

La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo



Manuel Alberto Restrepo Medina*

Recibido: febrero de 2005

Aprobado: junio de 2005

INTRODUCCIÓN

Los efectos negativos que trae consigo la demora en la resolución oportuna de las causas judiciales pueden ser paliados, en parte, mediante la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado, que les devuelva a los asociados la confianza de que el Estado no solamente es capaz de resolver sus conflictos, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir.¹

Así, la tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, a fin de que la sentencia que en su día declare el derecho pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y, de esta forma, se preserve la seguridad jurídica.



* Abogado. Especialista en Legislación Financiera, magíster en Estudios Políticos, magíster en Derecho Administrativo, magíster (DEA) en Derecho Procesal. Profesor principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: marestre@urosario.edu.co

¹ Al respecto véase en el caso colombiano la posición del doctrinante Hernán Fabio López Blanco, expuesta en la ponencia sobre medidas cautelares mercantiles en el derecho colombiano en el XV Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. López Blanco, Hernán Fabio, "Las medidas cautelares. Su regulación en el Código de Comercio de Colombia", en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 662-663.

La tramitación de los procesos que se plantean ante la jurisdicción contencioso administrativa no escapa del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos o intereses de los sujetos procesales, principalmente de los demandantes, por la demora en la resolución de las causas judiciales y, por el contrario, esa eventualidad es más gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por las demás jurisdicciones.

Ello resulta ser así, porque en este tipo de procesos la legislación únicamente reconoce como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la administración que denieguen las solicitudes de los administrados o prohíban el desarrollo de alguna actividad.

Esta situación –generadora de la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva–, para poder ser remediada en forma cabal, no puede ser asumida únicamente desde la perspectiva de los derechos individuales de los accionantes la cual, si bien tiene y merece un reconocimiento propio, se enmarca dentro de un denominador común, que en su conjunto justifica en mayor medida la búsqueda de una solución y que consiste en la preservación de la seguridad jurídica.

De allí que el presente artículo, a partir de la precisión del concepto de seguridad jurídica, establezca su correlación con las medidas cautelares, explique la insuficiencia de las mismas en la jurisdicción contencioso administrativa y proponga una solución que considere los aportes que en tal sentido pueden hacerse desde el derecho comparado.

1. CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

En su libro *La inseguridad jurídica*, Alterini² sostiene que la exigencia de seguridad es propia de la condición humana, vista ella como el saber a qué atenerse, el tener un grado de certeza y estabilidad en una determinada situación generadora de confianza, y que se opone a sensaciones angustiantes de incertidumbre, intranquilidad y falta de protección.



² Alterini, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 15-17.

Esa necesidad de seguridad también se manifiesta en el mundo jurídico, y por ello se habla de la seguridad jurídica cuando la regulación del sistema permite calcular razonablemente las consecuencias de derecho que habrá de tener en el futuro lo que se hace hoy.³ La seguridad jurídica a la cual hace alusión Alterini implica como planos básicos de consideración, la seguridad por medio del derecho, la seguridad como certidumbre del derecho y la seguridad como estabilidad del derecho.

La seguridad por medio del derecho consiste en la garantía dada por el ordenamiento jurídico de la protección de los derechos y de la sanción a sus transgresores; la seguridad como certidumbre del derecho consiste en la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y la convicción fundada de su respeto; y la seguridad como estabilidad del derecho implica la existencia de un sistema legislativo ordenado en el cual las normas jurídicas son creadas por un órgano competente sujeto a procedimientos reglados, de manera que los cambios sean razonables y previsibles.⁴

2. CORRELACIÓN ENTRE SEGURIDAD JURÍDICA Y MEDIDAS CAUTELARES. SU SITUACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Para que la seguridad jurídica sea alcanzable, es menester que los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento puedan hacerse efectivos, aun en contra de aquellos que pretendan desconocerlos o controvertirlos, para lo cual se hace necesaria la intervención del aparato judicial.

No obstante, la eficacia de la administración de justicia depende de la celeridad con la cual sean protegidos los derechos dentro de los procesos tramitados por aquella, de manera que las demoras en la tramitación de estas actuaciones hace que en la práctica el reconocimiento efectuado en las sentencias sea inútil.

Para prevenir esa situación, contraria al propósito que inspira la seguridad jurídica, y con la finalidad de que la misma sea preservada, como lo señala Chinchilla Marín,⁵ las medidas cautelares apa-

³ *Ibid.*, p. 19.

⁴ *Ibid.*, pp. 25-30 y 39-43.

⁵ Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 28.

recen como el instrumento para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente.

Calamandrei, citado por Chinchilla, decía que las medidas cautelares concilian la celeridad y la ponderación, que son las dos exigencias de la justicia, de manera que aquéllas tratan de que las cosas se hagan pronto, dejando el problema de que las mismas se hagan bien o mal a las reposadas formas del proceso ordinario.⁶

De esta aseveración surgen dos consideraciones importantes que deben ser tenidas en cuenta para el desarrollo del presente artículo: de una parte, que las medidas cautelares se encuadran como parte de la actividad jurisdiccional del Estado, y de otra, y como corolario de lo anterior, que las medidas cautelares solamente pueden existir dentro del proceso.

Así, aunque la propia actividad jurisdiccional dentro de la cual se decretan y practican las medidas cautelares siempre persigue una función de prevención del daño, por lo cual tiene en sí misma un carácter cautelar, dentro de su regulación estas medidas aparecen regladas con una finalidad específica de aseguramiento, de orden conservatorio o preventivo.⁷

En virtud de esa regulación específica puede observarse que no todas las medidas cautelares tienen la misma estructura y contenido, y difieren entre sí en cuanto al procedimiento para su aplicación, pero todas tienen en común la finalidad de conservar un estado de hecho o derecho,⁸ llamado a operar antes de que sea declarada la voluntad de ley o antes de la realización de actos materiales tendientes a la satisfacción del derecho declarado.⁹



⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁷ Salamanca Molano, Guillermo, "Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales", en Ardila Moreno, Orlando (comp.), *Contribuciones a la ciencia jurídica*, Bogotá, Editorial Diana Colombiana, 1984, p. 279.

⁸ Sobre el carácter conservatorio de la medida debe anotarse, como se explicará con detalle más adelante, que en materia contencioso administrativa las legislaciones francesa y alemana y la jurisprudencia italiana, reconocen la aplicabilidad de medidas cautelares positivas o de ejecución provisional, que trascienden la cautela procesal clásica en esta jurisdicción, consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, y que van más allá del carácter generalmente conservatorio que se le atribuye a las medidas cautelares, con fundamento en el aseguramiento del derecho constitucional a una tutela cautelar efectiva de los administrados. Al respecto véase Campo Cabal, Juan Manuel, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 73-83.

⁹ Salamanca Molano, *op. cit.*, p. 280.

Por consiguiente, y como se dijo, las medidas cautelares están llamadas operar dentro del proceso, por lo cual, fenómenos que cumplan también una función cautelar, pero cuya existencia permanece dentro del campo del derecho sustancial, como las garantías reales o personales para el aseguramiento de una obligación, no pueden considerarse como medidas cautelares.¹⁰

Las que son propiamente tales tienen la particularidad de que constituyen una forma autónoma de acción en la medida en que existen aunque no se sepa si el derecho exista, pero por supuesto están ordenadas al desarrollo que siga el proceso de mérito, por lo cual puede afirmarse, sin que exista contradicción en ello, que las medidas cautelares son simultáneamente autónomas y accesorias.¹¹

En efecto, ello es así porque si bien no puede negarse que las medidas cautelares tienen un carácter instrumental, el ejercicio de la acción cautelar no es contemporáneo del derecho principal, a quien la ejerce no puede oponérsele la inexistencia de este último y la oposición a la medida cautelar se funda en la ausencia de alguno de sus presupuestos propios, que son independientes del derecho principal. En otras palabras, la facultad de obtener la cautela no es accesoria del derecho material, ya que la medida se puede lograr sin que en ese momento se sepa si se obtendrá la pretensión, pero su estructura sí se encuentra vinculada al proceso principal.¹²

En el proceso contencioso administrativo la conciliación entre la celeridad y la ponderación como fundamento de las medidas cautelares se dificulta porque el administrado carece de acceso directo a los tribunales, lo cual retarda la celeridad, ya que previamente debe agotar los recursos ante la administración, y porque el juez, frente a la solicitud de protección cautelar del derecho del administrado, mediante la suspensión de los efectos del acto demandado, debe ponderar la irreversibilidad del daño que puede causarse al interés del accionante con el daño que puedan sufrir



¹⁰ Así, Gimeno Sendra y González-Cuéllar Serrano, señalan que dentro de las medidas cautelares no entran las tutelas materiales, que son las previsiones del derecho sustantivo dirigidas a evitar situaciones de riesgo o daños futuros. Véase Gimeno Sendra, Vicente y González-Cuéllar Serrano, Nicolás, "Las medidas cautelares en materia comercial", en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 483.

¹¹ Salamanca Molano, *op. cit.*, pp. 280-282.

¹² Fábrega Ponce, Jorge, *Medidas cautelares*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, pp. 44-45.

los intereses generales, y efectuar esa ponderación, como lo exige la naturaleza de la medida cautelar, no a partir de la certeza de la existencia del derecho del administrado, sino desde la apariencia de ilegalidad de la actuación administrativa.¹³

Si la razón de ser de las medidas cautelares es evitar la consumación de un daño jurídico derivado de un retraso en la decisión judicial definitiva, en el proceso contencioso administrativo el panorama es desolador, ya que en él la única tutela cautelar judicial es la suspensión provisional del acto administrativo, regulada además en términos muy restrictivos.¹⁴

Aunque tal era el panorama de la nación de origen de la tratadista citada hasta la expedición de la Ley 29 de 1998,¹⁵ no muy distante del mismo es la situación de Colombia donde, a pesar de la existencia de mecanismos constitucionales de protección especial de los derechos fundamentales a través de las acciones de tutela, los administrados que se ven abocados a acudir por la vía judicial ordinaria a la jurisdicción contencioso administrativa no disponen de medidas de cautela distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.¹⁶

La ausencia de otras medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo trae como consecuencia, como lo señala Campo Cabal,¹⁷ el incumplimiento por parte del Estado de su deber de garantizar a los ciudadanos el cumplimiento de los efectos de las sentencias, pues tal es el alcance del principio de la tutela judicial efectiva, ya que



¹³ Chinchilla Marín, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 30-31.

¹⁵ Esta ley, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, contempla en sus artículos 129 a 136 lo relativo a las medidas cautelares y, como lo señala su exposición de motivos, al reconocer que hoy la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible, introduce la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. Al respecto, véase Menéndez Pérez, Segundo Pastor, "El proceso contencioso-administrativo como instrumento de control de las administraciones públicas y el derecho de los ciudadanos a la justicia administrativa efectiva", en Bandres Sánchez-Cruzat, José Manuel (dir.), *Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial XII-2003, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 201-208.

¹⁶ Ello resulta ser así por el carácter subsidiario de la acción de tutela, de manera que la misma es improcedente cuando el accionante dispone de otro mecanismo de defensa judicial, como lo sería en este caso el ejercicio de la acción contencioso administrativa, salvo que se configure un perjuicio irremediable. No obstante, la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido tal cantidad de condicionamientos al reconocimiento de la irremediabilidad del perjuicio, que en la práctica la tutela prospera en pocas ocasiones por esta causa, forzando entonces al trámite ordinario ante la jurisdicción.

¹⁷ Campo Cabal, Juan Manuel, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 16.

el mismo abarca no solamente el derecho a la jurisdicción y el debido proceso, sino que se extiende a la eficacia de las decisiones judiciales.

Por ello, la ley debe facilitar al ciudadano las medidas cautelares que le aseguren los efectos de la sentencia, para que sus intereses no se vean burlados después de un proceso dispendioso y dilatado, de manera que cuando el conflicto con el Estado sea finalmente resuelto a través de una sentencia, ésta todavía tenga vigencia y genere una sensación de justicia en sus destinatarios.¹⁸

La insuficiencia de la suspensión provisional es destacada por Parejo Alfonso,¹⁹ quien señala que si bien la suspensión es apta para otorgar un amparo provisional frente a la ejecución de los actos administrativos, no sirve de nada frente a la inactividad de la administración o la denegación por parte de ésta de las peticiones que se hayan aducido ante ella.

En ese sentido, González Varas-Ibáñez, citado por Campo Cabal,²⁰ afirma que:

las medidas cautelares deben lograr la adecuación tiempo-resolución del fallo, corrigiendo ese desfase o inadecuación temporal del momento del fallo con la realidad jurídica que resuelve, a los efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz. De poco vale que se reconozca a un sujeto un derecho si ello ocurre en un momento en el cual el fallo ya no sirve para su resarcimiento efectivo, o, igualmente, si se le concede una indemnización por los daños causados cuando en realidad no deberían haberse causado los daños si cautelarmente se le hubiera mantenido en su posición jurídica del momento en que plantea una pretensión cautelar.

Mientras que en España esta situación fue motivo de permanente preocupación para un importante sector de la doctrina,²¹ en Colombia el tema no pareciera ocupar la atención de los estudiosos del derecho administrativo, entretenidos en las constantes modificaciones de la estructura de la administración pública, producto de reformas sucesivas enmarcadas dentro del propósito común de reducir el tamaño del Estado que, aunque constitucionalmente de-

¹⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹ Parejo Alfonso, Luciano, *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, p. 301.

²⁰ Campo Cabal, *op. cit.*, p. 24.

²¹ Entre otros Eduardo García de Enterría, Carmen Chinchilla Marín, Juan Manuel Campo Cabal, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Santiago González Varas-Ibáñez, Jesús González Pérez, Manuel Rebollo Puig, Antonio Cano Mata, Antonio Linde Paniagua, José Vicente Lorenzo Jiménez.

clarado como social de derecho, en la práctica transita cada vez más por el derrotero de la economía de mercado.

No obstante, no por no haber llamado suficientemente la atención de la doctrina nacional, la eficacia de la tutela judicial en materia contencioso administrativa deja de ser una situación de acusada relevancia, máxime si se tienen en cuenta los progresivos incrementos en la congestión de los procesos tramitados por esa jurisdicción especializada, de manera que mientras se adoptan mecanismos que permitan combatir eficazmente el atraso, la existencia de medidas cautelares que complementen la de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado es un requerimiento imperioso en aras no solamente de garantizar la eficacia de las decisiones judiciales en interés de los accionantes, como parte del derecho a una tutela judicial efectiva, sino, trascendiendo esos intereses individuales, como una forma de preservar la seguridad jurídica, hoy vista más que nunca como un elemento indispensable para el desarrollo, sin el cual no es posible el crecimiento de la inversión.

Como se ha dicho, la institución de la suspensión de los efectos del acto demandado se muestra insuficiente para satisfacer plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la misma carece de eficacia respecto de actos de limitación negativos –como la denegación de una licencia–, o cuando lo que se pretende de la administración es una actuación positiva, y menos aún tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho, por lo cual se requiere como solución la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier tipo de actividad o inactividad de la administración.²²

3. TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO

En ese sentido, el ejemplo de otros sistemas jurídicos como el francés o el alemán, e inclusive el italiano, los cuales se ilustran a continuación, puede ser de utilidad para definir una ampliación del elenco de medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo.

En el derecho francés existe el *référé* administrativo, consistente en un procedimiento por medio del cual se adopta, a petición del inte-

²² Campo Cabal, *op. cit.*, p. 73.

resado, cualquier medida útil, en caso de urgencia, siempre que no haya prejuzgamiento sobre el fondo del asunto y que exista un asunto en litigio, así aún no haya sido presentada la demanda; en todo caso, con la medida no puede obstaculizarse la ejecución de un acto administrativo, pues para ello existe la suspensión provisional. El procedimiento termina con una *ordonnance en référé* de carácter ejecutorio, modificable y revisable en un proceso declarativo posterior, promovido por el condenado en el *référé*.²³

En la legislación alemana, además de que la regla general es la suspensión de la ejecución del acto demandado –en contra de lo que sucede en los regímenes de tradición francófona–, existen como medidas cautelares las órdenes provisionales –*einstweilige Anordnungs*– que pueden dictarse en subsidio de la referida suspensión, cuando exista peligro de que un cambio de las circunstancias presentes pueda malograr o dificultar sustancialmente el derecho del interesado, o cuando sea necesaria una regulación provisional para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños.²⁴

En el caso italiano, aunque su legislación solamente contempla como medida cautelar en los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa la suspensión del acto administrativo, ha sido la jurisprudencia la que ha ampliado la aplicación de las medidas atípicas o innominadas previstas en el Código Procesal Civil a los procesos contencioso administrativos, de manera que el juez o magistrado puede dictar medidas positivas en sustitución de una denegación arbitraria de la pretensión del accionante por parte de la administración.²⁵

Los casos citados ponen de presente que sí es posible asumir la introducción de nuevas medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, ya sea que se apliquen por remisión de las legislaciones aplicables a otras jurisdicciones o sean creadas para ese propósito. Lo que no puede seguir siendo admisible es que no se haga nada al respecto, ya que mientras en el trámite de los asuntos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa persista como única posibilidad de protección cautelar de los derechos



²³ El *référé* administrativo se encuentra regulado en los artículos R. 128 a 135 del *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel*.

²⁴ Estas medidas se encuentran previstas en el artículo 123.I de la *Verwaltungsgerichtordnung*.

²⁵ Campo Cabal, *op. cit.*, p. 82.

de los administrados la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, al decir de Chinchilla Marín, estaremos en presencia de un sistema de tutela cautelar deficiente en su regulación y poco generoso en su aplicación judicial, que supone lisa y llanamente una denegación anticipada y sin remedio de justicia.²⁶

4. EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS O DE EJECUCIÓN PROVISIONAL COMO PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Para el caso español, antes de ser expedida la Ley 29 de 1998, la doctrina proponía como solución la aplicación de la previsión del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual contiene una cláusula abierta que le permite al juez adoptar las medidas que según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que llegare a recaer en juicio,²⁷ criterio que es concordante con la idea de que la tutela cautelar ha de estar edificada sobre una cláusula abierta que le permita al juez adoptar las medidas que en cada caso concreto sean las idóneas para cumplir la función de garantía cautelar.²⁸ No obstante, los mismos autores citados, reconocían la dificultad de que en la práctica se generalizara una aplicación de esa remisión, por lo cual la solución de fondo tenía que pasar por una reforma legislativa, como en efecto aconteció.

Tal sería también la solución en el caso colombiano, pues aunque el Código Contencioso Administrativo hace una remisión genérica al Código de Procedimiento Civil para la regulación de aquellos aspectos no contemplados por aquél, y siempre que sean compatibles con la naturaleza de los procesos y las actuaciones que se tramitan en la jurisdicción contencioso administrativa,²⁹ el estatuto procesal civil no contempla una cláusula abierta o general como la que sí trae la Ley de Enjuiciamiento Civil española, limitándose



²⁶ Chinchilla Marín, *op. cit.*, p. 30.

²⁷ Al respecto Campo Cabal, en la obra citada, recoge las posiciones de García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 219 y 220. Chinchilla Marín, *op. cit.*, p. 179; González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 84; Jiménez Lorenzo, José Vicente, "Reflexiones sobre el proceso contencioso administrativo", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, No. 33, Madrid, 1993, pp. 146 y 147.

²⁸ Chinchilla Marín, *op. cit.*, p. 179, citada por Campo Cabal, *op. cit.*, p. 106.

²⁹ Previsión contemplada en el artículo 267.

a establecer como medidas cautelares la inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro.

En tal virtud, la necesidad de arbitrar medidas que proporcionen una protección adecuada al titular del derecho reclamado judicialmente y aseguren la total efectividad del pronunciamiento judicial que en definitiva se adopte, hace que la tutela judicial aseguratoria se imponga como mecanismo idóneo para satisfacer plenamente el derecho constitucional a obtener una tutela judicial efectiva,³⁰ y, por tanto, el legislador está en el deber de proporcionar esas medidas para evitar la indefensión de los administrados cuando se enfrentan a actos de la administración que les han negado una petición o prohibido una actividad.³¹

En los términos de Campo Cabal, a cuya preocupación sobre la tutela cautelar judicial en lo contencioso administrativo se deben las consideraciones expresadas en este escrito, “esta cautela no puede ser otra que aquella que supla el campo de inoperancia de la suspensión, es decir, que donde no cabe suspender, por ser de contenido negativo o prohibitivo lo que un acto administrativo dispone, se realice temporalmente lo denegado o prohibido mientras el proceso principal sigue su curso y termina con la sentencia”.³²

De acuerdo con el mismo autor,³³ se trata entonces de una medida cautelar positiva, de ejecución provisional, por oposición a la inefectividad de la suspensión provisional en tales casos, que habrá de caracterizarse por la instrumentalidad, la provisionalidad y la mutabilidad,³⁴ lo cual excluye su aplicación en aquellos eventos en los cuales su concesión cree un estado irrecuperable que implique una decisión definitiva sobre el asunto.³⁵



³⁰ Esta preocupación es compartida en todas las esferas del ordenamiento y no solamente en el orden contencioso administrativo. Al respecto, en materia penal, véase Choclan Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 93.

³¹ Campo Cabal, *op. cit.*, p. 110.

³² *Ibid.*, p. 110.

³³ *Ibid.*, pp. 113-114.

³⁴ Por instrumentalidad se entiende la preordenación de la medida a una providencia definitiva ulterior; por provisionalidad, la limitación de la medida desde su decreto hasta el fallo definitivo; y por mutabilidad, la posibilidad de su modificación o sustitución y de su reducción o ampliación.

³⁵ González-Varas Ibáñez, citado por Campo Cabal, *op. cit.*, p. 114, coloca como ejemplos para distinguir ambas vicisitudes la admisión de un estudiante en una escuela, donde procede la cautela, y el otorgamiento de la nacionalidad, donde resulta improcedente.

Aunque con razón quienes defienden y promueven la propuesta de adoptar medidas cautelares positivas en el proceso contencioso administrativo afirman que ella surge de la necesidad de garantizar al administrado una efectiva tutela judicial como derecho fundamental, a fin de disminuir el peligro que representa el extenso desarrollo del proceso, lo que permite asegurar los efectos de la sentencia en el evento de ser favorable a las pretensiones del actor,³⁶ de acuerdo con lo planteado en este artículo, esa fundamentación no puede ser la única que justifique su adopción, pues a ella podría oponerse como argumento la prevalencia del interés general sobre los intereses individuales o particulares de los demandantes; pero si a la necesidad del aseguramiento de la tutela judicial efectiva se le suma la preservación de la seguridad jurídica, como quiera que esta última es también una manifestación del mismo interés general, adicionada al interés propio de los accionantes, entonces ya no habría ninguna razón para oponerse al establecimiento de la medida cautelar positiva o de ejecución provisional en el proceso contencioso administrativo.

5. CONCLUSIONES

El punto de partida de este artículo ha sido la consideración de que la tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, a fin de que la sentencia que en su día declare el derecho pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y de esta forma se preserve la seguridad jurídica.

Al respecto ha de señalarse que si bien es cierto que la ley ha de prever la existencia, posibilidad de operancia y casos en los que tienen ocurrencia las medidas cautelares, en observancia del principio de legalidad, para una mejor garantía de los derechos que pueden verse afectados por la demora en el trámite de los procesos judiciales, especialmente dentro del marco garantista de la Carta Política vigente, resulta insuficiente la regulación actual de la tutela cautelar judicial, concebida en forma taxativa, de manera que



³⁶ Campo Cabal, *op. cit.*, p. 115.

solamente tienen carácter cautelar aquellas medidas establecidas mediante una regla jurídica.

En efecto, resalta por su ausencia una previsión legislativa que permita al juez el decreto de medidas cautelares atípicas o innominadas, a efecto de garantizar con el mayor grado posible de certeza la eficacia de la sentencia. Se impone la introducción en el ordenamiento nacional de una norma en blanco que permita la adopción de cualquier medida cautelar que se presente como idónea para la salvaguardia del objeto litigioso y la ejecución *in natura* de la sentencia, dejando al juez en libertad de otorgar aquellas cuyo discernimiento le indique que son las más convenientes.

Esa habilitación tendría que comprender la posibilidad de decretar medidas con efectos innovativos, especialmente en los procesos tramitados ante la jurisdicción contencioso administrativa, dado que para estos últimos la regulación actual solamente contempla como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, la cual no sirve de nada frente a la inactividad de la administración o la denegación por parte suya de las peticiones que se hayan aducido ante ella, y menos aún tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho, por lo cual se requiere como solución la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier tipo de actividad o inactividad de la administración.

Esa habilitación legal es imperativa, pues mientras ella no se produzca, el juez no puede dictar providencias cautelares fuera de los casos previstos por las normas positivas, pero una vez conferida, la autoridad judicial dispondrá de un amplio margen de maniobra para ordenar las cautelas dirigidas a eliminar la eventualidad de un daño a los intereses de los sujetos procesales, y con ello se logrará un mejoramiento de la eficacia de la actividad jurisdiccional, en función de la garantía de la seguridad jurídica, cuya noción e importancia fueron puestas de relieve en el planteamiento introductorio de este artículo.

Esa necesidad de ampliar la potestad cautelar de los jueces se inscribe, en palabras de Salamanca Molano, en la tendencia a desvincular la potestad cautelar del juez de figuras típicas prefijadas, otorgándole un amplio poder, de manera que, según las particularidades de cada caso, pueda conceder la tutela provisoria adecuada, asegurando así la inmutabilidad de la situación de hecho o de dere-

cho durante el curso del proceso para preservar la igualdad de las partes y evitar la violación de sus derechos frente a una amenaza objetiva y actual.³⁷

Naturalmente que una ampliación de la potestad cautelar judicial debería ir acompañada de una obligación de contracautela suficiente y seria, que cubra los daños eventuales que se puedan causar con la práctica de la medida y con la que efectivamente se indemnicen los que se ocasionen, a la par con la habilitación a la autoridad judicial para imponer costas y multas frente al ejercicio temerario de la activación del mecanismo cautelar.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- Campo Cabal, Juan Manuel, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.
- Choclan Montalvo, José Antonio, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001.
- Fábrega Ponce, Jorge, *Medidas cautelares*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Gimeno Sendra, Vicente y González-Cuéllar Serrano, Nicolás, “Las medidas cautelares en materia comercial”, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996.
- López Blanco, Hernán Fabio, “Las medidas cautelares. Su regulación en el Código de Comercio de Colombia”, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Menéndez Pérez, Segundo Pastor, “El proceso contencioso-administrativo como instrumento de control de las administraciones públicas y el derecho de los ciudadanos a la justicia administrativa



³⁷ Salamanca Molano, *op. cit.*, p. 302.

efectiva”, en Bandres Sánchez-Cruzat, José Manuel (dir.), *Constitución y control de la actividad administrativa*. Cuadernos de Derecho Judicial XII-2003, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

Parejo Alfonso, Luciano, *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.

Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, *Procesos y medidas cautelares*, 2 ed., Bogotá, Okay Impresores, 1991.

Salamanca Molano, Guillermo, “Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales”, en Ardila Moreno, Orlando (comp.), *Contribuciones a la ciencia jurídica*, Bogotá, Editorial Diana, 1984.