

LA JUSTICIA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Marc CARRILLO*

SUMARIO: I. Consideraciones generales: la relevancia de la justicia cautelar como garantía inmediata de los derechos. II. La experiencia del derecho comparado y los nuevos criterios y modalidades de medidas cautelares en España. III. Balance y perspectivas. IV. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES GENERALES: LA RELEVANCIA DE LA JUSTICIA CAUTELAR COMO GARANTÍA INMEDIATA DE LOS DERECHOS

La garantía de los derechos fundamentales de la persona en el Estado democrático descansa en la tutela que ofrezca la jurisdicción ordinaria ante las lesiones que puedan ser objeto tanto de los poderes públicos como las que procedan de particulares. Son los juzgados y tribunales dependientes del Poder Judicial la sede natural de protección de los derechos y para ello es preciso que la legislación procesal que habilita al ciudadano en el acceso a la jurisdicción, establezca fórmulas ágiles hacia su tutela provisional cuando, sin perjuicio de una solución que posteriormente pueda tener efectos de cosa juzgada, existan indicios de buen derecho.

La tutela de los derechos y libertades ante los tribunales ordinarios y el amparo constitucional dependen de la eficacia que ofrezcan al ciudadano las técnicas de justicia cautelar de la legislación procesal. En este sentido,

* Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra; es doctor en derecho por la Universidad de Barcelona, DEA por l'Institut d'Études Politiques de París, ha sido vocal de la Junta Electoral Central de España (1994-1997); es miembro del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, sus líneas de investigación se especializan en el estudio del régimen de los derechos fundamentales, el derecho constitucional europeo así como las autonomías regionales.

es evidente que la garantía de los derechos fundamentales no se agota con la sentencia que resuelve sobre el fondo de la demanda de amparo ordinario. Una primera fase procesal de esta garantía reside en la decisiva importancia que adquieren las medidas cautelares que decida tomar el órgano judicial para preservar provisionalmente el ejercicio de un derecho. La tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial; sin la posibilidad procesal de poder impedir la ejecutividad de un acto administrativo pendiente de resolución judicial, las garantías jurisdiccionales pueden resultar ineficaces. Similar efecto es el que se deduce de la imposibilidad de obligar a la administración a actuar cuando estando impelida para hacerlo hace dejación de sus deberes. Asimismo, ello quiere decir que el régimen jurídico de la justicia cautelar no puede quedar reducido a una sola modalidad; así, junto a la tradicional medida de la suspensión cautelar del acto impugnado es preciso incorporar otras formas de protección que permitan afrontar a través de acciones positivas y de manera más eficaz la inactividad de los poderes públicos.

La experiencia que ofrece la tutela de los derechos y libertades en España pone de manifiesto que en ocasiones, la ineficacia de la tutela cautelar impide que el goce del derecho pueda resultar materialmente efectivo. En efecto, cuando el ciudadano o los grupos sociales en los que se integra (por ejemplo, asociaciones o sindicatos) obtienen una sentencia estimativa de sus pretensiones un año después de haberse producido la lesión respecto de la cual es finalmente es reconocida su existencia, es muy posible que según los casos, la eficacia material de la sentencia sea nula. Un buen ejemplo lo constituyen en este sentido, los decretos reguladores de los servicios mínimos dictados por las diversas autoridades gubernativas ante una convocatoria de huelga que incide sobre los servicios esenciales para la comunidad. En muchas ocasiones, los sindicatos promotores han obtenido sentencias favorables a la impugnación que de dichos decretos habían hecho por su carácter abusivo; es decir, el sindicato recurre al decreto, finalmente y al cabo de un largo tiempo la jurisdicción contencioso administrativa le da la razón pero, obviamente, la huelga ya se realizó en unas condiciones que el contenido expansivo del decreto respecto de las limitaciones subjetivas para su ejercicio había ya desnaturalizado. Otro ejemplo lo constituye en el ámbito del derecho a la vivienda, el control de la calidad de las construcciones de acuerdo con la legislación sectorial que permita, ante flagrantes violaciones de los requisitos de seguridad establecidos por las nor-

mas vigentes, la acción jurisdiccional pueda disponer de instrumentos cautelares que permitan impedir el desarrollo de una obra pública o privada que pueda poner en peligro la integridad de las personas y la seguridad pública. A este supuesto puede añadirse el caso siempre recurrente de la protección del medio ambiente frente a otros derechos como la libertad de empresa o el derecho de propiedad, que ofrece casos en los que la mera suspensión del acto objeto de impugnación puede resultar insuficiente frente a las consecuencias que para la preservación del medio ambiente pueden derivarse de una concepción de la libertad de empresa y del derecho de propiedad sin más límites que aquellos que decida imponer su propio titular. O, en fin, también no se puede dejar de resaltar la positiva incidencia que puede llegar a tener para la protección del derecho a la salud frente al retraso en la atención que pueda derivarse de las listas de espera, la posibilidad de disponer, en casos objetivamente tasados, de una vía judicial de intervención cautelar que excepcionalmente impida la desatención sanitaria resultar lesiva del derecho constitucionalmente garantizado; y sin que, por supuesto, no se tenga que recurrir —en los casos de la sanidad pública— a la posterior vía de la responsabilidad patrimonial de la administración por un funcionamiento normal o anormal del servicio público.

En otro orden de las cuestiones que plantea la justicia cautelar, es preciso señalar que la relevancia y el alcance garantista de la medida cautelar de la suspensión en el procedimiento de amparo ordinario no es equiparable a la que presenta el amparo constitucional. El carácter subsidiario de este último habilita a atribuir mayor importancia a la tutela cautelar que se sustancia ante los tribunales ordinarios, entendidos como la sede natural de la garantía jurisdiccional de los derechos y libertades. Sin embargo, las modificaciones introducidas por la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 tienden a equiparar el significado de la tutela cautelar, otorgando un amplio margen de decisión al juez ordinario sobre la conveniencia de adoptar medidas de esta naturaleza. Sin ningún ánimo de prejuzgar los criterios interpretativos de los jueces y tribunales ordinarios, el transcurso del tiempo permitirá comprobar si se cumple lo que objetivamente ya constituye una involución en la garantía de los derechos fundamentales.

II. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO Y LOS NUEVOS CRITERIOS Y MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES EN ESPAÑA

Con excepción de las medidas inominadas previstas en el artículo 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LECv), la adopción *ad cautelam* de la suspensión del acto o disposición administrativa impugnados, ha sido la única medida cautelar que tradicionalmente ha acogido el ordenamiento jurídico español (Díaz Delgado y Escuin Palop, 1988: 198-199). Ésta ha sido la posición tradicionalmente adoptada en el ordenamiento jurídico español hasta tiempo muy reciente.

No es éste el caso de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, donde se contemplan también medidas complementarias, como es el caso de Francia, donde se han adoptado —entre otras— las medidas cautelares como *referé*, *constat d'urgence* y *surcis à exécution*. La primera tiene por objeto garantizar bienes jurídicos objeto de litigio frente a la lentitud procesal; la segunda ha supuesto para el órgano judicial la práctica de pruebas relativas a una situación de hecho, incluso sin la previa interposición de un recurso contencioso, y la tercera ha sido suspensión del acto impugnado como excepción a la regla general que proclama su ejecutividad (Chapus, 1982). En Alemania, junto a la suspensión se admiten otras medidas cautelares como las denominadas *órdenes provisionales de aseguramiento de un derecho* o las de *regulación de una situación de hecho*, para los supuestos tanto de denegación de la suspensión del acto, como en los suscitados a causa de la inactividad de la administración (Von Oertzen, 1983). Por su parte, el Italia, el ordenamiento jurídico también contempla la aplicación de medidas cautelares propias del derecho civil aplicables con similar finalidad, aunque reducidas en principio al supuesto de la suspensión *ad cautelam*, pues los criterios jurisprudenciales han permitido ampliar el espectro de modalidades de tutela cautelar (Follieri, 1981).

La regulación de la tutela cautelar constituye unos de los capítulos de la reforma introducida por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, que merece especial atención por dos razones: en primer lugar por la pluralidad de medidas que la Ley permite tomar al órgano judicial, dando entrada también a la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas (artículo. 129.1); y en segundo lugar, porque se ha modificado sustancialmente el criterio a emplear por el juez o tribunal para decidir sobre la procedencia de la medida a adoptar, rechazando la regla anterior que mantenía

como regla general la suspensión del acto o disposición impugnados y como excepción su ejecutividad.

1. *La previsión legal de una pluralidad de medidas cautelares*

Las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio (LJCA) se aplican de forma común tanto para el procedimiento contencioso administrativo general (título IV) como para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (título V). Se trata de medidas de diversa naturaleza porque así lo reconoce más o menos explícitamente la Ley al atribuir a los interesados la potestad para “solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Parece evidente que el precepto legal está concebido con el fin de otorgar una amplia flexibilidad a la parte recurrente para instar al órgano judicial, a la adopción de medidas de contenido y alcance diversos que, en función del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que puedan incidir sobre un derecho fundamental eventualmente lesionado, permitan la efectividad futura de la sentencia. Ya no es, por tanto, la suspensión cautelar sobre el acto o disposición impugnados, la única institución procesal puesta a disposición del recurrente para intentar salvaguardar la integridad de sus derechos o intereses legítimos. En este sentido, no hay que olvidar que la posibilidad de adoptar otros tipos de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo no quedaba absolutamente descartada en el pasado, a través de la aplicación supletoria del artículo 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (las medidas cautelares inominadas). Y no es descartable que el régimen de este tipo de medidas haya influido en parte en la configuración de las medidas de hacer y no hacer previstas en los artículos 29 y 30 de la nueva LJCA.

El legislador ha introducido —aunque, ciertamente, de forma genérica— la posibilidad de adoptar medidas cautelares de hacer y de no hacer, en la línea de las propuestas doctrinales y jurisprudenciales realizadas en los últimos años y acorde también con la estela dejada por el derecho comparado sobre esta materia (especialmente, Alemania, Francia e Italia). A este respecto es preciso retener los numerosos trabajos del profesor García de Enterría (1992), concentrados en su estudio acerca de la batalla por las medidas cautelares, con especial referencia a su aplicación en el derecho comunitario europeo y en el proceso contencioso administrativo español, y también las referencias jurisprudenciales que pueden encontrarse en las tantas ve-

ces invocada Sentencia Factortame de 19 de junio de 1990, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades y la influencia que ha podido ejercer en algunas resoluciones de órganos judiciales españoles de la última década.

Las medidas cautelares “de hacer” se plantean en el artículo 136 en relación con el artículo 29 de la LJCA. En esencia consisten en lo siguiente:

cuando la administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la administración el cumplimiento de dicha obligación.

En conexión con lo establecido en este precepto, en la determinación de las pretensiones de las partes, la LJCA establece en el artículo 31.2 que el demandante “podrá pretender el reconocimiento de una situación individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno establecimiento de las mismas, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios...”, lo cual permite o puede permitir la puesta en práctica sobre la administración, de medidas cautelares tanto de hacer como cualesquiera otras en sentido contrario.

El artículo 32.1 se refiere, por su parte, a los supuestos de inactividad administrativa; en este caso “el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas”.

A partir de aquí, y en caso de que la administración no hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones, la ley establece un plazo de tres meses a partir de la pertinente reclamación, para deducir el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la administración.

En su segundo apartado, el artículo 29 también establece que “cuando la administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso administrativo...”, el cual se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en la Ley en el artículo 78.

Pues bien, en ambos supuestos en los que la administración debiendo actuar no lo hace, el artículo 136 establece que se adoptará la medida cautelar que proceda —aunque no especifica en qué puede consistir ésta— salvo que:

a) se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los supuestos descritos;

b) la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En ambos casos, el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada los intereses en conflicto.

No obstante —y es aquí donde aparece la aportación de la nueva LJCA más sustancial— las medidas cautelares que decida poner en acción el órgano judicial “también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso administrativo”. Ello se producirá cuando concurren en el caso circunstancias de especial urgencia. En tal supuesto, el órgano judicial adoptará la medida cautelar que estime pertinente “sin oír a la parte contraria”, sin que el auto de decisión dé lugar a recurso alguno. Ahora bien, en dicho auto el órgano judicial competente convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse en los tres próximos días, en la que se decidirá sobre el levantamiento o modificación de la medida adoptada. Una vez celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto al respecto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales establecidas en la LJCA (artículo 135).

En estos supuestos de especial urgencia, y una vez que el recurrente interponga el recurso contencioso administrativo posterior, deberá incluir en el mismo la petición de la ratificación de la medida cautelar previamente adoptada. Obviamente, de no plantearse dicho recurso quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas con anterioridad, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios causados (artículo 136.2).

Las medidas cautelares de “no hacer” también están previstas en la LJCA (artículo 30), en los siguientes términos: de acuerdo con lo establecido en este precepto, en los supuestos “de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la administración actuante, intimando su cesación”. Por su parte, el artículo 32.2 establece como corolario de este tipo de medida cautelar que: “si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2”.

Si la cesación no se produce, bien porque el requerimiento no se haya formulado o bien porque no haya sido atendido por la administración en los diez días siguientes a su presentación, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

No obstante, y al igual que ocurría en el caso anterior —de acuerdo con los mismos requisitos procesales preceptuados por los artículos 135 y 136 LJCA— en los casos de especial urgencia, también las medidas cautelares de “no hacer” podrán solicitarse antes de la interposición el recurso contencioso administrativo.

Esta diversificación de las formas de tutela cautelar de los derechos fundamentales constituye sin duda un avance de lo postulado en los últimos años la doctrina, a la que habría que añadir una cierta actitud coadyuvante de la jurisprudencia. Este avance se expresa en la línea de *consolidar el concepto de tutela cautelar como expresión indiscutible del contenido esencial del derecho a la tutela judicial*. En este sentido, conviene recordar el significado conceptual de la institución procesal de la medida cautelar como una decisión jurisdiccional, de carácter urgente y provisional, dotada de finalidad instrumental cuya ponderación de bienes en conflicto corresponde al órgano judicial, a fin de conseguir una efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuando de la ejecutividad del acto administrativo puedan devenir efectos irreversibles.

A pesar de los avances de carácter garantista experimentados en la legislación administrativa de los últimos años, las relaciones jurídicas en las que administración actúa revestida de su potestad de *imperium* están presididas por una evidente asimetría entre las partes. De hecho se trata de una característica innata al poder público, como ha puesto de relieve Gomez Ferrer-Morant, (1982: 185).

En este sentido, la promulgación de la Ley 62/78 supuso la introducción de un cambio relevante en esta posición hegemónica de los órganos públicos en su cada vez más amplio ámbito de actuación material. De las innovaciones procesales que la citada ley presentaba en 1978, la medida cautelar consistente en la suspensión del acto o disposición impugnados, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público fue, sin duda, la más relevante con respecto a la regulación prescrita por la antigua LJCA de 1956. Fundamentalmente, por la equiparación procesal que se proporcionó al actor en una materia como es la referida a los derechos fundamentales de la persona. La ubicación del individuo en el Estado o, si se quiere —en términos de la dogmática clásica— su posición frente a los poderes públicos ya no puede estar presidida por una permanente subordinación; la protección de los derechos y libertades en el Estado democrático demanda una concepción mucho más activa de la persona

como sujeto titular de derechos. En este sentido, una configuración más simétrica en las leyes procesales del individuo frente a los poderes públicos es un presupuesto necesario para una tutela más integral del estatus de su libertad.

La suspensión del acto administrativo según el modelo de la LJCA se ha convertido en una técnica cautelar insuficiente en una administración cada vez más expansionista, que responde a patrones jurídico-políticos que, aun conservando las tradicionales formas de tutela cautelar, exigen, no obstante, nuevas modalidades de instrumentos que garanticen los derechos e intereses legítimos de individuos y grupos que concurren con los órganos públicos en los diversos ámbitos de la intervención administrativa. Hoy, la administración pública es contratante, concertadora y prestadora de servicios de forma individualizada y —las más de las veces— en colaboración con entes privados, lo que exige al ordenamiento jurídico-administrativo dotarse de mecanismos que faciliten un nivel de equiparación aceptable entre entes públicos y particulares. Desde la perspectiva del sujeto receptor de la actividad administrativa, es decir, esencialmente, desde el ámbito de los derechos de la persona, el principio de eficacia administrativa no puede ir en detrimento de aquéllos y por esta causa deberá ceder si las garantías procesales son cuestionadas, como ya recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982.

Las medidas cautelares pretenden la obtención de la tutela judicial sobre intereses legítimos cuya salvaguarda se plantea durante el desarrollo del proceso y con anterioridad a una sentencia firme. Presentan una clara dimensión de garantía sobre el contenido de bienes jurídicos al objeto de evitar que la ejecutividad del acto administrativo —aun en la eventualidad de que sea declarado posteriormente nulo— produzca efectos irreversibles.

No hay que olvidar que la teoría general del acto administrativo se ha basado y en la actualidad también se fundamenta en una doble condición: la presunción de validez y en la ejecutoriedad de su contenido. Como muy bien ha expresado Chinchilla Marín (1991:28), no hay que ver en ello un arma arrojadiza que la administración emplee contra la persona sino que aquélla es, precisamente, la forma habitual de actuación de la administración pública para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido encomendados (artículo 103,1 CE) y, más genéricamente, para la defensa del interés público. Sin embargo, el principio de ejecutividad de los actos administrativos no puede concebirse en términos absolutos, sino

más bien como un elemento del entramado institucional del Estado de derecho comprometido con el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de jueces y tribunales. A este respecto, y como es harto sabido, de poco servirá una sentencia estimativa de una pretensión sobre un derecho fundamental si la ejecutividad del acto o disposición impugnados ha diluido cuando no anulado sus hipotéticos benéficos efectos. Las medidas cautelares se plantean, en fin, como un instrumento que debe evitar que la justicia pierda eficacia por causa de la demora y para ello, se han de articular las fórmulas jurídicas más diversas imbuidas de la máxima lógica garantista. El objeto no ha de ser otro que el aseguramiento provisional de bienes, derechos o situaciones jurídicas del contenido más heterogéneo.

No hay duda, pues, que por esta razón cobra gran relevancia el que la nueva LJCA haya incorporado, aunque con carácter muy genérico, formas de tutela cautelar de corte positivo. Tal previsión era una exigencia palpable, si bien no hubiese sido demasiado osado que el legislador concretase algo más el contenido de este tipo de medidas cautelares. Fundamentalmente, porque no hay que descartar que los órganos judiciales competentes sean remisos a ponerlas en práctica si, como es el caso, la ley no especifica en qué puede consistir una medida jurisdiccional que, provisionalmente, está destinada a sustituir a la administración. La importancia del supuesto es innegable puesto que de alguna forma constituye una coyuntural excepción a la división de poderes como en principio define el Estado de derecho. En este sentido, si el legislador hubiese sido algo más concreto a la hora de especificar algunas formas de cautela positiva, quizás hubiese facilitado las dificultades que puede ofrecer una cierta cultura judicial muy apegada a la literalidad de la ley. Porque no se ha de olvidar que el tradicional apego del juez continental a la ley y, en especial, del juez español, que en general es poco beligerante en indagar en las posibilidades interpretativas que la ley pueda eventualmente ofrecer, hace que la inconcreción del legislador pueda producir un efecto enervante para la adopción de medidas cautelares positivas.

A modo de reflexión sobre este particular, puede ser oportuno traer a colación las oportunidades que puede ofrecer el referente alemán de las *órdenes provisionales* a las que se hacía mención en el apartado anterior. Se trata de una modalidad de medida cautelar subsidiaria que puede ser aplicada en todos aquellos supuestos en los que no procede en el proceso principal la anulación

del acto; es decir, en aquellos litigios cuyo objeto no es un acto administrativo de gravamen.

Con respecto a la suspensión cautelar, las órdenes provisionales presentan los siguientes elementos diferenciadores:

a) la carga de la prueba corresponde al solicitante, pues lógicamente es a él a quien incumbe demostrar que su derecho está en peligro, o que el restablecimiento de una situación jurídica resulta necesario;

b) en caso de ser vencido en el proceso principal, el solicitante de una orden provisional soporta un mayor riesgo, que no es otro que la restitución de las prestaciones recibidas durante el periodo de vigencia de la medida;

c) el margen de apreciación del que dispone el juez es más reducido ya que se ha de atener a valorar si concurren los supuestos tasados de orden provisional establecidos por la norma;

d) son diversas las posibilidades de recurso contra una decisión denegatoria;

e) en todo caso, si ello es procedente, la aplicación de la suspensión cautelar es considerada una solución preferente.

Se pueden diferenciar dos tipos de órdenes provisionales:

1. *La orden provisional consistente en el aseguramiento de derechos en peligro*, que tiene por objeto la conservación del *statuo quo* del peticionario, quien debe justificar la titularidad del derecho cuya protección solicita. El auto judicial que las dicta puede ser de contenido negativo, o negativo pero con carácter preventivo; es decir, puede decidir la condena de la administración a omitir una actuación material de limitación o, bien la condena a que la administración omita la emanación de un acto administrativo de gravamen. Su objeto son los derechos subjetivos. La situación de peligro para la integridad del derecho susceptible de tutela cautelar ha de ser objetiva y real; no sometida, por tanto, únicamente al criterio subjetivo del solicitante, ya que, en ocasiones podría resultar unilateral. Sus efectos han de consistir en la efectiva modificación de una situación anterior que impedía el ejercicio del derecho.
2. *La orden provisional consistente en la ordenación de una situación provisional* tiene por objeto la ampliación de los derechos y del ámbito de actuación del recurrente. La administración es impelida a realizar una actividad prestacional que puede consistir en: a) dictar un acto administrativo favorable; b) llevar a cabo una actuación material favorable que

incluya, asimismo, el restablecimiento de una situación jurídica que anteriormente había quedado alterada de forma lesiva para los derechos del recurrente como consecuencia de una actuación ilegal de un órgano de la administración. El peticionario ha de acreditar la existencia de una específica situación de relación jurídica y motivar la procedencia de las medidas provisionales solicitadas. Para que la situación jurídica sea litigiosa, es suficiente que la administración se atribuya derechos que el recurrente discute. Finalmente, entre las posibles medidas a tomar destacan: la imposición o prohibición de una conducta, la fijación al peticionario de un plazo para que formalice la acción principal, o la fijación de una cantidad que pueda dejarse como garantía, etcétera. No obstante, nunca podrán tomarse medidas que estén prohibidas legalmente. Y, por supuesto, su contenido no prejuzga, la cuestión principal.

Parece claro, pues, que las órdenes provisionales en Alemania no sólo presentan un contenido prestacional sino que también pueden ser limitativas, cuando de lo que se trata es de impedir que con una actuación omisiva (aquella que explícitamente no es de gravamen), la administración pueda también lesionar derechos del recurrente.

En otro orden de cosas, no cabe duda que en la toma de decisiones con este tenor provisional, el órgano jurisdiccional competente tiene una amplia capacidad de decisión. Como ha puesto de relieve Bacigalupo (1991: 309 y 310), tanto el *fumus boni iuris* como la inevitable ponderación de los derechos e intereses en presencia son criterios interpretativos empleados con asiduidad por los tribunales germánicos para justificar medidas tan singulares como las que comentamos, que obligan a la administración a actuar en una dirección determinada.

A diferencia de la medida cautelar de la suspensión, en la que su decisión es discrecional pero su contenido es reglado —la suspensión propiamente dicha— en la órdenes provisionales la decisión —como vemos en las dos modalidades reseñadas— está prevista de forma expresa por el ordenamiento; sin embargo, el contenido es discrecional. Y es en este activismo judicial que el legislador alemán ha previsto dónde se dilucida la tutela de los derechos y libertades frente a la acción omisiva de la administración. Aunque, ciertamente, es un activismo controlado ya que salvo excepciones muy contadas, al Tribunal le está vedado anticipar el resultado del proceso principal. Entre estas excepciones cabe incluir aquella en la que la anticipa-

ción por medio de una orden provisional es procedente “cuando el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal” (Bacigalupo (1991: 450).

2. El cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares

La modificación que sobre este aspecto introduce la LJCA es notoria. Como es sabido, la promulgación de la Ley 62/1978 supuso una importante ruptura con el criterio tradicional fijado en la Ley Jurisdiccional de 1956 basado en el principio de ejecutividad del acto administrativo. De acuerdo con el mismo, la suspensión del acto administrativo objeto de un recurso era la excepción mientras que la regla era la presunción de legalidad que le habilitaba para su ejecutividad. La Ley de 1978, invirtió el criterio e, incluso, en materia de orden público estableció con efecto automático directo la suspensión del acto. Posteriormente, este automatismo fue suprimido por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Pues bien la nueva LJCA prescinde del establecimiento de cualquier regla en el sentido vigente hasta ahora que pueda vincular al juez, y remite a la ponderación que el mismo lleve a cabo sobre los intereses en conflicto para determinar la procedencia, tanto de la ejecutividad del acto como, en su caso, la aplicación de la medida cautelar que proceda. El artículo 130 lo expresa en los siguientes términos:

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Probablemente, esta importante modificación incorporada a la LJCA pueda obedecer a los abusos que en su momento dio lugar la regla favorable a la suspensión, en la medida que —especialmente, en los primeros años de vigencia de la Ley 62/1978— constituyó un cierto señuelo para recurrentes más preocupados por dilatar el proceso a través de un auto estimativo sobre la petición de suspensión, que interesados en argumentar de forma solvente la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pero ante esta tendencia —a veces con ribetes patológicos— manifestada en los primeros tiempos, los tribunales superiores de justicia de las comunidades au-

tónomas y, por supuesto, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respondieron con el establecimiento de unos razonables criterios de admisión de recursos, que tendieron a evitar los excesos de recurrentes temerarios. En esencia, entre otros requisitos, estos criterios obligaban a una exposición razonada de los motivos del recurso en cuanto a la afectación lesiva sobre derechos fundamentales, no únicamente en el escrito de demanda sino ya desde el primer momento procesal, es decir, en el escrito de interposición del recurso. Se trataba con ello de impedir un uso instrumental del recurso especial, a través de una simple invocación literal de preceptos constitucionales, carente de las más mínima fundamentación (Carrillo, 1995: 146). El resultado posterior supuso una racionalización del procedimiento en este concreto aspecto.

Pues bien, sean éstas u otras las razones invocadas, lo cierto es que la solución adoptada consistente en remitir únicamente a la ponderación judicial, la decisión última sobre la procedencia de la medida cautelar que convenga aplicar, no es una buena solución. No lo es porque lo que dilucida en este procedimiento es la tutela de los derechos fundamentales de la persona a través de una vía preferente y sumaria, concebida como una garantía jurisdiccional que se proyecta sobre lo que constituye el estatuto de libertad del individuo. Esto significa que el contencioso administrativo entre el recurrente y un poder público, planteado ante el órgano judicial no puede obviar la vigencia del principio *in dubio pro libertatis* como eje vertebrador de toda relación jurídica, especialmente intenso cuando una de las partes es la administración pública.

Obviamente, no se trata de invocar la necesidad de la suspensión automática del acto recurrido ni tampoco una indiscriminada aplicación de la antigua regla prevista en la Ley 62/1978. Más bien, lo que procedería es mantener dicha regla pero con un adecuado equilibrio entre las partes en la aplicación de la carga de la prueba de las respectivas pretensiones, aunque estableciendo un mayor grado de exigencia para la administración pública en su condición de depositaria del interés general. En este contexto, naturalmente el órgano judicial también habría de llevar a cabo la necesaria labor de ponderación de los intereses en conflicto, intereses que deberían ser argumentados con la debida diligencia por ambas partes —y no sólo por la administración— pero con una variante fundamental: si el interés público no queda afectado, la solución más garantista ha de ser la aplicación de la medida cautelar que mejor convenga a la tutela cautelar del derecho.

En sentido contrario, se podrá argumentar que el contenido del artículo 130 de la nueva LJCA no impide un planteamiento como el expuesto. Sin embargo, sin dejar de ser ello cierto, la opción de la Ley 29/1998 no es ésta sino la de otorgar al juez o tribunal competentes el máximo grado de decisión sobre la procedencia de la medida cautelar, carente, por tanto, de cualquier criterio predeterminado que permita impedir la ejecutividad del acto recurrido. En este sentido, el mantenimiento de la regla establecido por la Ley 62/1978, matizado con una adecuada y conjunta aplicación en cada caso, de las reglas del *fumus boni iuris*, *el periculum in mora* y *el interés público* deducible del caso, hubiera sido una solución igual de razonable que la adoptada, pero sin duda mucho más garantista y sensible a la tutela cautelar de derechos fundamentales.

3. Cuestiones sobre procedimiento de la tutela cautelar

De acuerdo con las previsiones de la Ley 29/1998, la ordenación procesal de la medidas cautelares responde a las siguientes reglas:

- La solicitud de una medida cautelar de suspender una disposición general debe efectuarse en el escrito de interposición o en el escrito de demanda; y si la suspensión es decidida, se publicará en el diario oficial con expresa mención a la disposición afectada. Por tanto, si el objeto del recurso es otro, la medida cautelar que proceda podrá solicitarse en cualquier otro momento del procedimiento (artículo 1292).
- La medida cautelar se sustancia en pieza separada del proceso principal, con audiencia de la parte contraria. Si la administración no comparece, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada (artículo 131).
- La vigencia de la medida puede ser hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso. No obstante, podrá ser modificada o revocada si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado (artículo 132). La Ley introduce una serie de prevenciones tendentes a impedir cualquier arbitrariedad que afecte a la vigencia de las medidas cautelares.
- La aplicación de una medida cautelar podrá llevar aparejada una caución o garantía (artículo 133).

4. *La medidas cautelares en la legislación procesal civil*

La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece un régimen de la justicia cautelar especialmente detallado (título VI, artículos 721-746), que pone mayor énfasis en la adopción de medidas cautelares de hacer y no hacer, que ha de proporcionar mayor funcionalidad para la tutela de los derechos y libertades en las relaciones entre particulares.

- En primer lugar, siguiendo el criterio de la anterior y centenaria LECv de 1881, la actual abre la posibilidad a la adopción judicial de las medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial de los derechos.
- Prevé la adopción de una variada gama medidas cautelares específicas a la disposición del órgano judicial (artículo 727), como el embargo preventivo de bienes, la intervención o la administración judicial de bienes productivos; el depósito de cosa mueble, etcétera, y otras como la orden judicial de cesar provisionalmente una actividad, la abstención temporalmente de llevar a cabo una conducta o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, etcétera, que pueden facilitar la reparación provisional de los derechos.
- Establece como criterios el peligro de la mora y la apariencia de buen derecho.

III. BALANCE Y PERSPECTIVAS

La organización procesal de la justicia cautelar que tradicionalmente ha operado en la legislación contencioso administrativa española basada en la suspensión del acto impugnado, resulta en la actualidad una vía insuficiente para la protección cautelar de los derechos y libertades. Ello es así también en cualquier de los órdenes jurisdiccionales en los que se dilucide el contencioso jurídico. La suspensión cautelar, aun siendo una decisión importante, es una vía especialmente limitada en las relaciones jurídicas entre la administración y el particular porque no se puede olvidar que en el Estado social ésta despliega tal nivel de actos administrativos que, tanto por acción como por omisión pueden incidir de forma lesiva sobre los derechos y libertad de la persona, de forma tal que la legislación procesal precisa de generar —además de la suspen-

sión— otras formas que, según los casos, resulten más eficaces para hacer frente a una acción lesiva que proviene en muchas ocasiones de una inacción o una mala administración del poder público. Por esta razón, se hace preciso que la legislación procesal prevea formas ágiles de justicia cautelar adoptadas por los órganos judiciales que, según los casos, obliguen a la administración a actuar en un sentido determinado o bien, por el contrario, le impidan seguir actuando como hasta entonces lo venía haciendo.

La reforma operada en la justicia cautelar a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha supuesto un tímido avance en este sentido, puesto que prevé la posibilidad de que este orden jurisdiccional el juez o el tribunal competentes, puedan adoptar medidas cautelares de hacer o no hacer, si bien sería aconsejable que habida cuenta de la tradición del juez español, especialmente apegado a la letra de la ley, el legislador fuese más preciso en la concreción de algunos tipos de medidas cautelares positivas. A este respecto, la reforma operada a través de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil podría ser una referencia a tener en cuenta.

El régimen de la suspensión cautelar configurado de la nueva LJCA de 1998 constituye una regresión en el nivel de garantía de los derechos fundamentales, porque al atribuir toda la potestad de decisión sobre la procedencia o no de una medida cautelar al órgano judicial, se está rebajando el grado de exigibilidad del principio *pro libertatis* que siempre debe operar en cualquier contencioso en el que dilucide la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, sería preciso que el legislador —sin poner en cuestión la libertad jurisdiccional del juez— introdujese alguna regla que indujese al órgano judicial a través de la medida cautelar de la suspensión, a la preservación del derecho cuestionado si con ello no se lesiona de forma objetiva y sustancial el interés general. Puesto que establecer, como ahora hace la LJCA, que sea el órgano judicial, a través de la debida ponderación de los intereses en conflicto el que, sin más criterio legal, module el *balacing in test*, supone —sin que ello suponga desconfiar del criterio judicial— hacer abstracción de que en materia derechos exigibles ante los poderes públicos, el principio es la preservación cautelar de los mismos si existen indicios de buen derecho o si el retraso en la resolución judicial pueda generar efectos irreversibles.

La protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria no resulta funcional a través de un procedimiento especial como el previsto en el título V de la LJCA. De hecho se trata de una vía escasamente utilizada puesto que en una parte de los derechos ya dispone de un procedi-

miento específico de garantía (a saber: los derechos de reunión y manifestación, el derecho de *habeas habeas*; el derecho de sufragio, etcétera), razón por la cual, resultaría más operativo que la LJCA estableciese un sistema de justicia cautelar común y ágil procesalmente, al cual debería remitirse cualquier causa, mientras que el resto de procedimiento de tutela de los derechos habría de ser el común para todas las causas judiciales.

La justicia cautelar ha de operar con niveles de intensidad diversos en función del grado de exigibilidad jurídica de los derechos y libertades. En los derechos individuales y en los de libertad y participación la inmediatez de la medida cautelar ha de ser más intensa que en aquellos en los que la actividad de prestación de los poderes públicos es más exigible. El juez no puede suplantar la labor de procura asistencial que corresponde, sobre todo, al Parlamento. Ahora bien, si en materia de derechos de prestación existe un respaldo legal para su protección, es aconsejable que, especialmente en las medidas cautelares positivas, los órganos judiciales dispongan de instrumentos que les permita mostrar la necesaria beligerancia para procurar su tutela provisional (por ejemplo, en materia de sanidad o de educación).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, M., “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *Revista de Administración Pública* núm. 128, 1992.
- CARRILLO, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- CHAPUS, R., *Droit du Contentieux Administratif*, París, Montchrestien, 1982.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.
- DÍAZ DELGADO, J. y ESCUIN PALOP, V., “La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988.
- ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d’injonction*, París, Litec, 1990.
- FOLLIERI, E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffrè, 1981.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992.
- GÓMEZ FERRER-MORANT, R., “Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. J., *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993.
- OERTZEN, H. J. VON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. L'Administration publique en République Fédérale d'Allemagne*, París, Economica, 1983.
- PAREJO, L., *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.
- QUINTANA LÓPEZ, T., “Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, 1989.