

NUEVA FUNCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ESPAÑOL

Por

MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA

Profesor Titular Interino de Derecho Administrativo
de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Las medidas cautelares en el seno del contencioso español:* 2.1. Perspectiva histórica. 2.2. El artículo 24 de la Constitución y la tutela cautelar. 2.3. Los requisitos para su otorgamiento.—III. *La ampliación de las medidas cautelares o provisionales:* 3.1. Los avances en materia de suspensión. 3.2. *Numerus apertus* de las medidas cautelares utilizables. En especial, las medidas cautelares positivas.—IV. *Breve referencia de la situación en el Derecho Comparado:* 4.1. Italia. 4.2. Francia.—V. *La tutela cautelar o la maduración de los procesos.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha despertado un intenso interés por el contencioso-administrativo y sus problemas más visibles. Si después de promulgada la Constitución el centro de atención para la doctrina especializada lo constituía la organización territorial del Estado, los derechos fundamentales o la puesta en marcha de organismos constitucionales tan importantes como el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas, parece que ahora el foco de interés se sitúa en cuestiones menos generales y más específicas. Lo que demuestra la relativa madurez del Ordenamiento, y el avance del sistema establecido por la Constitución de 1978. En este contexto, ya no basta con las encendidas declaraciones programáticas, sino que es necesario profundizar en la reflexión científica de problemas técnico-jurídicos que permitan que los derechos fundamentales, columna vertebral de todo el Ordenamiento, queden verdaderamente garantizados. Ahora se exige la lectura e interpretación de la «letra menuda del Ordenamiento». Así, los estudios sobre el contencioso o sobre la parte que académicamente se designa como «parte especial del Derecho Administrativo» han vuelto a coger protagonismo, no por evitar lo sustancial y huir hacia terrenos técnicos que no cuestionan la validez global del sistema, como sucedía en otras épocas, sino, justamente, para perfeccionar lo sustancial del sistema constitucional.

Dentro de los problemas que ofrece el actual contencioso, las medidas cautelares tienen un especial interés porque se muestran como una vía que, correctamente explotada, puede configurarse como una solución realista y eficaz para la crítica situación del contencioso espa-

ñol (1). El alargamiento excesivo y desesperante del proceso, las tácticas procesales —no todas tan ortodoxas como formalmente parecen—, o las dificultades para ejecutar las sentencias y hacer efectivas las cantidades en ellas consignadas, por sólo apuntar tres problemas bastante significativos, aconsejan una línea de trabajo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han comenzado a explorar en orden a procurar una justicia *real y efectiva* en el marco de un Estado social y democrático de Derecho como el español (art. 1.1 CE). Los estudios científicos sobre esta materia han proliferado de forma notoria. Los espléndidos trabajos del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2), las exhaustivas monografías de MUÑOZ MACHADO (3) y CHINCHILLA MARÍN (4) o la gran cantidad de artículos publicados sobre el tema (5) demuestran claramente el interés suscitado por la justicia administrativa y, particularmente, por la tutela cautelar. Por su parte, la jurisprudencia, tanto la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como la nacional, ha dado pasos importantes que van a influenciar sin duda alguna el desarrollo de los procesos a partir de ahora. El famoso asunto *Factortame* (6) y, muy especialmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990 ha propiciado un impulso trascendental en la jurisprudencia nacional, como fácilmente se detecta en los Autos de nuestro Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991, los cuales se insertan ya bajo los auspicios del artículo 24 de la Constitución española, y «reescriben» las disposiciones del Derecho español sobre medidas cautelares.

(1) Vid. J. TORNOS MAS, *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*, en el núm. 122 de esta REVISTA, 1990, págs. 114 y ss.

(2) Tanto los recopilados en el libro *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 2.ª ed., 1992, como su más reciente monografía, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1.ª ed., 1992, se sitúan en la vanguardia jurídico-administrativa y alumbran el camino por donde tendrán que transitar la jurisprudencia (ya lo está haciendo) y el legislador.

(3) *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989.

(4) *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991.

(5) Los artículos publicados últimamente sobre el estado de la cuestión son muy numerosos. La mayoría se caracterizan por ser análisis básicamente jurisprudenciales y de Derecho Comparado. Vid., sólo a título ejemplificativo, T. QUINTANA LÓPEZ, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, en «REDA», núm. 64, 1989, págs. 533-546; J. SUAY RINCÓN, *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, en «REDA», núm. 50, 1986, págs. 265-268, y *La suspensión de la expropiación. El «fumus boni iuris» como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de noviembre de 1990)*, en «REALA», núm. 251, 1991, págs. 659 y ss.; o, en fin, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Suspensión del acto y medidas cautelares (Comentarios al Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990)*, en «PJ», núm. 21, 1991, págs. 145 y ss.

(6) La importancia de este asunto es capital en el desarrollo del Derecho Comunitario y su «espacio jurídico común». Prueba de ello son los numerosos comentarios que ha suscitado (véanse los artículos del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA publicados en los núms. 63, 64 y 67 de la «REDA» y ahora incluidos en su monografía *La batalla por las medidas...*, cit. en la nota 2) o las jornadas de estudios celebradas con motivo del asunto y de las cuales ha dado cuenta el profesor JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ (*De nuevo sobre el asunto «Factortame»*, en «REDA», núm. 66, 1990, págs. 255-257).

Todos estos acontecimientos del máximo relieve jurídico reorientan el sentido del contencioso en dirección al fomento de las virtualidades que anidan en la tutela cautelar como instrumento de mejora de la Administración de Justicia. Asimismo, las reformas legislativas que se avecinan tendrán que tomar buena nota de estos avances para que las nuevas regulaciones permitan al juez utilizar todos los instrumentos necesarios en orden a la *justicia provisional*, que implica una adecuada tutela cautelar, tan importante, quizá, como la justicia definitiva plasmada en la resolución final del asunto, puesto que es la que va a dar sentido a esta última.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SENO DEL CONTENCIOSO ESPAÑOL

2.1. *Perspectiva histórica*

La medida cautelar que se acuerda por el juez o tribunal es, en síntesis, un remedio arbitrado por el Derecho para obviar los riesgos que la excesiva duración de los procesos produce para la efectividad de la decisión final del asunto. El contencioso-administrativo español sólo ha conocido como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo (7). No han habido, pues, otras medidas que permitieran paliar esa lentitud procesal que muy frecuentemente ha redundado en un fraude, en una farsa sin gracia, alejada totalmente del más elemental criterio de justicia.

La *justicia provisional* que proporciona o puede proporcionar la medida cautelar ha sido, en consecuencia, muy insuficiente, sobre todo si se repara en que esa suspensión ha sido interpretada por nuestros Tribunales hasta fechas relativamente recientes muy restringidamente (8). Ello, incluso, a pesar de que la propia Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, contenía los materiales necesarios para hacer una interpretación más flexible y generosa de la suspensión (9). Pero lo cierto es que, salvo contadas excepciones, la suspensión era una institución más académica que forense, una

(7) Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, 1986, *in totum*. También del mismo autor, estudiando las últimas resoluciones del Tribunal Supremo, pueden verse *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)*, en «REDA», núm. 64, 1989, págs. 639-650; *Últimas orientaciones jurisprudenciales sobre suspensión contenciosa de actos administrativos (1988-1989)*, en «PJ», núm. 17, 1990, págs. 179 y ss., y *La suspensión contenciosa del acto administrativo en la jurisprudencia de 1990*, en «AA», núm. 18, 1991, págs. 223 y ss.

(8) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 3.ª ed., 1991, pág. 605; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: Balance y perspectivas*, en el núm. 95 de esta REVISTA, 1981, págs. 115 y ss.; T. FONT Y LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en «REDA», núm. 34, 1982, págs. 477 y ss.

(9) Efectivamente, la exposición de motivos de esta Ley, que es, según el Tribunal Supremo (Auto de 24 de octubre de 1986, entre otros), una auténtica *lección magistral de Derecho*, dice que:

institución que operaba dentro de unos esquemas conceptuales y categorías dogmáticas que la hacía poco menos que «irreal» en la práctica cotidiana de los órganos judiciales (10).

Con la aprobación de la Norma Fundamental, los intereses públicos y los derechos e intereses de los particulares se van a concebir de otra forma. La flexibilización de la suspensión tiene, en este marco, un campo abonado, porque la ejecución del acto no siempre puede ser valorable o resarcible económicamente. Se reinterpreta, entonces, su funcionalidad dentro del contencioso. La doctrina se hizo eco de la fuerza expansiva del artículo 24 de la Carta Magna (11), y, de alguna forma, alumbró el sendero de las posteriores resoluciones jurisdiccionales (12).

2.2. *El artículo 24 de la Constitución y la tutela cautelar*

El artículo 24.1 de la Constitución establece: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.» Por tanto, se garantiza el derecho

«En orden a la suspensión, la ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Al juzgar sobre su procedencia, se debe considerar, 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.»

Lo que era y es un buen elemento para la adecuada interpretación del artículo 122 LJCA. Sin embargo, el antiformalismo o el espiritualismo, tan alabado y repetido cuando se habla de la Ley por nuestros Tribunales, no tuvo en la práctica ninguna consecuencia en materia de suspensión, y hasta fechas recientes el dogma, o más bien subterfugio, de la paralización de la actividad administrativa era un justificante común de muchas denegaciones de suspensión (cfr. F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, en el núm. 115 de esta REVISTA, 1988, págs. 63 y 64).

(10) Como refiere J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (*La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre la suspensión de los actos administrativos*, en el núm. 120 de esta REVISTA, 1989, pág. 281): «La concepción de la suspensión como acto discrecional, implicaba, por lo demás, la idea de excepcionalidad en su "otorgamiento" y, por tanto, en la apreciación de los supuestos de daños "irreparables", de modo que, por esta vía, la suspensión casi se convirtió en una institución irreal, olvidada en la práctica o solicitada sin convicción ni esperanza (...).»

Empero, ya en los años setenta, COSCULLUELA detectó un tímido cambio de rumbo cuando el acto impugnado pertenecía a una determinada categoría: las sanciones de carácter no pecuniario (vid. *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, en «REDA», núm. 1, 1974, pág. 145). Sin embargo, habrá que esperar todavía algunos años más para que la suspensión se desarrolle de una forma distinta y se otorgue más flexiblemente. Será la aprobación de la Constitución de 1978 y el replanteamiento sustancial de las categorías e instituciones de Derecho Público lo que va a propiciar una apertura de esta medida cautelar.

(11) Vid. L. PAREJO ALFONSO, *La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución*, en el núm. 84 de esta REVISTA; *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en «REDA», núm. 49, 1986, o su «Estudio Preliminar» al libro de PARADA VÁZQUEZ *La Administración y los jueces* (Madrid, 1988, pág. 21).

(12) C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., pág. 143.

a la tutela judicial efectiva. Derecho de contenido complejo, que se manifiesta en la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia, de obtener una decisión bien fundada por el juez predeterminado por la Ley, y de ejecutar en un tiempo razonable y de forma adecuada la resolución que el Tribunal dicte (cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/1983, de 13 de abril) (13).

Ocurre que este derecho requiere para que de verdad pueda satisfacer las demandas sociales de justicia que se desarrolle razonablemente. Y aquí la calificación de razonable implica, entre otras cosas, que se pueda obtener una decisión judicial en un tiempo adecuado. Esperar años y años, en una situación de precariedad e incertidumbre, no se ajusta en modo alguno al artículo 24 de la Norma Suprema. Si el tiempo juega un papel de relieve para la prescripción o para la caducidad, es decir, si el tiempo se configura en el Ordenamiento como un factor de «seguridad», mayor papel debe tener en la concesión de justicia. Como se suele decir, *giustizia ritardata, giustizia denegata*. Pero ocurre, también, que la complejidad de los procesos, similar a la complejidad de los asuntos que en ellos se dilucidan, impide obtener una resolución de justicia en un tiempo relativamente corto. Entonces, he aquí un problema que debe resolverse o al menos atenuarse por otra vía: la de las medidas cautelares. Por de pronto, hay que decir sin titubeos que el artículo 24 de la Constitución garantiza una *tutela cautelar*. Una tutela que dé sentido a la resolución que en el futuro puede dictar el juez o tribunal sobre el fondo del asunto. No se trata de pervertir el proceso o prejuzgar el fondo del asunto; recelos que a veces se manifiestan en contra de las medidas cautelares. Se trata, simplemente, de adoptar una medida realista que atenúe una situación que ya comienza a ser insostenible, y que puede suponer, sin exageración, un fraude del Estado de Derecho.

Esta situación, que, con carácter general, es predicable de toda la Administración de Justicia, es todavía más traumática en el contencioso, debido a las exorbitantes potestades de la Administración Pública. El privilegio de la autotutela hace que los actos administrativos se ejecuten a pesar, incluso, de estar viciados de ilegalidad. Por consiguiente, la acumulación de la lentitud de los procesos con las potestades tradicionales de la Administración deben conjugarse con una nueva forma de entender las medidas cautelares. De tal suerte que tales medidas permitan adelantar en parte el control de la ejecutividad de los actos administrativos en los casos más notorios o flagrantes. GARCÍA DE ENTERRÍA lo ha dicho claramente: «Hay que decir resueltamente que el mantenimiento del sistema estricto de decisión previa no puede sostenerse más que al precio de un aumento sustancial del ámbito de las medidas cautelares a disposición del Juez contencioso» (14), ya que son éstas, las medidas cautelares, las

(13) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 2.ª ed., 1989, *in totum*, y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, en «REDA», núm. 33, 1982, págs. 183-208.

(14) *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., pág. 57.

que en el estado de cosas antes descrito van a posibilitar la efectividad de la tutela judicial, las que van a acercar la justicia —valor superior del Ordenamiento jurídico, según el artículo 1.1 CE— a la realidad cotidiana de los juzgados y tribunales; lo que es lo mismo que decir que son ellas las que permitirán un acercamiento de la Administración de Justicia a las demandas del justiciable. Porque si la masificación, desorbitada y kafkiana, de los juzgados, la pesadez de los procesos o la escasez de medios (económicos y personales, incluso) de la Administración de Justicia no permiten albergar muchas esperanzas para agilizar el proceso y obtener una resolución bien fundada en un tiempo corto (15), es evidente que hay que arbitrar alguna solución que ofrezca una salida (o posible salida) al impresionante retraso judicial, y ésta podría ser explorar la vía de las medidas cautelares.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la nueva funcionalidad que deben tener las medidas cautelares en el marco de la tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24 de la Carta Magna. El importante Auto de 20 de diciembre de 1990, cuyo ponente fue el profesor Francisco GONZÁLEZ NAVARRO (16), supone un aldabonazo claro en favor de las medidas cautelares en el seno del contencioso-administrativo. Este Auto declara por primera vez un *derecho a la tutela cautelar*, el cual, dice, está inserto dentro de ese derecho de contenido complejo que garantiza el artículo 24 de la Constitución, y que es el de la tutela judicial efectiva.

La resolución dice:

«(...) Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del *derecho a una tutela judicial efectiva* en la propia Constitución (art. 24), derecho que *implica*, entre otras cosas, el *derecho a una tutela cautelar*. Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de vali-

(15) Véase sobre la situación el libro de R. MARTÍN MATEO, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, INAP, Madrid, 1989. Este libro, que se enmarca en la Sociología del Derecho, superando estrechos resabios de especialismo, tan proclives como limitadores, no tranquiliza ni a los espíritus más templados: por regla general, hay más asuntos pendientes a final de año que al principio; el promedio de duración de un recurso, en sus dos instancias, es de cuatro años; los magistrados trabajan excesivamente y con escasez de medios, etc.

(16) Lógicamente, un Auto de tanta importancia no podía pasar desapercibido para los comentaristas. Por ello los comentarios elogiosos no han tardado en salir a la luz pública. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del «fumus boni iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en «REDA», núm. 69, 1991, págs. 65 y ss.; y J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Suspensión del acto y medidas cautelares (Comentarios al Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990)*, loc. cit., págs. 145 y ss.

dez de los actos de la Administración, vienen impuestas hoy por ese principio general del Derecho Comunitario a que aluden las Conclusiones 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.*»

Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, en el orden de los principios generales, es capital la afirmación de que el derecho a la tutela judicial efectiva implica un derecho a la tutela cautelar. Porque esto despeja cualquier duda sobre esa nueva funcionalidad de las medidas cautelares, la cual no reposa en el criterio más o menos certero del juez, criterio discrecional y no reglado que permitía o podía permitir el acuerdo o la denegación de las medidas sin mayor justificación. La afirmación del Auto de que existe implícito en el artículo 24 CE un derecho a la tutela cautelar supone que hay un *verdadero derecho fundamental* y, por ende, un deber de acordar dicha medida para asegurar la plena efectividad de las Sentencias (17).

Hay que destacar, además, que el referido Auto del Tribunal Supremo no se limita a recurrir a las, por lo demás, excelentes Conclusiones del Abogado General en el asunto *Factortame*, o a afirmar genéricamente la necesidad de acordar medidas cautelares, sino que, bajando de las alturas de los principios a la farragosa tierra del Derecho positivo, agota más su argumentación, y dice:

«(...) una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo nacional permite descubrir, cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del Derecho Comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos —que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano— permite hacer patente.»

Por consiguiente, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución, toda una serie de normas aisladas y dispersas deben ser conectadas e interpretadas desde «esa atalaya» que es el artículo 24 de la Norma Suprema. El artículo 24 es, como diría ZIPPELIUS, el *contexto* necesario de todas esas normas, las cuales deben ser interpretadas y aplicadas, justamente, en clave de tutela cautelar. Y esto es así porque, en expresión del citado Auto, el derecho contenido en el artículo 24 CE

(17) *La nueva doctrina del Tribunal Supremo...*, loc. cit., pág. 75.

ha venido a establecer una *nueva matriz teórica*. Es decir, un nuevo parámetro de valoración de esas mismas normas, un nuevo soporte que guía el desarrollo de toda argumentación sobre medidas cautelares. Lo que significa que «*se hace patente lo que antes (...) no se alcanzaba a ver*». «*La nueva matriz teórica —prosigue el Auto— tiene expresión en el propio texto constitucional y se llama tutela judicial efectiva. El derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace entonces manifiesto, y lo que era en principio latente se hace patente a todos*».

Luego, esa nueva «matriz teórica» exige un nuevo papel de las medidas cautelares. Papel que deberá estar definido, lógicamente, por la apariencia de buen derecho, por la protección efectiva de las pretensiones de las partes, más que por la tradicional cláusula de evitar perjuicios irreparables. Tal definición la deberá realizar en sus aspectos técnicos el legislador cuando afronte la reforma o sustitución de la Ley Jurisdiccional de 1956. Pero hasta tanto esa esperada reforma no se lleve a cabo se impone una reinterpretación de los preceptos de la Ley y, muy especialmente, del artículo 122 de la misma. Asimismo, la nueva matriz teórica no sólo se puede aplicar al referido artículo 122, sino que se debe aplicar a otros preceptos del Derecho positivo que posibiliten un ajuste del proceso contencioso-administrativo a la Constitución, hasta que no se aborde la reforma del mismo. El tan repetido Auto de 20 de diciembre de 1990 se encarga, incluso, de particularizar. Alude al artículo 56 de la LOTC, al 72 de la LPA o al 1428 de la LEC, según la redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 1984. Preceptos que proporcionan los materiales para dar mayor flexibilidad al artículo 122 de la Ley Jurisdiccional.

Evidentemente, esta nueva línea de actuación en orden a la justicia no puede ni debe implicar un desenfoque del fondo del asunto y tomar la parte por el todo o exacerbar la funcionalidad de las medidas cautelares hasta límites sencillamente absurdos. No puede utilizarse la medida cautelar como un pretexto fácil, de explícito apoyo constitucional, para el entorpecimiento del asunto de fondo, sino que tiene que instrumentarse hacia la eficacia de la decisión final. El correcto enfoque de las medidas cautelares implica, por de pronto, dos cosas: 1.^a) que hay un auténtico derecho a la tutela cautelar en los términos antes expresados; 2.^a) que ese derecho tiene que ser tal. Esto es, no caben meras expectativas o imaginables daños, sino *apariencia de buen derecho*. Pero apariencia sería y consistente. Y esto último nos remite a los presupuestos o requisitos para poner en marcha el mecanismo del artículo 24 CE, que pasamos a ver seguidamente.

2.3. *Los requisitos para su otorgamiento*

La doctrina especializada suele exigir cuatro requisitos para poder acordar alguna medida cautelar: el *periculum in mora*, el *fumus boni*

iuris, la fianza y la pendencia de un proceso principal (18), si bien los fundamentales son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* (19).

Para el correcto ejercicio del derecho a la tutela cautelar es preciso, pues, la averiguación de una serie de extremos que, en principio, van a garantizar el buen uso de las distintas medidas cautelares que el órgano jurisdiccional puede acordar (o, en su caso, la misma Administración, *ex* artículo 72 LPA) (20). La comprobación del peligro, riesgo o daño que puede implicar para las partes el alargamiento del proceso, o la apariencia de buen derecho (*fumus*), se erigen en presupuestos fundamentales para acordar medidas cautelares. Hasta ahora ha tenido preponderancia el *periculum in mora* (21), pero a raíz de la nueva orientación que ha tomado la jurisprudencia es claro el protagonismo que debe tener el *fumus boni iuris* (22) como criterio para determinar el acuerdo de medidas cautelares.

En nuestro Derecho positivo, el *periculum in mora* aparece reconocido en los artículos 116 LPA y 122 LJCA cuando se alude a daños de imposible o difícil reparación como parámetro para acordar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo. Lo que implica que cuando se estime que pueda producirse un daño que haga irrelevante la decisión que sobre el fondo se adopte en el futuro hay que acordar la suspensión. Como dice CHINCHILLA MARÍN, si no existe ese peligro que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure, no hay medidas cautelares (23).

(18) Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., págs. 41 y ss.

(19) C. CHINCHILLA MARÍN, *ibidem*, pág. 49.

(20) El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («Diario Oficial de las Cortes Generales», Serie A, de 4 de marzo) dice: «Artículo 70. 1. Iniciado el procedimiento el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. 2. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.»

Y en el artículo 109.3 dispone: «Al dictar acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la solución impugnada.»

(21) Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Suspensión del acto y medidas cautelares...*, loc. cit., pág. 145.

(22) Ya los Tribunales comienzan a tomar en consideración de una manera más o menos clara este requisito. Por ejemplo, los Autos del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 y de 10 de julio de 1991, comentados ambos por E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La batalla por las medidas cautelares...*, loc. cit., págs. 189 y ss. y 235 y ss., respectivamente), o el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de noviembre de 1990, comentado por J. SUAY RINCÓN (*La suspensión de la expropiación...*, loc. cit., págs. 659 y ss.), utilizan este criterio para acordar la medida cautelar.

(23) *La justicia cautelar en la nueva...*, op. cit., pág. 42. Además afirma que: «La medida cautelar exige, por ello, como puso de relieve CALAMANDREI, un preventivo cálculo de probabilidad sobre el *periculum in mora* que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad que es el que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales (*fumus boni iuris*).» Por tanto, el juez deberá valorar esos daños que se pretenden evitar y, subsiguientemente, acordar o denegar la medida, siempre que se detecte la consistencia de la apariencia del buen derecho.

En este sentido, las Conclusiones del Abogado General Giuseppe TESAURO en el asunto *Factortame* también dejan meridianamente clara la exigencia del *periculum* para el otorgamiento de la medida cautelar (24). Los daños que el recurrente invoque para la adopción de medidas cautelares deben ser, por otro lado, probados y objetivables. Podrá ser un daño futuro e incierto, incluso eventual, tener carácter material o moral, pero en ningún caso podrán ser meras suposiciones o temores infundados (25). En la valoración de tales daños, las *máximas de experiencia*, que no son otra cosa que definiciones o juicios hipotéticos de carácter general desligados de los hechos concretos, pero procedentes de la propia experiencia del juez, jugarán un importante papel (26).

Además del *periculum*, es un presupuesto o requisito fundamental, para el otorgamiento de la medida cautelar, la apariencia del buen derecho o, en la fórmula latina, *fumus boni iuris* (27). Debe haber, entonces, una valoración positiva, jurídicamente aceptable, de la posición del solicitante de la medida. Es una estimación *prima facie* del derecho del recurrente que no prejuzga el fondo del asunto. Y cuando resulta evidente, en una valoración rápida y no pormenorizada, de que el recurrente tiene derecho, se otorga la medida cautelar (Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990) (28).

En la determinación inmediata, provisional o rápida de la apariencia de buen derecho el órgano judicial debe dilucidar si se produce un daño o perjuicio para la parte, que en principio parece que no está en una situación de franca y clara ilegalidad (Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990). El humo u olor de buen derecho no es, por consiguiente, un índice absoluto de razón, sino uno que aconseja tomar determinadas medidas provisionales para que la lentitud del proceso no produzca daños irreparables a quien efectivamente, según la resolución final, tenga derecho.

Se ve con claridad que la necesidad de acordar las citadas medidas provisionales tiene un respaldo diáfano en el artículo 24 CE. La efectividad de la tutela en el actual estado de la Administración de Justicia es

(24) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*, en «REDA», núm. 67, 1990, págs. 411 y 414.

(25) C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., pág. 43.

(26) Sobre el concepto de máximas de experiencia, vid. STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, pág. 21.

(27) Así lo dejan claro también las Conclusiones de TESAURO; vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Sentencia Factortame...*, loc. cit., pág. 411.

(28) Es una apariencia, insisto, lo suficientemente consistente para otorgar en el proceso cautelar la protección provisional solicitada con relación a este derecho. Hay, como antes se puso de relieve, un juicio de probabilidad y verosimilitud (C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., pág. 45), juicio que no va a determinar la ulterior decisión del Tribunal. Por esta razón no se puede realizar un estudio sosegado y minucioso del asunto, el cual quedará demorado para la formación de la decisión final. El proceso cautelar es por su propia naturaleza rápido, ágil y, sobre todo, provisional, más cerca de la síntesis que del análisis.

francamente difícil de conseguir. Esto es una realidad que, por evidente y notoria, ruboriza mencionarla por escrito. En ocasiones se obtiene una sentencia después de cuatro, cinco o más años de iniciado el proceso, y se da la paradójica y dramática circunstancia que tal declaración no tiene ningún sentido. El justiciable se encuentra en una situación esperpéntica muy similar a la de un personaje de VALLE INCLÁN que obtiene un premio en la lotería cuando ya ha fallecido. Es, simplemente, la deformación de cualquier idea o criterio de justicia, por barroco y decadente que éste sea. Porque una vez que el acto administrativo ha sido ejecutado resulta a veces imposible volver a la situación inicial. Esta es la situación generada por el privilegio de autotutela, que hace que un proceso contencioso sin medidas cautelares sea un instrumento más cercano a la injusticia o al formalismo vacío y sin sentido que a la justicia material, valor, dice la Constitución, de nuestro Ordenamiento (29).

Por tanto, la apreciación del *fumus* es coherente con el espíritu del artículo 24 de la Norma Fundamental. El juez detecta que hay legitimidad en la posición del demandante, que su situación no es, como se ha dicho, de abierta ilegalidad, y acuerda la medida cautelar que proceda, sin que prejuzgue el fondo del asunto. Esta apreciación, sin embargo, para que realmente se inserte dentro del principio de tutela cautelar debe tener en cuenta las respectivas posiciones de las partes. Para lo cual es preciso el conocimiento de las pretensiones de las mismas. Por eso, a veces, el *fumus* sólo puede apreciarse en el momento de la formalización de la demanda, ya que antes el Tribunal no tiene todavía los suficientes elementos de juicio para acordar la medida cautelar. En otros casos, por el contrario, puede adoptarse la medida cautelar en el inicio mismo del proceso (30). Aquí, por tanto, no puede determinarse

(29) Es bien sabido que la masificación de recursos ha producido un colapso de los Tribunales en España. Al parecer, el aumento del intervencionismo administrativo propio de todo Estado social, la mayor (¿mayor?) conciencia de los derechos por parte de los ciudadanos, la mayor confianza en la Justicia y la complejidad técnica de los asuntos en las sociedades posindustriales ha derivado hacia una jurisdicción de masas. Y ante estos hechos, conocidos por todos, la reforma sustancial de la justicia se ha convertido en «una asignatura pendiente» del Estado de Derecho que es España. Un Estado que se califica de Derecho sin jueces y procesos eficaces no merece tal designación. Será otra cosa más o menos parecida, pero no un Estado de Derecho. Por ello, para garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, es necesario *podar* abiertamente el árbol de los procesos, quitarles trámites o fases inútiles, unificar, normalizar y racionalizar. Esto, que es una proclama habitual de los profesores de Derecho Procesal, de los Abogados y sus Decanos e, incluso, de los justiciables, debe ir acompañado de un elenco de medidas provisionales en poder del juez. Medidas que no sólo sirven para asegurar una justicia provisional, por definición imperfecta, sino, como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en «PJ», núm. 20, 1990, págs. 9-20), para desanimar a deudores de mala fe o litigantes que se escudan en un formalismo pervertido para retardar el proceso y hacer efectiva la resolución. El citado profesor alude a los *référé* franceses, y dice que el condenado en *référé* —normalmente el injusto y no el justo, según la sentencia final— no acude al proceso principal. Lo que elimina procesos abusivos y agiliza la actividad de juzgados y tribunales.

(30) J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación...*, loc. cit., pág. 674.

tajantemente un momento para la estimación del *fumus* u olor de buen derecho.

III. LA AMPLIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES O PROVISIONALES

3.1. *Los avances en materia de suspensión*

Hemos notado ya que en los últimos años el protagonismo de las medidas cautelares es claro. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de los Tribunales, europeos, nacionales y autonómicos, siguen una orientación realista de conferir más y mejor operatividad a la justicia provisional, ínsita en toda medida cautelar. La nueva posición en la materia se detecta sobre todo con relación con la única medida cautelar que el Derecho Positivo español tiene por el momento con respecto al contencioso, y que es, como resulta conocido, la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.

Hasta la Ley Jurisdiccional de 1956 sólo se admitía la suspensión de los actos siempre que la ejecución de éstos produjera daños absolutamente irreparables. La jurisprudencia de la época fue configurando una doctrina según la cual sólo los actos que produjeran perjuicios irreparables podían ser paralizados o suspendidos. De forma que se afirmó sin ambages el carácter ejecutivo de los actos administrativos (31), y se establecieron los requisitos —bastante rígidos, por cierto— que permitían la suspensión (32). Con la entrada en vigor de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 la situación, al menos en teoría, cambia, porque de la lectura del artículo 122 parece que se desprende que se suprime la absoluta discrecionalidad del Tribunal en orden a denegar o conceder la medida suspensiva (33). Sin embargo, en ésta, como en tantas otras materias, el Derecho Positivo decía una cosa y los Tribunales decían que éste decía lo que los seculares dogmas de la ejecutividad y prerrogativas administrativas permitían decir. Así que durante más de veinte años la suspensión de la ejecutividad era en la práctica, como se señaló anteriormente, casi desconocida, y habrá que esperar a la década de los ochenta para encontrar un cambio de rumbo verdaderamente significativo en la jurisprudencia (34).

(31) Cfr. SSTS de 14 de marzo de 1901 y 27 de mayo de 1905, y, entre otros Autos del TS, los de 15 de enero de 1931 y 14 de enero de 1936.

(32) Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo...*, op. cit., págs. 92-97.

(33) J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *ibidem*, pág. 96.

(34) El estado de congelación de la suspensión durante tanto tiempo no sólo era consecuencia del sacrosanto principio de ejecutividad del acto, sino de configurar la medida suspensiva como una medida discrecional, y no obligada, para la Administración o para el Juzgador (Auto del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1969). Además, se entendía que siempre que el daño fuera susceptible de valoración y reparación económica procedía la ejecución, idea que partía de otro dogma, cual es la solvencia permanente de la Administración Pública (Autos del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1970, 23 de junio de 1972 ó 6 de mayo de 1977, entre otros muchos). Con esta doctrina cualquier

En los años ochenta es cuando, en efecto, se reorienta el significado jurídico de la suspensión de los actos administrativos. Es en este momento, claro, cuando la *vis expansiva* de los derechos fundamentales y las libertades públicas, pilares de todo el Ordenamiento, comienza a influenciar determinadamente la nueva interpretación jurisprudencial del sentido y alcance de la suspensión. La reinterpretación de los intereses públicos y su armónica conjugación con los privados era y es una tarea fundamental para la «buena salud» del nuevo Estado, que no por causalidad se califica de social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Y es precisamente esta circunstancia la que va a determinar que una serie de supuestos lleven aparejada la suspensión de la ejecución del acto administrativo si no se quiere que la posición del ciudadano —que no súbdito— quede absolutamente debilitada cuando se relaciona con la Administración Pública.

En la doctrina administrativa, las voces que abogan por una reinterpretación de los intereses públicos no se han dejado de escuchar (35). La toma como punto de referencia de la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956 constituye ya un lugar común, y el Tribunal Supremo también la tiene en cuenta en esta nueva dimensión interpretativa de los intereses públicos. En definitiva, el mayor margen de acción para acordar la suspensión de los actos administrativos es, por fortuna, una realidad que se encamina a ajustar el principio de autotutela a los postulados constitucionales (36), si bien todavía queda mucho camino por recorrer y muchas asperezas que limar, como veremos en su momento (por ejemplo, la doctrina sobre los actos negativos).

Esta esperanzadora «nueva frontera» (utilizando la expresión kennediana, poco jurídica, pero cargada de tintes progresivos para los derechos ciudadanos) supone que en una serie de casos la suspensión se acuerde por el Tribunal sin excesivos problemas, y sin argumentos artificiales destinados a tranquilizar una conciencia jurídica guiada por el dogma de la ejecutividad del acto. En la actual orientación hay, pues, una verdadera «reescritura» del artículo 122 LJCA, la cual flexibiliza dicho precepto y permite extraer nuevas consecuencias en materia de suspensión de los actos administrativos. El Tribunal Supremo, como refiere CHINCHILLA MARÍN (37), adopta ya un criterio favorable a la suspensión cuando se trata de órdenes de demolición, suspensión del ejercicio profesional, cierre de establecimientos abiertos al público, ex-

resquicio para el desarrollo de la suspensión se cerraba, configurándose la medida como algo excepcional o inhabitual.

(35) Vid., *ad exemplum*, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo...*, op. cit., pág. 339; T. FONT I LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos*, loc. cit., págs. 481 y ss.; J. TORNOS MAS, *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentarios a los Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y 4 de abril de 1988)*, en «REDA», núm. 61, 1989, págs. 124-126.

(36) J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)*, loc. cit., págs. 639 y ss.

(37) *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., págs. 144 y ss.

pulsión de extranjeros, desalojos de viviendas y denegaciones de prórrogas de incorporación al servicio militar. En otras ocasiones, en cambio, el Alto Tribunal se muestra más reticente y deniega la suspensión, como sucede con las suspensiones solicitadas en materia urbanística y en las expropiaciones (38). Pero lo que resulta ya evidente es que esta evolución, este avance del instituto de la suspensión, supone que ésta «ya no es algo excepcional o chocante» (Auto del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990), sino una medida cautelar encaminada a materializar el principio de tutela cautelar efectiva de los derechos de los particulares. Por otro lado, estos avances son también visibles en la propia instrumentación jurídica de la medida. La fuerza expansiva de los derechos fundamentales y su carácter de *vinculación más fuerte*, al ser piezas cardinales del sistema constitucional, ha implicado el perfeccionamiento técnico de su propia funcionalidad. Así, es importante destacar el hecho de que la suspensión debe acordarse en el momento justo que permita dar sentido al incidente mismo de suspensión. Por ello hay que congratularse con lo declarado en el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 1990 (39), porque exige que la admisión de la solicitud de suspensión y su tramitación en pieza separada *suspenda automáticamente el acto*. Lo que quiere decir que cuando se esté tramitando el incidente la Administración Pública no puede ejecutar el acto que se pretende suspender, por la misma razón que se aboga por la tutela cautelar; es decir, para dar sentido a la decisión sobre el incidente.

No obstante, esta progresión de la suspensión como medida cautelar no puede llevar a la conclusión de que todo vaya por el camino de la perfección, y es por ello por lo que *hay que abogar resueltamente por la suspensión de los actos administrativos negativos*. Porque aún se detectan viejas reminiscencias de la concepción sacral de las prerrogativas administrativas, las cuales ya no pueden concebirse como privilegios destinados a la «satisfacción del Príncipe», sino como mecanismos técnico-jurídicos para servir a la colectividad (art. 103.1 CE). No es, por tanto, elogiabile la interpretación rígida que del artículo 122 LJCA se hace para denegar la suspensión de los actos administrativos negativos casi por sistema. En este sentido hay que señalar que ya SUAY RINCÓN, hace algunos años (40), destacó la importancia de la suspensión de los actos

(38) Por otra parte, hay otros casos en los que todavía no tiene un criterio firme: retirada de licencias de auto-taxis, liquidaciones tributarias y sanciones.

(39) Comentado también por C. CHINCHILLA MARÍN, *ibidem*, pág. 141.

(40) *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: El Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, cit., págs. 265 y ss.

Lo habitual en la jurisprudencia es ampararse en la literalidad del artículo 122 LJCA para denegar la suspensión. Por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1990 declara que la suspensión de los actos negativos no está prevista en los artículos 122 y ss. de la Ley Jurisdiccional, «por cuanto —dice— ello supondría, a través de la suspensión de la denegación convertir en positivo el citado acto denegatorio, lo cual en modo alguno fue autorizado o pretendido por el legislador que limitó los efectos de la suspensión a los actos de contenido positivo, que, por incidir gravemente en el patrimonio del administrado, causen daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». El argumento se repite casi mecánicamente en otros (cfr. Auto de 14 de abril de 1990).

negativos al comentar una resolución *novedosa* en materia de medidas cautelares. La resolución que el citado autor comentó es sin duda un hito en la evolución de las medidas cautelares, pero, desgraciadamente, sólo es la excepción que confirma la regla, toda vez que todavía no se ha logrado una consolidación jurisprudencial de esta línea de actuación. Sin embargo, es evidente que hay que abordar desde otra perspectiva distinta la interpretación del artículo 122 de la ley jurisdiccional, perspectiva que, a la luz del artículo 24 de la Constitución, no puede circunscribirse, escudarse o parapetarse cómodamente en la literalidad del referido artículo, habida cuenta que la suspensión de un acto administrativo negativo es una medida concorde con los presupuestos definidores de todo Estado de Derecho: cualquier ciudadano tiene unas posiciones jurídicas descritas y amparadas por el Ordenamiento. Son posiciones que marcan un *prius* que está al margen de apreciaciones de la Administración. Con ello no quiere decirse que la decisión administrativa deba ser suplida por la del juez, sino que hay un ámbito definido por el Derecho, y es en ese marco en el cual tiene que desenvolverse el juez en el momento de acordar la suspensión. Dicho en otras palabras: es claro que cuando se tiene derecho a algo y la Administración lo deniega también puede producirse un perjuicio de imposible o difícil reparación, y, en consecuencia, no se puede compartir la interpretación exacerbadamente literalista del artículo 122 LJCA, pues no se ajusta a lo que dispone el artículo 3.1 del Código civil (41) ni tampoco es conforme con esa nueva matriz teórica (Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990) que es el artículo 24 CE, la cual exige remover cualquier obstáculo —y en determinados casos la literalidad pura y simple es un obstáculo— (42) que impida o dificulte la tutela judicial efectiva.

3.2. «Numerus apertus» de las medidas cautelares utilizables. En especial, las medidas cautelares positivas

Se ha observado que el Derecho Positivo vigente, y en concreto el artículo 122 LJCA, es bastante exiguo en cuanto a medidas cautelares se refiere. Sólo la suspensión es utilizable desde esta perspectiva meramen-

(41) Este precepto establece: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»

(42) Hay que reparar en el viejo y tópico adagio de «la letra mata y el espíritu vivifica». Las interpretaciones estrictamente literales suelen llevar al anquilosamiento, a la petrificación del Ordenamiento jurídico. Esto es palmario y ha sido denunciado por las corrientes metodológicas que abogan por una superación del positivismo legalista, que en nuestro país se ha traducido en un práctico positivismo textual. Esta tendencia superadora del reduccionismo interpretativo no es ninguna novedad en los momentos actuales y, por tanto, no tiene sentido escudarse en el texto de una Ley para llegar a soluciones dudosamente concordes con los principios básicos y fundamentadores del Ordenamiento. Vid. sobre el particular el interesante estudio de A. NIETO GARCÍA, *El positivismo jurídico y la Constitución de 1978*, en «REDC», núm. 26, 1989, págs. 9 y ss.

te positivista, la cual debe operar, como se señaló anteriormente, como un eslabón más hacia la plasmación de la tutela judicial. El problema que se plantea en tanto no se reforme la Ley Jurisdiccional de 1956 es el de saber si el límite del artículo 122 de dicha Ley hay que entenderlo como un muro infranqueable que no admite la utilización de otras medidas cautelares y, por ende, limita negativamente al órgano jurisdiccional, o, por el contrario, hay que interpretar conforme a la Constitución el precitado artículo 122 y, consecuentemente, conjugar lo en él dispuesto con otras disposiciones de nuestro Derecho, bajo la luz del artículo 24 de la Norma Constitucional.

Sobre esta cuestión ya hay algunas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que han abierto una nueva senda que promete, en principio, ser más generosa con las medidas cautelares en el seno del contencioso-administrativo español. La nueva línea adoptada por estos Tribunales constituye un hito realmente importante para nuestra justicia administrativa, toda vez que viene a romper los estrechos límites del artículo 122 LJCA en el sentido de atribuir una amplia gama de medidas cautelares al juez que pueden asegurar una justicia provisional, que es el horizonte de toda tutela cautelar, ínsita, como ya se ha dicho invocando la autoridad del Tribunal Supremo (Auto de 20 de diciembre de 1990), en el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el Auto antes citado, el Tribunal Supremo ha acogido sin ningún tipo de problema el principio general del Derecho Comunitario según el cual *la necesidad de un proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón*. Y, partiendo del mismo, ha declarado que debe interpretarse armónicamente todo el Ordenamiento jurídico desde esa *atalaya* que es el artículo 24 de la Constitución en orden a propiciar esa tutela cautelar por el propio Tribunal propugnada. Y declara:

«El artículo 122 de la Ley de Jurisdicción es paralelo al 116 de la Ley de Procedimiento administrativo y éste sólo puede ser entendido correctamente cuando se le pone en conexión con el artículo 72, general para las medidas cautelares, donde se dice que éstas tienen por finalidad "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer".

Por su parte, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dice que se acordará la suspensión de los actos impugnados cuando la ejecución "hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad" (nótese cómo este precepto conecta los perjuicios con incapacidad del fallo que en su día se dicte para hacer efectiva la tutela otorgada).

Y, por último, el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redacción de la Ley de 6 de agosto de 1984, admite la adopción de aquellas medidas cautelares "que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sen-

tencia que en el juicio recayera” (el paralelismo entre este precepto y el antes citado artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo es evidente; y que ello sea así no puede sorprender porque el ordenamiento jurídico es, o al menos debe ser, en conjunto coherente, esto es, inteligible; que en este caso la coherencia existe entre la vía revisora judicial y la vía previa administrativa no parece que pueda discutirse).»

Luego, remacha su argumentación diciendo:

«Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que, contra lo que una estrecha interpretación de aquel artículo 122 de la Ley jurisdiccional parece postular, nuestro Derecho nacional —al margen incluso de su inescusable inserción en el sistema comunitario— alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial).»

El razonamiento es de una pulcritud técnica y una coherencia verdaderamente magistral. Nos dice que el juez tiene ya en el Derecho vigente los materiales necesarios para otorgar la tutela cautelar, para acordar, pues, la medida cautelar que sea necesaria en función de las circunstancias concretas que concurran en el caso. Es decir, no sólo la suspensión del acto u otra insertable en un catálogo cerrado, sino cualquier medida (43), pero es que, además, el Auto, como se indicó antes, viene a configurar las medidas provisionales cautelares desde la nueva perspectiva de derecho-deber, con lo que también viene a poner coto a una arraigada tradición en virtud de la cual la medida estaba en el ámbito de lo discrecional (44). Ya no se puede hablar, propiamente, de discre-

(43) No es de extrañar que los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, II, ob. cit., pág. 606) aseveren con toda claridad: «*El Auto de 20 de diciembre de 1990 deja así claramente perfilada una nueva concepción de las medidas cautelares que va a ayudar a nuestro contencioso a dar el salto hacia adelante que desde hace mucho tiempo se venía considerando imprescindible en este campo concreto, uno de los peor atendidos por la, por lo demás benemérita, LJ (...)*» Pues abre sin el menor temor la puerta para que las medidas cautelares se normalicen de una vez por todas en el contencioso.

(44) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares...*, op. cit., págs. 174 y 175. El autor dice comentando el Auto: «*No hay aquí, pues, algo remitido a la discreción, al buen sentido, a la apreciación singular de cada uno de los órganos judiciales, como hasta ahora se ha venido creyendo. Hay, por el contrario, un mecanismo riguroso de derecho-deber, y no de cualquier derecho, sino de un derecho fundamental, precisamente.*»

cionalidad en el otorgamiento de la medida cautelar. Hay una relación de las normas reguladoras de las mismas con el artículo 24 de la Carta Magna, relación directa y vinculante, pues la tutela cautelar tiene su soporte y justificación última en el mencionado precepto, y en el terreno práctico ello se traduce en que el juez tendrá que adoptar todas las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias «para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere» (art. 1428 de la LEC, según la redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 1984). Dentro de ese amplio elenco de medidas cautelares puede acordarse desde una anotación preventiva de demanda (45) hasta, incluso, una medida positiva, como el otorgamiento del acto administrativo denegado (46). En este último sentido, es obligado destacar el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, pues constituye otro paso importante en el camino hacia la regularización del contencioso a partir del artículo 24 de la Norma Suprema. Este Auto (47) se sitúa sin la menor duda en la vanguardia jurisprudencial al no titubear en otorgar nada menos que una medida positiva consistente en imponer a la Administración una determinada conducta mientras el proceso se sustancia. La medida la otorga el Tribunal al entender que «*el principio de vinculación más fuerte exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales (...), como lo es el referido a la obtención de tutela judicial efectiva*». Significa ello que los límites prefijados en el artículo 122 LJCA quedan superados o removidos, y la adopción de esta medida cautelar tiene su directo fundamento en el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva, que requiere que, en determinadas circunstancias, el juez imponga a la Administración, incluso, un comportamiento positivo. De este elogiado desarrollo jurisprudencial se puede colegir que ya no hay, pues, una limitación de las medidas cautelares. La exigencia constitucional de evitar la ineffectividad de la resolución que sobre el fondo se dicte en el momento posterior requiere una amplia gama de medidas provisionales, un *numerus apertus* que permita la «libertad de configuración judicial» (GARCÍA DE ENTERRÍA) (48) de las específicas medidas.

En otro lugar de la misma monografía dice algo íntimamente relacionado con lo anterior que, a la luz del Auto, debe cambiar: «*Priva en nuestra práctica judicial considerar el otorgamiento de una medida cautelar como una facultad enteramente discrecional del juez, a resolver según una cierta intuición inobjetivable más que conforme a reglas jurídicas objetivas. La motivación de otorgamiento o de denegación (éstas mucho más frecuentes, según es manifiesto) carece ordinariamente del menor desarrollo, incluso de cualquier consistencia (...)*» (pág. 75).

(45) C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., pág. 180.

(46) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares...*, op. cit., pág. 175.

(47) Ha sido objeto de un riguroso análisis por parte de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en «REDA», núm. 71, 1991, *in totum* (ahora también en la monografía *La batalla por las medidas cautelares...*, op. cit., págs. 213-231).

(48) *La batalla por las medidas cautelares...*, op. cit., pág. 222.

Sería recomendable, por tanto, que en la futura reforma del contencioso se adopte un criterio abierto y flexible, similar, si se quiere, al establecido en el artículo 1428 LEC, y que, en consecuencia, el Derecho positivo consagre lo que ya es un éxito que hay que computar en los créditos de la jurisprudencia: la decidida configuración de una tutela cautelar, encaminada a materializar el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva (49).

(49) Tanto los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991 o el más reciente de 10 de julio de 1991 (comentado también por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla de las medidas cautelares...*, op. cit., págs. 233 y ss.) como los del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 y 14 de octubre de 1991 demuestran la enorme importancia de la jurisprudencia en la tarea de ajustar y depurar el Ordenamiento jurídico-administrativo preconstitucional al hacer una interpretación en armonía con la Norma Suprema. A golpe de Autos las lagunas o deficiencias del Ordenamiento se van colmando, y no precisamente de manera arbitraria o temeraria. Si se repasan estos Autos se observa que son resoluciones marcadamente técnicas, coherentes en sus distintas líneas argumentales, fundadas en principios jurídicos expresos y articulados en torno a la cabeza del sistema jurídico que es la Constitución. No hay ningún resquicio que permita la crítica de activismo judicial o arbitrio personal, basado en ocurrencias personales de los jueces. Es aquí donde se ve con claridad, con ejemplos concretos y significativos, cómo la superación de un positivismo *textual* (NIETO) va surtiendo efectos. La acérrima fidelidad a textos preconstitucionales impediría la *reconstrucción de las normas* (así, en mi trabajo «La posición del juez en la aplicación del Derecho», en el libro colectivo *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruselas, 1990, págs. 376 y ss.), la revalorización de las instituciones en el nuevo contexto constitucional, como sucede con la suspensión, y, sobre todo, el protagonismo de los principios generales del Derecho.

Sabido es que en el Derecho Administrativo los principios generales resultan fundamentales (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1.ª ed., 1984, págs. 37 y ss., y J. SUAY RINCÓN, *Principios Generales de Derecho. Derecho Administrativo*, 1992, en prensa) si el operador jurídico no quiere perderse en un colvulso mar de normas sectoriales, dictadas apresuradamente para la resolución de casos concretos y coyunturales. La única forma de manejar con algún éxito esa «legislación motorizada» es, precisamente, con la coherencia o articulación global que permiten los principios generales del Derecho. En el caso presente, vemos cómo ese principio invocado por el Abogado General TESAURO en *Factortame*, que es el de que *la necesidad de un proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón*, y que, según el Tribunal Supremo, en el Auto de 20 de diciembre de 1990 ya estaba latente y escondido en nuestro Derecho, ha permitido extraer una serie de consecuencias de máxima trascendencia para la tutela judicial efectiva: el derecho a la tutela cautelar y la paralela obligación de otorgar una medida cautelar, incluso, de naturaleza positiva, o la necesidad de paliar la excesiva duración del proceso con un adelantamiento del control de la ejecutividad del acto (Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991). No son éstas consecuencias pequeñas, convencionales o inerciales, sino verdaderas conquistas que se han logrado, justamente, por el «matrimonio» de jurisprudencia y principios generales del Derecho.

Por tanto, las nuevas orientaciones jurisprudenciales también admiten otra lectura. Permiten extraer otras enseñanzas que se sitúan en el núcleo mismo del método aplicable al Derecho Administrativo (cfr. sobre el método el trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El método en el Derecho Administrativo*, en el núm. 22 de esta REVISTA, 1957, *in totum*): la relatividad del textualismo, la necesidad de un control de la Administración Pública que exceda el mero legalismo formal, la entrada de los principios generales como normas abiertas (SUAY) que expresan valores de justicia, y que nutren y actualizan a todo el Ordenamiento, incluso al preconstitucional; en definitiva, la clarificación de las posiciones de la Ley, la Jurisprudencia y los Principios Generales del Derecho en un Estado con pluralidad de Ordenamientos, necesitados todos de coherencia, armonía y aplicabilidad eficaz.

IV. BREVE REFERENCIA DE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A medida que España se ha incorporado a otros espacios sociopolíticos por la salida de un régimen autoritario y el advenimiento de otro de libertades, la necesidad de buscar una cierta armonía o, si se prefiere, sintonía con otros Ordenamientos de la órbita occidental se ha hecho más patente (50). Es lógico que la apelación al Derecho Comparado constituya en un primer momento un método para ir descubriendo virtualidades en el propio, antes, tal vez, desapercibibles. Ello, claro está, sin caer en el provincianismo acrítico según el cual se entiende que «todo lo de fuera», por el mero hecho de serlo, es mejor que lo de dentro. Tan falaz es el aislamiento solipsista y endogámico que sólo recurre a lo circunscrito como propio, al pasado y a la costumbre, como la apresurada técnica de la *fotocopiadora* por la cual se reproduce lo foráneo sin tener en cuenta las particularidades de cada país en cuanto a regulaciones jurídicas se refiere. En el tema de las medidas cautelares este acercamiento obedece a dos razones de relieve: en primer lugar, por la evolución que se ha producido y se está produciendo en Estados como Italia o Francia; en segundo término, por la calidad de miembros de la Comunidad Europea y, por tanto, la pertenencia a un espacio jurídico europeo que, al igual que sucede con otras materias (51), cada día se hace más ostensible e influye más en el quehacer jurídico.

4.1. *Italia*

El complejo sistema de justicia administrativa italiano (52) ha evolucionado también hacia una mayor funcionalidad de las medidas cautelares.

(50) La apertura a nuevos espacios y la adopción de criterios ya consolidados en otros Estados democráticos es el desarrollo de la vocación internacionalista que el constituyente de 1978 expresó en la Norma Fundamental. En el mismo Preámbulo se percibe esta orientación («... colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra»), y en los artículos 10.2 y 93 y ss. del citado Texto Supremo queda clara la relevancia de los Tratados y Acuerdos internacionales para el Ordenamiento español (cfr. J. RODRÍGUEZ ZAPATA Y PÉREZ, «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Madrid, 2.^a ed., 1981, págs. 603 y ss.). Por consiguiente, esa vocación internacionalista explicitada en los Tratados y su posición dentro del sistema de fuentes del Derecho no es ya una simple concesión a la galería que para nada influye en el Ordenamiento. Es una vocación sincera y patente que está afectando considerablemente a sectores de nuestro Ordenamiento como el procesal (vid. STC de 12 de julio de 1988) o la misma potestad sancionadora de la Administración Pública (vid. por todos, J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, págs. 199 y ss.), por sólo poner dos ejemplos.

(51) Vid. J. FUENTES, *La unidad europea*, Madrid, 1991, págs. 172 y ss.

(52) Debido a los avatares históricos, se ha configurado un sistema bipolar en el que el juez ordinario conoce de los recursos sobre derechos subjetivos y el juez específicamente administrativo de los recursos sobre intereses legítimos (vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La ejecución de las sentencias en el Derecho italiano: el *giudizio di ottemperanza**, en «REDA», núm. 59, 1988, págs. 428-432).

En un primer momento, al igual que sucediera en España, sólo se permitía acordar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Las Leyes italianas, por su parte, fueron limitando las posibilidades que anidaban en la suspensión y, simultáneamente, la jurisprudencia fue respondiendo y declarando que tales limitaciones contradecían las prescripciones constitucionales (53). Esto ha determinado que la jurisprudencia haya sido la verdadera impulsora de la justicia cautelar, ampliando los estrechos límites que el legislador establecía. Al igual que ha ocurrido con el *giudizio di ottemperanza*, el juicio cautelar es un fruto del buen criterio jurisprudencial (54). De suerte que actualmente hay un proceso cautelar independiente del principal, cuya decisión es apelable y revisable en relación con el cambio de circunstancias, ejecutable y prescriptible (55). Además, la propia suspensión de la ejecutividad del acto se ha desarrollado considerablemente, y ya se admite por la jurisprudencia la suspensión de los actos negativos puros, como, por ejemplo, los casos de denegación de la participación en un concurso para examinarse, para que el paso del tiempo no haga inútil la eventual sentencia estimatoria (56).

Entre estos avances o desarrollos jurisprudenciales hay que destacar la Sentencia de la Corte Constitucional número 190, de 28 de junio de 1985, porque en ella se superan resueltamente los obstáculos para acordar medidas cautelares. Esta importante resolución admite que las medidas establecidas en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil se acuerden también en el proceso administrativo, para asegurar de esta forma una justicia provisional realmente operativa. La Sentencia resolvió un asunto de empleo público sobre la base de los artículos 3 y 113 de la Constitución italiana de 1947, relativos a la igualdad y al control de los actos de la Administración, respectivamente, y tiene una importancia capital porque permite que el juez acuerde nuevas medidas cautelares distintas de la suspensión. Su trascendencia se nota en las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Factortame*, porque en dicha Sentencia se hace referencia al ya mencionado principio de que «la necesidad de un proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para quien la tiene» (57).

En resolución, ha sido la jurisprudencia la que se ha aliado con la justicia cautelar enfrentándose con éxito al legislador. Al igual que ahora acontece en España, los méritos a ella pertenecen, aunque tampoco

(53) Sobre este pulso entre jurisprudencia y legislador italiano, cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., págs. 107 y ss. y bibliografía allí citada.

(54) T. QUINTANA LÓPEZ, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, en «REDA», núm. 64, 1989, págs. 542 y ss.

(55) Vid. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, 3.ª ed., 1991, pág. 679.

(56) Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., págs. 123 y ss.

(57) El origen lo encontramos en CHIOVENDA y CALAMANDREI, si bien su relevancia para las medidas cautelares se debe al último autor citado (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares...*, op. cit., pág. 169).

sería muy aventurado decir que es, justamente, en la sustanciación de los procesos concretos, con sus variados datos y detalles, su lentitud y su complejidad, donde verdaderamente se percibe esa exigencia, y, por tanto, quien mejor capacitado está para realizar todas estas innovaciones es precisamente el sujeto activo: el juez. En cualquier caso, queda todavía la intervención del legislador en orden a formalizar en Derecho Positivo lo ya conquistado por la jurisdicción italiana.

4.2. Francia

Si en Italia han sido los jueces los principales impulsores de la tutela cautelar, poniendo coto a las rígidas y limitadoras tendencias del legislador en la materia, en Francia ha sido el legislador quien ha asumido el protagonismo estableciendo una nueva regulación, más amplia y flexible, de las medidas cautelares o provisionales.

En efecto, en Francia la tutela cautelar se fundamenta en tres institutos: el *référé*, la *constat d'urgence* y la *surcis à exécution*. El *référé* es, salvo alguna excepción que confirma la regla, un proceso autónomo de carácter rápido que permite otorgar justicia en muy corto tiempo en favor de quien tenga una posición de aparente buen derecho (*fumus boni iuris*). La *constat d'urgence* es, por su parte, una medida en virtud de la cual el Presidente del Tribunal puede designar un experto para constatar los hechos que fueran susceptibles de motivar una reclamación ante ellos. Es, pues, una medida puramente instructora que no prejuzga para nada el fondo de la cuestión. Por último, la *surcis à exécution* no es sino la conocida suspensión del acto administrativo, la cual requiere que el acto sea ejecutable, y que concurra el *fumus* y el *periculum in mora*. Este incidente ha sido concebido de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, pues se definió no como un derecho del particular sino como una decisión que estaba dentro del ámbito de discrecionalidad del juez. Empero, no es arriesgado afirmar que tras la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987 (que ha declarado que la suspensión de un acto impugnado cuando se dan las condiciones o circunstancias necesarias para ello es un derecho del particular), la postura jurisprudencial tendrá que cambiar (58).

Lo que sí ha cambiado, y de manera sustancial, es la ordenación de los *référé*. Los Decretos números 88-905 y 88-907, de 2 de septiembre de 1988, han introducido en el contencioso francés una importante modificación, sobre todo en lo relativo a las medidas cautelares (59), que

(58) Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva...*, op. cit., págs. 84-101.

(59) En Francia se ha producido un cambio muy importante para toda la justicia administrativa a raíz de la aprobación de la Ley de 31 de diciembre de 1987 (que entró en vigor el 1 de enero de 1989). Curiosamente, esta Ley no tenía ninguna aspiración de modificar el sistema contencioso-administrativo francés. Respondía más bien a un deseo de agilizar o descongestionar el Consejo de Estado ante la avalancha de asuntos que tenía pendientes. Para ello creó unos nuevos órganos (los tribunales administrativos

supone «el ofrecimiento a los ciudadanos de instrumentos prácticos de defensa fuera del paradigma tradicional del *excés de pouvoir*» (60). En concreto, el Decreto 88-907 ha establecido una nueva redacción del Código de los Tribunales Administrativos (arts. 102 y 103) y ha enriquecido de una manera notoria el elenco de medidas cautelares al establecer:

1.º El *référé expertise* (art. 102), que permite al Presidente del Tribunal administrativo o Tribunal de apelación, o al Magistrado en el que cualquiera de ellos delegue, acordar cualquier medida útil de estimación pericial o de instrucción, al margen de que exista o no decisión administrativa previa, sólo a instancia de parte.

Es un proceso contradictorio que requiere la notificación inmediata al demandado para que éste conteste en un plazo prefijado.

2.º El *référé provision*. Medida que se toma del proceso civil, y que permite la provisión en dinero de toda o parte de la deuda que se reclama desde el inicio del proceso contencioso. Es una medida aneja al proceso principal que evita la incoación de otros procesos que lo único que persiguen es obstaculizar o retrasar el pago de un deudor de mala fe (61).

de apelación), que tienen como función decidir sobre las apelaciones contra las resoluciones que dicten los tribunales administrativos creados en sustitución de los Consejos de Prefectura en 1953 (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., pág. 72). Sin embargo, esta Ley también suscitó un amplio y profundo debate sobre la situación general de la justicia administrativa francesa. En esta polémica las voces no se recataron, y el respeto que hasta ese momento inspiraba la creación del Consejo de Estado, auténtico padre de muchas instituciones jurídico-administrativas, remitió para pasar a una posición mucho más crítica. Así, se calificó al sistema nada menos que de *subdesarrollado*. Se reputó insuficiente la reforma llevada a cabo por la Ley de 1987 y, en consecuencia, se abrió literalmente la veda (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., págs. 78 y 79) para cuestionar a un proceso que durante largo tiempo sirvió de guía y modelo de otros, como el español. Esta censura abierta al sistema produjo una reacción del legislador y del propio Consejo de Estado, y unos meses más tarde de aprobarse la Ley referida anteriormente se inició un proceso que, de momento, ha culminado con la aprobación de unos Decretos que modifican sustancialmente el contencioso-administrativo del vecino país, y que implican, como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA (*Las transformaciones del contencioso-administrativo francés: La reforma radical del sistema de ejecución de sentencias*, en «REDA», núm. 68, 1990, pág. 607), una verdadera revolución.

Las reformas de estos Decretos se han concretado en las medidas cautelares (Decreto de 2 de septiembre de 1988) y en la ejecución de sentencias (Decretos de 15 y 16 de mayo de 1990). Dos notorias lagunas del contencioso tradicional que reorientan el significado del recurso contencioso hacia un nuevo horizonte: la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, y la superación del dogma del «proceso al acto».

(60) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., pág. 162.

(61) Ha sido acogido muy favorablemente por los comentaristas (STIRN), porque se muestra especialmente operativo para evitar procesos superfluos y, consiguientemente, coadyuva a agilizar la justicia administrativa. De momento ha tenido una aplicación positiva en casos de daños o perjuicios derivados de intervenciones quirúrgicas en centros hospitalarios públicos y supuestos análogos.

3.º El *référé general* es una medida abierta, regulada en el artículo 102.2 del Código de los Tribunales Administrativos, y que permite al Presidente del Tribunal o de la Corte de Apelación, o bien al Magistrado en que cualquiera de ellos delegue, ordenar, a instancia de parte, y sin necesidad de decisión administrativa previa, todas aquellas medidas que sean útiles sin causar perjuicios a la cuestión principal, y sin que ocasionen obstáculos a la ejecución de ninguna decisión administrativa.

Se robustece, por tanto, la tutela cautelar por virtud de los procesos rápidos y ágiles, que requieren, como toda medida cautelar, la concurrencia del *fumus* o apariencia de buen derecho. No prejuzgan el fondo del asunto, el cual seguirá su curso en el proceso declarativo correspondiente; y sólo se encaminan, en consecuencia, a la obtención de una justicia provisional, para no agravar el daño que la lentitud de los procesos podría producir en el que finalmente *obtiene la razón*. Es decir, en quien la resolución final declara titular del derecho. No obstante, también desempeñan un papel purificador de todo el engranaje judicial, en la medida que muchos procesos declarativos no tienen lugar cuando ya se tiene la decisión del *référé* (62).

V. LA TUTELA CAUTELAR O LA MADURACIÓN DE LOS PROCESOS

Siempre ha existido una estrecha relación entre Derecho material y Derecho procedimental o adjetivo. La efectividad del Derecho material es directamente proporcional a la eficacia del proceso en el cual se dilucida o define. Sucede que la legislación procesal, en general, no está preordenada para garantizar la eficacia del proceso. Hay una literal esquizofrenia en el árbol de los procesos que conduce no a la eficacia, sino a la confusión, la lentitud y, por ende, a la ineficacia. Esto lo saben muy bien los procesalistas (63), y constituye uno de los más graves atentados al artículo 24 de la Constitución. En el contencioso-administrativo las deficiencias son particularmente evidentes y vienen siendo denunciadas desde hace bastante tiempo por nuestra doctrina más autorizada (64). Las limitaciones que todavía se encuentran en la Ley Jurisdiccional para la legitimación (art. 28), la frustración que para el justiciable produce el sistema de ejecución de sentencias, o, como nos consta en el

(62) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra el abuso de los procesos...*, loc. cit., pág. 12.

(63) L. PIETRO-CASTRO (*Derecho Procesal Civil*, vol. 2.º: *Procesos sumarios y especiales. Ejecución singular*, Madrid, 3.ª ed., 1979; reimpresión de 1985, pág. 21) alude precisamente a esta perturbadora tendencia legislativa de multiplicar procesos cuando lo más razonable, que en este caso es también lo más eficaz, sería establecer muy pocos juicios y luego agregarles las particularidades necesarias para cada caso.

(64) Cfr., *ad exemplum*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., *in totum*; J. TORNOS MAS, *La situación actual del proceso contencioso-administrativo...*, loc. cit., págs. 103 y ss., o J. DELGADO BARRIO, *En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante*, en «AA», núm. 28, 1988, págs. 1613 y ss.

trabajo presente, la reducida operatividad que hasta fechas bien recientes ha tenido la tutela cautelar, no acerca el contencioso a la situación que exige el mandato constitucional del artículo 24.

En este marco, por lo demás evidente a todas luces, la tutela cautelar que ha comenzado a desarrollarse por la vía jurisprudencial debe seguir perfeccionándose hasta alcanzar el nivel que el antedicho mandato constitucional exige, esto es, debe encaminarse hacia una auténtica garantía de las posiciones jurídicas de las partes durante el transcurso del proceso y hacer operativa y válida la resolución judicial final. Vista así, la tutela cautelar se puede entender como una maduración del proceso. Una maduración evolutiva y realista que, consciente de las dificultades endógenas de la Administración de Justicia (65), opta por la vía de una justicia provisional, sin que ésta suponga una desnaturalización del proceso declarativo principal.

Por otra parte, la tutela cautelar se está desarrollando en un contexto de reformas más amplio, y que es el que se orienta a instrumentar el contencioso como un verdadero proceso entre partes, que garantice los derechos e intereses de las mismas, y que, por tanto, no se atiene ya al cómodo dogma del «proceso al acto». Nos encontramos sin duda alguna ante un nuevo horizonte para la justicia administrativa que muy poco tiene que ver con los dogmas preconizados y ensalzados en el Estado liberal. Porque los *derechos fundamentales y las libertades públicas*, que han sido calificados por el Tribunal Constitucional español (Sentencia de 21 de febrero de 1986) como *la esencia misma del régimen constitucional*, son un revulsivo importantísimo para el replanteamiento sustancial del contencioso y para configurarlo como un instrumento de control efectivo del actuar de las Administraciones Públicas (art. 106.1 CE). Ahora, los intereses generales deben ponderarse armónicamente con los derechos del ciudadano y, en consecuencia, la eficacia administrativa no puede convertirse en un pretexto para el socavamiento de los mismos (66). Todo ello tiene una desembocadura natural en el perfeccionamiento de los mecanismos jurídico-procesales, para que el equilibrio, difícil pero necesario, entre el despliegue del poder y el ejercicio de los derechos de los particulares sea una realidad tangible y no una fácil proclama retórica. Y es aquí, justamente, donde la tutela cautelar, como maduración o perfeccionamiento del proceso, puede desempeñar un relevante papel, si bien tampoco conviene exagerarlo.

(65) Utilizo la expresión «Administración de Justicia» para destacar el mayor ámbito de ésta que el del Poder Judicial estricto.

(66) Vid. mi trabajo *Los derechos fundamentales como presupuesto y fin de la actividad administrativa*, 1992 (en prensa).

