que limitándolo -como si los vicios de nulidad relativa no acarrearán la anulación de los actos administrativos- a la existencia de vicios de nulidad radical.

77. Vale la pena llamar la atención, en apoyo a la paulatina fuerza que adquiere la valoración del *fumus boni juris* para la emisión de medidas cautelares en el contencioso administrativo -o al menos del estudio sobre las probabilidades de éxito de la demanda-, que a raíz de la reciente reforma en el Derecho colombiano, gracias a la promulgación del Código Contencioso Administrativo, se han cambiado los supuestos de procedencia de las medidas cautelares, concretamente de suspensión de efectos, en los procesos contencioso-administrativos. Tales requisitos son: que el acto impugnado sea manifiestamente contrario a una norma jurídica de jerarquía superior; que la contradicción entre el acto y la norma superior sea de tal manera evidente que baste para apreciarla una simple comprobación o un mero cotejo entre una y otra; y que, además de esa comprobación, para cuando se pida el restablecimiento de la situación infringida, que se demuestre el perjuicio real o potencial que sufrirá el solicitante. Véase, ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, “La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo”, en la obra colectiva “*Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Allan Randolph Brewer-Carias”, citada, página 230.

Encontramos, así, que en el Código de Procedimiento Civil, cuyas disposiciones sobre medidas cautelares, sin mayores reparos de la jurisprudencia y doctrina, se aplican a los procesos contencioso-administrativos, se dispone que las medidas cautelares, sean las tipificadas o cualquier otra resultado de un poder cautelar general, dependen del cumplimiento del *periculum in mora* y del *fumus boni juris*⁷⁸.

El artículo 5º, primer aparte, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, donde se contempla al amparo constitucional como una medida cautelar dentro de los procesos contencioso-administrativos⁷⁹, el criterio para emitir tal medida provisional es la presunción grave de violación de derechos constitucionales por el acto administrativo o la abstención cuestionados. Quizás la receptividad en nuestro medio de esa modalidad del amparo cautelar se deba -a la vez que a la inmediatez con que se decide, con la que no cuentan, lamentable e inexplicablemente, otras medidas preventivas⁸⁰- al hecho de que la procedencia o no de esa peculiar medida preventiva dependa de la presunción de buen derecho -aunque es una presunción exigente, por entrar sólo en juego derechos constitucionales-, sin necesidad del examen de requisitos extraños; incluso sin necesidad de demostrar un *periculum in mora* que -entiendo- consideró el legislador siempre existente al no tener por qué soportar los ciudadanos, ni por un instante, violaciones a sus libertades fundamentales.

En cuanto a la suspensión de efectos de los actos administrativos, contemplada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si bien en dicha disposición se prevé como supuesto legitimador la sola producción de daños irreparables o de difícil reparación -y mientras se produce una reforma legislativa, que ya luce necesaria, a las reglas procesales del contencioso administrativo- queda a la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos adaptar ese requisito a la posibilidad de triunfo del solicitante de la medida cautelar, cuestión que no parece muy complicado de entenderse que los únicos daños que mediante una medida cautelar deben evitarse serán aquellos que una sentencia

78. Esas dos condiciones, el peligro de infructuosidad del fallo y la presunción del buen derecho reclamado, son las razones de fondo para la emisión de medidas cautelares en el proceso civil. De manera que si se traslada al contencioso administrativo esos preceptos necesariamente esas deberían ser las únicas condiciones que determinen la procedencia de la medida cautelar. Sin embargo, reciente jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, al leer el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, donde se prevén las llamadas medidas cautelares innominadas, ha incluido una serie de requisitos extraños para dictar el mandamiento provisional. Situación preocupante y carente de mayor sentido. Sobre la sola utilización de los requisitos contemplados en el artículo 585, véanse las decisiones de 15 de noviembre de 1995, antes citadas. Pero, en relación con decisiones que exigen, además, otras circunstancias, véanse decisiones de 14 de febrero de 1996 y 27 de marzo de 1996, casos: "*Productores Pesqueros Asociados*" y "*Jhonson y Jhonson de Venezuela*".

79. Sobre el proceso de amparo constitucional, y concretamente sobre la naturaleza de los supuestos de ejercicio conjunto del amparo con acciones contencioso-administrativas, véase mi trabajo: CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Análisis Crítico del Amparo Constitucional en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*", en la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República N° 10, Caracas, 1994, páginas 12 a la 171.

80. El problema del retardo en la decisión de medidas cautelares en el contencioso administrativo, y concretamente en el máximo tribunal de esa jurisdicción, se debe, además del colapso en sí por la cantidad de asuntos, a la inexplicable tramitación diferente que se da a cada solicitud de medida cautelar y a la no apertura de cuaderno separado o de medidas para decidir lo incidentes cautelares. Véase mi trabajo, CANOVA GONZALEZ, Antonio, "*Principios modernos...*", obra citada, páginas 136 a la 138. Muestra de lo indicado es que en la Sala Político-Administrativa el tiempo promedio, durante los años 1990 y finales de 1995, para dictar una medida cautelar es de cinco meses; mientras que el lapso, entre que es ejercida la acción y que se pasa el expediente al Magistrado que preparará el proyecto de decisión, es siempre superior a los tres meses.

favorable al actor -para lo cual hay que verificar el *fumus boni juris*- no pueda reparar. Pues, si la sentencia principal es desfavorable, entonces, el acto impugnado no produciría “daños” que deban ser impedidos⁸¹.

La inclusión de este criterio de la concurrencia del *fumus boni juris* y del *periculum in mora*, como regla general, para la emisión de medidas cautelares, y la total comprensión por los jueces de que en sus manos cuentan con un poder amplio que les permitirá evitar efectos perversos del proceso, garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y acercar al proceso al sentido de justicia, hará mucho bien a nuestro contencioso administrativo, nos aproximará al equilibrio necesario entre privilegios de la Administración y garantías de los ciudadanos y nos acercará, al menos en este ámbito, al tan deseado Estado de Derecho.

V. BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Mariano, “*El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991*”, en la Revista de Administración Pública N° 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1992.

BOQUERA OLIVER, José María, “*Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo*”, en Revista de Administración Pública N° 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre 1994.

BREWER-CARIAS, Allan R., “*Nuevas tendencias del contencioso administrativo en Venezuela*”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

CALAMANDREI, Piero, “*Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984.

CALVO ROJAS, Eduardo, “*Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*”, en Revista Española de Derecho Administrativo N° 83, Civitas, Madrid, 1994.

CAMPO CABAL, Juan Manuel, “*Medidas cautelares en el contencioso administrativo*”, Editorial Temis, Bogotá, 1989.

CANOVA GONZALEZ, Antonio, “*Análisis Crítico del Amparo Constitucional en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, en la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República N° 10, Caracas, 1994.

_____, “*El reconocimiento por la Administración de sus actos nulos de pleno derecho*”, en la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República, N° 12, Caracas, 1995

81. Es cierto que es poco técnico englobar en el *periculum in mora* al *fumus boni juris*, más cuando los daños irreparables o de difícil reparación a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no son precisamente el peligro de infructuosidad que debe exigirse para la emisión de medidas cautelares. Sin embargo, y hasta tanto se dicte una nueva legislación sobre los procesos contencioso-administrativos -que deberá necesariamente afrontar este problema-, la propuesta descrita luce como una salida viable para dar cabida a la presunción de buen derecho para dictar medidas cautelares. La argumentación sería, en conclusión, que para determinar la producción de daños de reparación difícil o imposible es necesario, primero, verificar el sentido de la posible sentencia de fondo -vale decir, la presunción del buen derecho reclamado-, ya que sólo deberían evitarse los daños que pudieran crearse con la ejecución de un acto administrativo ilegal y que probablemente, al concluir el proceso, será anulado.

_____, "*Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo*", en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Número 50, Caracas, septiembre de 1996.

CARNELUTTI, Francesco, "*Instituciones de Derecho Procesal Civil*", UTEHA Argentina, 1944.

COCA VITA, Eduardo, "*A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*", en Revista de Administración Pública N° 127, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

CUEVAS GARCIA, María Gabriela, "*Algunos Aspectos del Amparo Constitucional ejercido conjuntamente con el contencioso por abstención*", en la Revista de Derecho Público N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Julio-Diciembre de 1993.

CHINCHILLA MARIN, Carmen, "*La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*", Editorial Civitas, Madrid, 1992.

_____, "*Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo*", en la obra colectiva "*Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*", Editorial Civitas, Madrid, 1992.

_____, "*El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*", en Revista de Administración Pública N° 131, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

DRAGO, Roland, "*Un nuevo Juez Administrativo*", recogido en "*Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer-Carías*", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, "*La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo*", en la obra colectiva "*Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer-Carías*", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

FALCON, Giandomenico, "*La justicia administrativa en Italia*", en la obra colectiva "*La justicia administrativa en el Derecho Comparado*", Editorial Civitas, Madrid, 1993.

FRAGA PITTALUGA, Luis, "*Consideraciones generales sobre la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede jurisdiccional*", en la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República N° 13, Caracas, 1996.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "*La Batalla por las Medidas Cautelares*", Editorial Civitas, Madrid, 1992.

_____, "*Hacia una nueva Justicia Administrativa*", Editorial Civitas, Segunda Edición, 1992.

_____, "*Revolución Francesa y Administración Contemporánea*", Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 1994.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "*Curso de Derecho Administrativo*", Editorial Civitas, Madrid, 1995,

GONZALEZ P., Jesús. "*Derecho Procesal Administrativo*", Instituto de estudios políticos. Madrid. 1957.

_____, "*Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*", Editorial Temis, Bogotá. 1985.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *“La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania”*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

LINARES BENZO, Gustavo, *“El amparo constitucional y las medidas cautelares”*, en la Revista de Derecho Público N° 41, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre de 1991.

_____, *“El carácter subjetivo del procedimiento contencioso administrativo”*, en la obra colectiva en Homenaje a José Muci-Abraham, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994.

LOZANO, Blanca, *“Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987”*, en la obra colectiva *“Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios”*. Editorial Civitas, Madrid, 1992.

ORTIZ ALVAREZ, Luis, *“Jurisprudencia de medidas cautelares”*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *“La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo”*, en Revista Española de Derecho Administrativo N° 49, Civitas, Madrid, 1986.

QUINTANA LOPEZ, Tomás, *“Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano”*, en Revista Española de Derecho Administrativo N° 64, Civitas, Madrid, 1989.

RAMBAUD, Patrick, *“La justicia administrativa en Francia (I): Introducción, organización, medidas cautelares”*, en la obra colectiva *“La justicia administrativa en el Derecho Comparado”*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

RENGEL-ROMBERG, Arístides. *“Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el nuevo código de 1.987)”*. Editorial Arte. Caracas, 1.992.

RODRIGUEZ-POLLEDO VAZQUEZ DE PRADA, Valentín Ricardo, *“La suspensión como medida cautelar en los procesos contencioso-administrativos. Principios: El principio de la apariencia de buen derecho (Fumus Boni Juris). Una valoración provisional como base de una medida provisional”*, en Revista Española de Derecho Administrativo N° 82, Civitas, Madrid, 1994.

RONDON DE SANSO, Hildegard, *“Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”*, en la obra colectiva *“XXII Jornadas J. M. Domínguez Escobar”*, Barquisimeto, 1997.

SANTAMARIA PASTOR, José María, *“Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”*, Revista de Administración Pública N° 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

_____, *“La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel, *“Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español”*, en Revista de Administración Pública N° 129, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

SEVILLA MERINO, Ignacio, *“La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa”*, Editorial Civitas, Sevilla, 1992.

VECINA CIFUENTES, Javier, *“Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional”*, Editorial Colex, Madrid, 1993.

VEDEL, George, *“Derecho Administrativo”*, Editorial Aguilar, Madrid, 1980