

LA TUTELA CAUTELAR DE URGENCIA EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Román J. Duque Corredor

“El régimen constitucional quedaría incompleto, si después de haber sometido la Administración a la ley, no la hubiere sometido a la justicia” (Sarría, “Derecho Administrativo”, Córdoba, 1.950, página 109)

1. Las tutelas jurisdiccionales diferenciadas

A los órganos de administración de justicia además de la función jurisdiccional de conocer de las causas y asuntos de su competencia y de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, que les atribuye el artículo 253 de la vigente Constitución, les está conferida igualmente de manera general, en el artículo 26 de la misma Constitución, la tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas que acudan ante ellos para hacerlos valer y obtener con prontitud la decisión correspondiente. En otras palabras, que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos del Poder Judicial debe bastarse asimismo no solamente para dirimir los conflictos con carácter definitivo, sino también para darle una adecuada y tempestiva protección a los derechos controvertidos. Surge, entonces, dentro de la función jurisdiccional, las llamadas “**tutelas jurisdiccionales diferenciadas**”, distinguiéndose dentro de ellas la **tutela ordinaria**, cuyo rasgo principal es la cognición plena para otorgar la satisfacción requerida y la **tutela diferenciada preventiva**, para el caso de derechos infungibles, que no se satisfacen con resarciciones patrimoniales, sino con la eliminación o neutralización de la frustración que puede producir la secuela del proceso. Dentro de esta tutela jurisdiccional diferenciada preventiva, se reconoce a los jueces la denominada **tutela de urgencia cautelar**, que en los casos en los cuales se reclama ante los órganos del Poder Judicial contra lo ilegal y lo ilícito, tiene como finalidad evitar que la ilegalidad y la ilicitud se vuelva irreparable, por lo que la protección que otorga puede coincidir con los efectos de la decisión de fondo, dado su carácter instrumental y complementario de la tutela jurisdiccional diferenciada ordinaria. Inclusive, dentro de la **tutela jurisdiccional de urgencia cautelar**, se puede hablar de la **tutela**

de urgencia satisfactiva, para aquellos casos en que la pretensión procesal tiene una *probabilidad intensa*, o elevada posibilidad de ser acogida en la sentencia definitiva y, además, *infungible*, es decir, irremplazable, sin posibilidad de que pueda ser sustituida por otra reparación. Por otro lado, la tutela de urgencia respecto de su trámite debe corresponder con su nivel de exigencia temporal, y por tanto, deber resolverse dentro del cauce de un proceso urgente. En otras palabras, que el juez debe resolver sobre la tutela de urgencia sobre la base de una cognición sumaria, con la información inmediata e instantánea, y para completar su característica, la decisión que la otorgue debe ser de ejecución inmediata. Este tipo de tutela de urgencia satisfactiva ha sido reconocido incluso en juicios breves y sumarios, como lo es el proceso de amparo constitucional, en la jurisprudencia constitucional, en los casos que por el trámite de dicho proceso, a pesar de su celeridad y sumariedad, ***“se hace necesario suspender el peligro que se cierne sobre la situación jurídica que se dice infringida o evitar que se pueda continuar violando antes que se dicte el fallo del proceso de amparo; y dentro de un estado de Derecho y de Justicia ante esa necesidad, el juez de amparo puede decretar medidas precautelativas”*** (Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 24 de marzo del año 2.000, Caso “Corporación L’ Hoteles, C.A., Expediente N° 00-436). Inclusive, en estos casos, según la interpretación de la Sala Constitucional no se le pueden exigir al peticionante los requisitos clásicos que para toda medida preventiva exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, con medios de prueba que lo verifiquen, así como tampoco el requisito específico que señala el artículo 588, *eiusdem*, sino que basta la ponderación del juez sobre la urgencia de que se restablezca o repare la situación infringida (Vid, sentencia citada).

2. La tutela de urgencia como potestad propia de la jurisdicción contencioso administrativo

Pues bien, la referida tutela de urgencia, en mi criterio, está reconocida dentro de la competencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa de anulación de los actos administrativos contrarios a derecho y de conocimiento de acciones de condena y de reparación por la responsabilidad de la administración, en el artículo 259, de la actual Constitución, en su **parte final**, cuando se le atribuye a dichos órganos competencia, además de la anterior, para ***“disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas***

lesionadas por la actividad administrativa". Esta norma, de manera específica, y con el apoyo del artículo 26 del Texto Constitucional citado, otorga a la jurisdicción contenciosa administrativa potestad para dispensar la tutela cautelar de urgencia satisfactiva, en los procesos que conozca, dentro de un trámite de urgencia, de cognición sumaria, con fundamento en la información inmediata e instantánea suministrada, sin notificación de la parte afectada, para que la decisión tenga, a su vez, ejecución inmediata. Tutela jurisdiccional ésta diferenciada e independiente de la tutela preventiva a que se contrae el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aún en vigencia, y diferenciada de la tutela cautelar innominada a que se refiere el Parágrafo Primero del artículo 588, del Código de Procedimiento Civil.

3. La tendencia a la extensión de la función jurisdiccional de los órganos contenciosos administrativos como sistema de protección de los derechos ciudadanos

El criterio anteriormente expuesto, se inscribe dentro de la tendencia de extender las potestades judiciales de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa para que al igual que los de la jurisdicción ordinaria puedan juzgar con efectividad y garantizar los efectos de sus decisiones, sobre todo cuando el demandando es un ser privilegiado procesalmente como lo es la administración pública. Además, la plenitud de la función jurisdiccional del contencioso administrativo la impone el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, que no solo implica el acceso a órganos imparciales, independientes y preestablecidos en la ley, sino que su reconocimiento, en los términos contemplados en el artículo 26 de la vigente Constitución, ha de darse en cualesquiera que sea la rama judicial o materia y las personas de las partes. En efecto, dicho derecho es un verdadero derecho a la justicia, es decir, a juzgar y a que se garantice lo juzgado. Ello significa, en consecuencia, que en cada orden de jurisdicción los órganos judiciales estén dotados de una función jurisdiccional plena para que puedan otorgar una tutela judicial efectiva, como lo exige la norma constitucional citada. De no ser así, entonces, en la jurisdicción contenciosa administrativa, el proceso no sería un instrumento fundamental de la justicia, de acuerdo con la finalidad que le atribuye el artículo 257, del citado Texto Constitucional. En concreto, que este orden de jurisdicción para que pueda dispensarse una tutela jurisdiccional efectiva, y para que el derecho a la

justicia no sea una entelequia, además que no debe excluirse de su competencia ninguna pretensión en contra de la Administración, y que han de eliminarse privilegios procesales excesivos, las potestades de sus órganos judiciales deben ser plenas.

La ampliación y extensión de estas potestades están comprendidas en la competencia general atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa, para “ *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”, en la parte final del artículo 259 de la actual Constitución. Esta competencia es similar a la potestad que se confiere a la justicia constitucional, con relación al derecho de amparo, en el artículo 27, **eiusdem**, para “ *restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella*”. Potestad esta que sirve de fundamento a la tutela de urgencia en este orden de jurisdicción, como lo interpretó la Sala Constitucional en la sentencia citada de fecha 24.03.2.000 (Caso “ Corporación L’ Hoteles, C. A.”). En este orden de ideas, la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que la justicia constitucional, es un sistema procesal de protección de los derechos ciudadanos. Es más, sin el reconocimiento de la tutela cautelar de urgencia, dentro de las potestades de los órganos judiciales del orden contencioso administrativo, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 259, antes citado, la competencia de esta jurisdicción especial no alcanzaría la plenitud deseada por el constituyente. Y su sistema procesal no sería un instrumento fundamental para obtener la justicia. En mi criterio, en el artículo mencionado se consagra una norma y los principios para que a través de una jurisprudencia progresiva la justicia contencioso administrativa logre la plenitud de jurisdicción, que conforme al artículo 253, **eiusdem**, corresponde a los órganos del Poder Judicial, sin diferencia alguna respecto de la materia de su competencia y de las condiciones de las partes.

4. La apariencia del buen derecho como motivo suficiente para la procedencia de la tutela cautelar de urgencia en el contencioso administrativo y los dogmas del derecho administrativo

La incapacidad de los sistemas procesales contenciosos administrativos ha preocupado a más de uno, hasta el punto que se duda

que si aún con toda la tendencia jurisprudencial de extender su jurisdicción, existe la tutela judicial cautelar en esta rama judicial. En verdad, la jurisprudencia ha ido admitiendo, no sin dificultad, la procedencia de medidas cautelares distintas a la clásica de suspensión de la ejecución del acto, que es la única que se prevé legislativamente en la justicia contencioso administrativa. Por aplicación supletoria de la potestad cautelar de los órganos de la jurisdicción ordinaria la jurisdicción contencioso administrativa ha permitido tímidamente prohibir algunos efectos de los actos demandados en nulidad, pero sin que se hubiere atrevido a dictar medidas cautelares positivas, como la de autorizar provisionalmente ciertos actos prohibidos por los actos impugnados. También nuestra doctrina jurisprudencial ha tenido reticencia para admitir la procedencia de la medida de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, por la apariencia de un buen derecho de la pretensión, sin que se evidencie la irreparabilidad de los perjuicios derivados de la ejecución de tales actos, por no apartarse de la literalidad del texto del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esto, por cierto, supone la revisión de un dogma del derecho administrativo, como lo es la presunción de legitimidad y de la ejecutoriedad de las decisiones administrativas, que en el caso de actos ablatorios de derechos individuales, da lugar a abusos y arbitrariedades, que de no aceptarse el carácter de protección de los derechos ciudadanos de la jurisdicción contencioso administrativa, en este orden jurisdiccional el derecho a la justicia es una burla y los jueces unos lugartenientes de la administración. Sin embargo, como dice, *DROMI*, que la afirmación de tales presunciones de legitimidad y ejecutoriedad “*no implica la total vigencia del acto dictado, ya que (omissis) en resguardo de los derechos de los administrados y de la propia legalidad objetiva, aparecen las medidas cautelares para evitar el aniquilamiento de los derechos e impedir la perturbación del orden jurídico. La providencia cautelar no desconoce la legalidad, sino que la asegura; tampoco deroga la ejecutoriedad, sino que sólo la posterga a las resultas de un proceso administrativo. Negar la procedencia de la tutela cautelar es negar la posibilidad de que realmente impere la legalidad y que la virtud de la justicia rija, en definitiva, el funcionamiento administrativo*” (“Acto Administrativo”, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1.973, páginas 86 a 88).

En razón de lo expuesto, entonces, la extensión de las potestades judiciales en esta jurisdicción, con fundamento en la parte final del artículo

259, de la vigente Constitución, para que el derecho a la justicia sea efectivo y los jueces verdaderos jueces, ha de permitir analizar en cada caso la situación de hecho concreta, y de decidir en razón de su característica, si esa situación presenta una apariencia de buen derecho, lo cual es suficiente, para que si presenta una apariencia de buen derecho, otorgar la protección solicitada, con el sólido y único fundamento de la parte final del artículo 259, **eiusdem**. De admitirse lo anterior, habremos llegado a esta extensión de la jurisdicción contencioso administrativa; sobre todo cuando la jurisprudencia tome en cuenta la seriedad de la demanda como exigencia suficiente de la tutela cautelar en esta rama de la justicia. Así, entonces, la jurisdicción contenciosa administrativa será en verdad un sistema procesal de protección de los derechos ciudadanos. En este sentido, debe recordarse, la acertada afirmación de *DROMI*, que “*aún en ausencia de disposiciones expresas, los jueces pueden disponer la suspensión del acto administrativo y otras medidas de no innovar, con el propósito de evitar injustos sacrificios a los derechos individuales*” (“Instituciones de derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.973, página 257, número 107)

Finalmente, la cuestión del interés público para acordar o negar la tutela cautelar en el orden contencioso administrativo, que es otra de las verdades de fe en el contencioso administrativo, merece diversas consideraciones. En primer término, para decidir sobre la procedencia de la medida de suspensión debe juzgarse si en verdad dicho interés se satisface o no con la ejecución inmediata del acto. Es decir, si ciertamente el interés público exige la ejecución del acto, valorando en qué medida puede afectarse con la suspensión. En segundo término, si el interés público requiere que el acto se ejecute, no sólo los requisitos de la tutela cautelar deben ser más rigurosos, sino que también el proceso debe terminar rápidamente. Lo que apuntala el proceso oral también para el contencioso administrativo. Por último, el principio que debe orientar esta cuestión ha de ser que si no se evidencia qué perjuicios se causan para el interés público o para terceros, bajo la apariencia de buen derecho la tutela cautelar debe ser la regla general.

¿Será temerario sostener esta postura? Sin embargo, ante la duda, junto con *GUILLERMO SNOPEK*, ante la misma pregunta, prefiero recordar el concepto rústico y popular de la cuarteta de Martín Fierro,

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

*“ Se debe ser más prudente,
cuando el peligro es mayor,
siempre se salva mejor
andando con advertencia ” (Sic).*

Y, así, entonces, concluir estas líneas sobre la tutela cautelar de urgencia en la jurisdicción contenciosa administrativa, con la expresión del autor citado, “ *Más vale prevenir que curar*”, ante la crítica a la extensión de las potestades de los jueces de esta rama judicial (“ *Medidas Cautelares en contra de la Administración Pública*”, Librería Editora Platense, SRL, La Plata. 1.985, páginas 30 y 31).

